



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 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. .../.../...

Data:...

Prin contestația nr. 171/25.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2867/25.01.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..., cu sediul în ..., având CIF ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire, într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare ...”, cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev.2), anunț de participare nr. ..., se solicită eliminarea clarificării nr. 15 - adresa nr. 1090/16.01.2017 și eliminarea din cuprinsul contractului de lucrări a prevederilor art. 5.2 și art. 8.2, precum și continuarea procedurii de atribuire fără a ține seama de această clarificare și de clauzele contractuale menționate.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 ... critică documentația de atribuire, solicitând eliminarea clarificării nr. 15 - adresa nr. 1090/16.01.2017 și eliminarea din cuprinsul contractului de lucrări a prevederilor art. 5.2 și art. 8.2,

precum și continuarea procedurii de atribuire fără a ține seama de această clarificare și de clauzele contractuale menționate.

Contestatorul susține că, prin clarificarea nr. 15 - adresa nr. 1090/16.01.2017, autoritatea contractantă a încălcat principiile proportionalității și asumării răspunderii, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

... arată că a formulat notificare prealabilă, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la care autoritatea contractantă nu a răspuns în termenul de 3 zile, prevăzut la art. 6 alin. (3) din același act normativ.

În fapt, contestatorul prezintă prevederile pct. IV.4.1) subpct. 10) din fișa de date a achiziției:

„Se vor prezenta Clauzele contractuale obligatorii, completate și semnate. Însușirea clauzelor contractuale reprezintă condiție de acceptare a ofertei. Eventualele propuneri cu privire la clauzele contractului contractuale obligatorii se vor formula în scris sub formă de clarificări, înainte de data limită de depunere a ofertei, ținând cont și de termenul de răspuns la clarificări. Amendamentele solicitate după deschiderea ofertelor nu vor fi acceptate.”

Contestatorul menționează că, în conformitate cu aceste prevederi, a formulat amendamente pe calea solicitării de clarificări, față de care autoritatea contractantă a publicat clarificarea nr. 15 - adresa nr. 1090/16.01.2017, în care a specificat că nu acceptă amendamentele formulate cu privire la art. 5.2. și art. 8.2. din contract, respectiv propunerile de eliminare a unor prevederi contractuale, întemeindu-și decizia de respingere a amendamentelor pe prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

În opinia contestatorului, prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 nu sunt aplicabile în faza depunerii ofertelor, ci numai după data limită de depunere a ofertelor și numai în ipoteza în care ofertantul care a formulat amendamentele care contravin acestor norme nu renunță la ele.

Contestatorul subliniază că în faza prealabilă autoritatea contractantă are datoria de a întocmi proiectul de contract și de a răspunde amendamentelor propuse de potențialii ofertanți cu bună credință, fără să impună clauze abuzive.

... susține că decizia de respingere a amendamentelor pe care le-a propus este netemeinică și nelegală, iar prin lipsa unei motivări raportate la normele legale capătă caracterul unui act abuziv al autorității contractante.

În opinia contestatorului, clauza de la art. 5.2.: „Dacă este cazul plata se va efectua în tranșe în funcție de alocările bugetare de la ... pe o perioadă de ... luni” contravine prevederilor legislației în domeniul achizițiilor publice și celor din domeniul finanțelor publice și finanțelor publice locale.

În contestație se subliniază că atât timp cât investiția a fost aprobată și bugetată nu mai exista niciun motiv pentru ca plata să se efectueze în tranșe pe parcursul unei perioade de timp „în funcție de alocările bugetare”, o astfel de posibilitate lăsând loc tergiversării

abuzive a plății din partea beneficiarului, în detrimentul direct al executantului.

Contestatorul învederează că această clauză intră în contradicție cu prevederile art. 13.2. din contractul propus pentru această procedură, potrivit căreia achizitorul datorează ca penalități echivalentul dobânzii legale penalizatoare stabilite de BNR în cazul în care nu onorează plata facturilor în termen de 30 de zile de la primirea acestora.

De asemenea, contestatorul susține că sunt abuzive și nelegale și prevederile art. 8.2. din contract, potrivit căreia „în cazul unor neconcordanțe între documentele contractului, achizitorul are dreptul de a decide varianta aplicabilă”.

În contestație se arată că, potrivit legii, achizitorul este cel care răspunde pentru caracterul corect și complet al documentației de atribuire, astfel că orice neconcordanță intră în sfera deplinei sale responsabilități, atât în ceea ce privește remedierea, cât și în ceea ce privește costurile acestei remedieri.

A permite achizitorului să stabilească în mod unilateral varianta aplicabilă înseamnă, în opinia contestatorului, a acorda achizitorului dreptul de a acționa abuziv și de a a-și repara greșelile pe seama executantului.

Contestatorul precizează că eliminarea acestei clauze se impune și prin prisma faptului că normele în vigoare reglementează conduita de urmat în cazul existenței unor neconcordanțe sau neconformități în proiect sau în documentația de atribuire, iar astfel de cazuri trebuie tratate având în vedere drepturile și interesele legitime atât ale achizitorului, cât și ale executantului.

În opinia contestatorului, se impune eliminarea celor două clauze, autoritatea contractantă având datoria de a acționa cu bună credință, cu respectarea drepturilor și intereselor legitime ale ofertanților, fără a impune acestora clauze contractuale abuzive.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016 și H.G. nr. 395/2016.

În sprijinul contestației au fost depuse, în copie, o serie de înscrisuri.

Cu adresa nr. 2602/31.01.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 3794/01.02.2017, ... a transmis, în temeiul prevederilor art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, punctul său de vedere referitor la contestația depusă de ...

În fapt, autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. 72/13.01.2017, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 904/13.01.2017, ... a formulat următoarele amendamente la modelul de contract publicat în documentația de atribuire:

„Art. 5.2. - Se elimină „Dacă este cazul plata se va efectua în tranșe în funcție de alocările bugetare de la....pe o perioadă de...luni.”

Art. 8.2. - Se elimină

Art. 15.3. - Se modifică astfel: „Achizitorul are obligația de a supraveghea desfășurarea execuției lucrărilor și de a stabili conformitatea lor cu specificațiile din anexele la contract.”

Autoritatea contractantă precizează că față de această solicitare de clarificări a răspuns, în termen, atât operatorului economic ..., prin adresa nr. 1089/16.01.2017, cât și tuturor operatorilor economici interesați, prin adresa nr. 1090/16.01.2017, comunicând că nu este de acord cu amendamentele formulate, întrucât le consideră dezavantajoase pentru autoritatea contractantă, sens în care a invocat prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

În punctul de vedere se menționează că ... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 1241/19.01.2017, prin care solicită măsuri de remediere, la care autoritatea contractantă a răspuns, în termenul prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 5 alin. (2) din același act normativ, respectiv în data de 25.01.2017, prin adresa nr. 1951/25.01.2017, comunicată prin fax la ora 16:37 și prin poșta electronică la ora 17:09, în care a specificat faptul că adoptă măsuri de remediere cu privire la clauza 5.2 din modelul de contract și că nu adoptă măsuri de remediere cu privire la clauza 8.2 din același model de contract.

Autoritatea contractantă învederează că ultima zi a termenului de răspuns a fost data de 22.01.2017, care a fost zi de sărbătoare legală (duminică), ziua de 23.01.2017 a fost declarată zi liberă pentru salariații din sectorul public, conform art. 1 alin. (1) din H.G. nr. 28/2017, iar ziua de 24.01.2017 a fost declarată zi liberă nelucrătoare, potrivit art. 139 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 privind Codul Muncii, cu modificările și completările ulterioare, astfel că răspunsul la notificare, formulat la data de 25.01.2017, a fost în termen.

Autoritatea contractantă precizează că, fără a aștepta expirarea termenului legal de răspuns la notificare, ... a depus, prin poșta electronică, în data de 25.01.2017 ora 13:45, contestația nr. 171/25.01.2017, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1935/25.01.2017.

... precizează că în data de 25.01.2017, ora 09:34 a publicat în SEAP clarificarea nr. 1686/20.01.2017, cu privire la clauza 5.2 din contract, față de care a adoptase unele măsuri de remediere, așa cum le-a și comunicat contestatorului în răspunsul la notificarea prealabilă formulată.

Autoritatea contractantă învederează că dacă ... ar fi așteptat termenul legal de răspuns la notificarea prealabilă sau dacă urmărea platforma SEAP, detaliul „Documentație, clarificări și decizii” de la această procedură, ar fi luat la cunoștință despre remedierile adoptate cu privire la clauza 5.2 din modelul de contract.

Pe fond, autoritatea contractantă solicită respingerea criticilor din contestație.

Astfel, referitor la solicitarea de eliminare a art. 5.2 din contract, autoritatea contractantă arată că aceasta a rămas fără obiect, având în vedere faptul că prin răspunsul nr. 1686/20.01.2017 la notificarea nr. 124/19.01.2017, a remediat conținutul acestei prevederi contractuale, conform solicitărilor contestatorului.

În ceea ce privește solicitarea de eliminare a art. 8.2 din contract, autoritatea contractantă solicită respingerea acestei critici, având în

vedere faptul că, prin eliminarea acestei clauze, s-ar crea un dezavantaj evident pentru autoritatea contractantă. În motivarea nerenunțării de către autoritatea contractantă la această clauză, se invocă prevederile art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, privind asumarea răspunderii, în sensul că autoritatea contractantă este singura care, în fața organelor de audit financiar, justifică folosirea eficientă și corectă a utilizării fondurilor publice pe care le are la dispoziție. În opinia autorității contractante, decizia de remediere a neconcordanțelor dintre documentele contractului trebuie să aparțină achizitorului, care, în calitate de finanțator al lucrării, este singurul responsabil de plățile pe care le efectuează cu privire la lucrarea respectivă.

Referitor la prevederile art. 15.3 din contract, autoritatea contractantă învederează că eliminarea acestei prevederi contractuale nu a făcut obiectul notificării nr. 124/19.01.2017 și nici a contestației, deci contestatorul și-a însușit adresa nr. 1090/16.01.2017 la clarificarea nr. 15, prin care, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă nu a acceptat amendamentul referitoare la această clauză.

Autoritatea contractantă concluzionează că această contestație este nefondată, motiv pentru care menține răspunsul transmis la notificarea prealabilă nr. 1951/25.01.2017.

În drept, punctul de vedere se întemeiază pe prevederile Legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016.

Susținând că documentația de atribuire a fost elaborată cu respectarea tuturor principiilor și regulilor ce guvernează domeniul achizițiilor publice, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ca nefondată, și menținerea răspunsului la notificarea prealabilă nr. 1951/25.01.2017.

Procedând la soluționarea contestației, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căroră „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției prematurității formulării contestației, invocată din oficiu.

De asemenea, Consiliul reține că și autoritatea contractantă, în cuprinsul punctului de vedere nr. 3794/01.02.2017, a invocat faptul că ... nu a așteptat răspunsul la notificarea prealabilă.

În acest sens, Consiliul are în vedere respectarea dispozițiilor art. 8 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, unde se prevede că „*Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de*

remediere adoptate de autoritatea contractantă 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 (...)”.

De asemenea, la art. 6 alin. (4) din legea de remedii se prevede că „În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretensei încălcări”.

În temeiul prevederilor art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat părților punctul de vedere față de excepția prematurității contestației, raportat la prevederile art. 6 alin. (4) și art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, motivat de faptul că ... contestă adresa de comunicare a rezultatului procedurii și nu răspunsul autorității contractante la notificarea formulată sau la eventuala lipsă a acestuia, așa cum este prevăzut la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Cu adresa nr. 2983/03.02.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4111/03.02.2017, ... a formulat punct de vedere privind excepția prematurității contestației depusă de ..., în care reiterează cele din punctul de vedere nr. 2602/31.01.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 3794/01.02.2017 și precizează că își însușește excepția de prematuritate, invocată din oficiu.

Cu adresa nr. 568/03.02.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4229/06.02.2017, ... a răspuns solicitării Consiliului, formulând punct de vedere cu privire la excepția prematurității contestației, în care arată că la calculul termenului de 3 zile pe pentru formularea răspunsului la notificare de către autoritatea contractantă, conform art. 6 din Legea nr. 101/2016, a luat în calcul și ziua de 23.01.2017.

Față de împrejurarea că ziua de 23.01.2017 a fost declarată zi nelucrătoare, ... precizează că în această situație contestația sa apare ca fiind prematur formulată.

Totuși, contestatotrul învederează că la data de 25.01.2017, ora 09:34, autoritatea contractanta a publicat în SEAP clarificarea nr. 20, prin care a modificat prevederile art. 5.2. din contract în sensul celor solicitate de ...

Contestatorul prezumă că autoritatea contractantă a emis această clarificare în urma demersului său de a notifica nelegalitatea acestei clauze și de a cere eliminarea acesteia.

... subliniază că a expediat contestația la C.N.S.C. și la autoritatea contractantă ulterior orei 09:34, fără a cunoaște faptul că această clarificare a fost postată în SEAP.

În opinia contestatorului, se poate considera că prin clarificarea nr. 20/25.01.2017, autoritatea contractantă a răspuns notificării formulată de ..., în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin admiterea

criticii aduse art. 5.2. din contract și prin respingerea criticilor aduse art. 8.2. din contract.

Contestatorul învederează că în situația în care Consiliul va considera clarificarea nr. 20 ca răspuns, fie și indirect, al autorității contractante la notificarea sa, atunci contestația apare a nu fi prematur formulată.

... concluzionează că rămâne în discuția Consiliului numai criticile din contestație referitoare la clauzele cuprinse în art. 8.2. din contract, iar criticile referitoare la clauzele cuprinse în art. 5.2 sunt rămase fără obiect.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, în calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată de atribuire, într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare ...”, cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare prețul ofertei – pondere 90% și perioada de garanție acordată lucrării – pondere 10%, iar valoarea estimată a contractului de 7.204.348 lei fără TVA.

Împotriva clarificării nr. 15 - adresa nr. 1090/16.01.2017, emisă de autoritatea contractantă, ... a formulat notificarea prealabilă nr. 124/19.01.2016, transmisă în data de 19.01.2017, prin fax la ora 10:48, prin poșta electronică la ora 10:07 și prin poștă, fiind înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1716/20.01.2017, prin care solicită remedierea încălcărilor legislației privind achizițiile publice, respectiv clarificarea nr. 15 - adresa nr. 1090/16.01.2017 și continuarea procedurii fără a ține seama de această clarificare.

La notificarea formulată, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. **1951/25.01.2017, ora 16:37.**

Consiliul reține că ... a formulat contestația nr. **171/25.01.2017, ora 13:44**, pe care a depus-o atât la CNSC, unde a fost înregistrată sub nr. 2867/25.01.2017, cât și la autoritatea contractantă, unde a fost înregistrată sub nr. 1935/25.01.2017, fără a aștepta răspunsul autorității contractante la această notificare.

Astfel, Consiliul constată că ... nu a respectat dispozițiilor art. 8 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, unde este prevăzut că *„Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă 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 (...)”, întrucât a transmis contestația nr. 171/25.01.2017, înainte de primirea răspunsului nr. 1951/25.01.2017, formulat de autoritatea contractantă la notificarea depusă de ..., așa cum însuși contestatorul recunoaște în punctul de vedere nr. 4229/06.02.2017.

În acest sens, Consiliul reține că ... nu a depus odată cu contestația și copia răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă, conform prevederilor art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia *„Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există, dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune”.*

În aceste condiții, constatând că depunerea contestației nr. 171/25.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2867/25.01.2017, este prematură, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite excepția prematurității formulării contestației de către ..., invocată din oficiu.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția prematurității contestației formulată de ..., invocată din oficiu.

Respinge, ca prematur introdusă, contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 9 (nouă) pagini.