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

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: 23.02.....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ...., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... – director general, privind procedura de licitație deschisă, organizată de ....., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ....., ..., județul ....., în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Îmbinări termoizolante monobloc necesare pentru execuția proiectului – Dezvoltarea Sistemului Național de transport gaze naturale pe coridorul Bulgaria Ungaria Austria (BRUA) – Faza 1”, s-a solicitat Consiliului .....

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la data soluționării contestației, cerere respinsă ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr. 58/...../...../17.02.....

Pe rol se află celălalt capăt de cerere.

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 SC ..... SRL solicită, în contradictoriu cu ....., eliminarea din cuprinsul modelului de contract a clauzei nr. 7.1 sau reformularea acesteia în sensul realizării plăților într-o singură monedă pentru orice ofertant.

În opinia contestatoarei, astfel cum este formulată în acest moment, clauza nr. 7.1 – Modalități de plată, respectiv – *Plata produselor care fac obiectul contractului se va efectua în euro, în termen de maxim 60 de zile de la data înregistrării facturii la sediul achizitorului, după efectuarea recepției produselor și dacă este cazul, a recepționării activităților conexe livrării (descărcare, instalare, montaj etc.). În situația în care furnizorul are calitatea de rezident fiscal în România, factura emisă de către furnizor se va plăti în echivalent în lei, calculat la cursul de schimb comunicat de BNR, valabil la data plății facturii*, încalcă principiul tratamentului egal, întrucât ofertanții cu rezidență fiscală în România au de asumat un risc suplimentar, față de ofertanții nerezidenți în România, respectiv acela al cursului de schimb, pe care ofertanții care urmează să primească Euro, nu îl au.

Prin punctul de vedere nr. 7723/17.02....., înregistrat la Consiliu cu nr. 5886/20.02....., entitatea contractantă a invocat excepția inadmisibilității contestației SC ..... SRL, ca urmare a formulării tardive a Notificării prealabile FN/11.02.....

În susținere, entitatea contractantă arată că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în cadrul anunțului de participare nr. ...../....., ora 01:30, iar Notificarea prealabilă transmisă în data de 11.02..... vizează o cerință din cadrul acestei documentații de atribuire privind moneda de derulare a procedurii de atribuire și, implicit, a contractului, care este EURO, și asupra căreia nu a revenit prin clarificări sau prin intermediul unor măsuri de remediere.

Prin urmare, raportând data publicării în SEAP a documentației de atribuire la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă apreciază că termenul de formulare a unei Notificări prealabile s-a împlinit la data de 09.01..... Astfel, consideră că depunerea Notificării prealabile la data de 11.02..... este tardivă, fiind de natură a atrage inadmisibilitatea contestației de față.

La solicitarea Consiliului nr. 6084/...../...../21.02..... de a transmite un punct de vedere cu privire la excepția invocată de entitatea contractantă, SC ..... SRL a comunicat adresa nr. 131/23.02....., înregistrată la Consiliu cu nr. 6445/ 23.02....., prin care arată că obiectul contestației sale nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., este răspunsul la clarificarea nr. 118/09.02....., prin care entitatea contractantă a formulat un răspuns incomplet, invocând o normă BNR, care, în opinia sa, nu este relevantă pentru cauză. Prin urmare, apreciază că, pentru înlăturarea discriminării, entitatea contractantă are posibilitatea efectuării plății în lei către toți potențialii ofertanți.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Îmbinări termoizolante monobloc necesare pentru execuția proiectului – Dezvoltarea Sistemului Național de transport gaze naturale pe coridorul Bulgaria Ungaria Austria (BRUA) – Faza 1”, prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. ...../....., în cadrul căruia a fost atașată și documentația de atribuire.

Din analiza prezentei contestații, Consiliul observă că nemulțumirea contestatoarei a fost generată de conținutul clauzei 7.1 din modelul de contract, publicat odată cu anunțul de participare menționat anterior, respectiv la data de .....

Consiliul mai constată că, urmare a unei solicitări de clarificări din partea SC ..... SRL, a fost emisă clarificarea nr. 6235/09.02....., prin care, la întrebarea – Conform prevederilor clauzei 7.1 din contract, plata se va realiza in EURO, cu excepția furnizorilor care au calitatea de rezident fiscal în România, care urmează să primească în lei. Astfel, aceștia își vor asuma un risc suplimentar, cel al schimbului de schimb, față de cei cu rezidență fiscală într-un alt stat. Soluția legală este, ca toți să primească aceeași monedă, Euro sau lei. Vă solicităm să îndreptați discriminarea creată, în sensul respectării principiului tratamentului egal, entitatea contractantă a răspuns astfel: Entitatea contractantă nu poate ignora dispozițiile art. 3 alin. (1) din Regulamentul BNR nr. 4/2005 privind regimul valutar, respectiv "plățile, încasările, transferurile și orice alte asemenea operațiuni care decurg din vânzări de bunuri și prestări servicii între rezidenți, indiferent de raportul juridic care le reglementează, se realizează numai în moneda națională (leu), cu excepția operațiunilor prevăzute în anexa 2 – Categorii de rezidenți care pot efectua operațiuni în valută”, care se pot efectua și în valută.

Nemulțumită fiind de acest răspuns, SC ..... SRL a transmis entității contractante Notificarea prealabilă FN/11.02....., prin care a solicitat remedierea modelului de contract în sensul eliminării discriminării pe care o reprezintă clauza 7.1 și reformularea clauzei în sensul realizării plăților într-o singură monedă pentru orice ofertantă.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință de cerințele documentației de atribuire, respectiv de art. 7.1 din modelul de contract, obiect al contestației depuse, încă de la data de ....., data publicării documentației de atribuire în SEAP.

Analizând cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, în considerarea dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, Consiliul o va admite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, potrivit căruia în cazul în care notificarea privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță ....., reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentația de atribuire la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016 pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), art. (3) și (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața entității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatoarea fiind ținut ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite emitentului, în termen de 10 de zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a actului contestat.

De asemenea, Consiliul are în vedere că, potrivit art. 6 alin. (3) din același act normativ, "*În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire".*

Raportat la criticile contestatoarei ce vizează în mod direct documentația de atribuire care a fost publicată în SEAP la data de ....., precum și la termenul de notificare de 10 zile, prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul la care contestatoarea putea notifica autoritatea contractantă, în vederea remedierii aspectelor considerate nelegale ce priveau documentația de atribuire, se împlinea la 09.01..... Astfel fiind, formularea Notificării prealabile la data de 11.02..... este un demers tardiv al SC ..... SRL.

În soluţionarea acestei excepţii, Consiliul nu ţine seama de precizarea contestatoarei referitoare la faptul că în contestație s-a raportat la răspunsul autorităţii contractante din data de 09.02....., deoarece, nemulţumirile acesteia sunt legate de informaţiile din cuprinsul documentaţiei de atribuire. Or, astfel cu s-a precizat anterior, documentația de atribuire a fost cunoscută de contestatoare încă de la data de ....., când respectiva documentație a fost publicată în SEAP, aceasta fiind data la care trebuia să se raporteze în demersurile sale ce vizau eventuala restabilire a legalităţii documentaţiei de atribuire şi nu data de ....., când a primit răspunsul autorității contractante.

În consecință, Consiliul constată că autoarea contestației nu a respectat procedura de notificare prealabilă în termenul prevăzut de Legea nr. 101/2016, situație în care devine aplicabilă sancțiunea prevăzută la art. 6 alin. (1) teza inițială din actul normativ menționat, contestația de față urmând a fi respinsă ca inadmisibilă.

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu .....

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 4 exemplare, conţine 5 pagini.