CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., astfel cum a fost completată prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având cod unic de înregistrare ..., reprezentată prin ..., împotriva adresei nr. 89723/06.08.2018, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului – cadru, divizat în loturi, având ca obiect *"Achiziționarea serviciilor de suport IT aferente sistemului integrat de management al activităților de investiții, control și integritate în cadrul ...", cod CPV 72267000-4*, în referire la lotul nr. 1, s-au solicitat următoarele:

- anularea actului administrativ nr. 89723/06.08.2018 și obligarea autorității contractante la semnarea contractului în urma negocierilor, recunoașterea dreptului pretins și a interesului legitim în sensul respectării dispozițiilor art. 207 din Legea nr. 98/2016; art. 221 literele e) și f) punctul (iii) din Legea nr. 98/2016; instrucțiunile nr. 3/2017; art. 1182; art. 1183 art. 1185 Cod Civil.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... reclamă adresa autorității contractante nr. 89723/06.08.2018.

Contestatorul arată că a luat la cunoștință de prevederile documentației de atribuire, în data de 30.05.2018.

Acesta precizează că, alăturat documentației "*au fost depinse, contractul cadru și contractul subsecvent*", în forma de propunere, neexistând în caietul de sarcini o clauză din care să rezultă că aceste drafturi nu vor fi negociate de ofertantul câștigător.

Autorul contestației susține că, *„O astfel de clauză, dacă ar fi existat, era abuzivă, deoarece, propunerile clauzelor contractante nu puteau fi discutate, decât după desemnarea ofertantului câștigător în condițiile ofertei depuse, aceste clauze fiind doar propuneri după cum rezultă și din conținutul dispozițiilor art. 3 alin 1 lit. z, din legea 98 / 2016 care definesc documentație de atribuire a contractului de achiziție publică, unde găsim prevăzut că aceasta va cuprinde și condițiile contractuale propuse*.

Față de aceste prevederi, cât și lipsa unei cerințe de însușire explicită a propunerilor condițiilor contractuale, nu dă dreptul autorității contractate la încheierea contractului în condiții unilaterale, după cum vom arăta în continuare".

... arată că, în data de 17.07.2018 a fost înștiințat că oferta sa a fost desemnată câștigătoare, autoritatea contractantă comunicându-i acordul - cadru de achiziție publică.

Se precizează că, după o analiză amănunțită, contestatorul a constatat că acesta conține clauze unilaterale, astfel, înaintând autorității contractante, adresa nr. 264/31.07.2018, prin care a solicitat negocierea acordului - cadru și condițiile propuse de acesta, după cum urmează;

Referitor la acordul cadru:

«1) Solicităm înlocuirea denumirilor de Promitent Achizitor și Promitent Prestator cu Achizitor, respectiv Prestator, deoarece prin oferta depusă și acceptată am devenit prestator și nu promitent prestator.

2) La art. 3.2 Termenul „zi"/„zile" sau orice referire la zile calendaristice, solicităm modificarea lor în „zi"/„zile" lucrătoare conform codului muncii (Legea 53/2003 actualizată), rămânând ca excepțiile din zilele nelucrătoare să fie tratate conform cerințelor din caietul de sarcini și a ofertei depuse.

3) Solicităm completarea art. 8.5 cu punctul III care va avea următorul cuprins: „iii. în astfel de situații, achizitorul are obligația de a solicita prestatorului, iar prestatorul are obligația de a acorda, sprijinul pentru furnizarea de date, argumente și expertiză care să ajute la soluționarea cauzei, în caz contrar Achizitorul fiind singur răspunzător de pierderea eventualului proces."

4) Solicităm completarea art. 9 cu punctul 9.4, pentru tratament egal, care va avea următorul cuprins: „9.4. în situația în care Achizitorul refuză nejustificat semnarea contractului subsecvent, atunci Achizitorul, datorează daune-interese egale cu 10% din valoarea contractului subsecvent în cauză."

5) Referitor la art. 16 solicităm să fie scos din contract și încheiat un acord la contract cu privire la respectarea regulamentului 679/2016 așa

cum prevede acesta, și vă solicităm reorganizarea modalității de acces și gestiune a controlului accesului la informațiile din baza de date. În acest sens va trebui să emiteți o solicitare expresă (de audit) în urma căreia vă vom comunica modalitatea tehnică de realizare. La fel și pentru copiile de siguranță ale bazelor de date și modalitatea lor de protejare, (vezi și 8.4 din acordul cadru Prestatorul este răspunzător atât de siguranța tuturor operațiunilor...)».

Referitor la contractul subsecvent de prestări servicii la acordul cadru:

«1) La art. 2 Termene și definiții:

a) litera h să se modifice astfel: "h) Servicii de suport IT= cuprinde totalitatea activităților de natură IT din zona serviciilor de: asistență tehnică/ suport tehnic, mentenanță, administrare/ configurare, dezvoltare", întrucât îl reprezintă suportul și administrarea sistemului informatic și nu a domeniului adică a Active Directory.

b) litera o să se modifice astfel: „Definim incidente critice acele incidente care blochează funcționarea sistemelor informatice (ex. blocarea activităților de gestiune economică sau management), autentificarea sau accesul la sistemele informatice sau produc în mod direct nefuncționalitatea altor activități din MDRAP." Solicitam eliminarea exemplelor la care se face referire întrucât: 1 - sistemul de mail nu este în administrarea noastră, 2 - accesul la internet nu este administrat de noi, 3 - rețeaua de calculatoare nu este administrată de noi, 4 - transmiterea raportului electronic nu este responsabilitatea noastră atâta timp ca el a putut fi tipărit sau exportat din aplicație. Acest tipuri de incidente date exemple aparțin celorlalte loturi.

c) Adăugarea la definiții a următorilor termeni care se regăsesc în cadrul contractului subsecvent astfel:

*s) **Dezvoltare** = înseamnă scriere de software la comanda beneficiarului pe baza specificațiilor primite de la acesta,*

*t) **Recepția produselor** operația de acceptare sau refuz a serviciilor prestate în funcție de conformitatea acestora cu cerința achizitorului. Lipsa unui refuz expres în termen de 5 zile se va considera auto recepție.*

*u) **Comanda** = reprezintă obiectul contractului*

*v) **Perioada de acomodare** = reprezintă prima lună din contract,*

*w) **Servicii de administrare** = activități specifice de gestiune a funcționarii aplicațiilor în vederea asigurării parametrilor de exploatare proiectați precum și activități de gestionarea clienților (utilizatorilor) în vederea asigurării accesului la uneltele informatice de lucru,*

*x) **Servicii de dezvoltare/ optimizare (mentenanță evolutivă)** = activități de extindere/îmbunătățire a funcționalităților existente sau de crearea de noi funcționalități a sistemelor cuprinse în contract.*

2) La art. 3.2 Termenul „zi"/„zile" sau orice referire la zile calendaristice, solicităm modificarea lor în „zi"/„zile" lucrătoare conform codului muncii (Legea 53/2003 actualizată), rămânând ca excepțiile din zilele nelucrătoare să fie tratate conform cerințelor din caietul de sarcini și a ofertei depuse.

3) La art. 9. (5) solicităm modificarea cuantumului garanției de bună execuție corespunzătoare unui procent de 5% din valoarea contractului fără TVA.

4) La art. 9.(7) solicităm modificarea acestuia astfel:

9.7 - (1) Garanția de bună execuție se constituie prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturile lunare.

(2) Prestatorul are obligația de a deschide un cont la dispoziția autorității contractante, la unitatea Trezoreriei Statului din cadrul organului fiscal competent în administrarea acestuia.

(3) Suma inițială care se depune de către contractant în contul de disponibil astfel deschis potrivit alin. (1) și (2) nu trebuie să fie mai mică de 0,5% din prețul contractului subsecvent, fără TVA.

(4) Pe parcursul îndeplinirii contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă urmează să alimenteze contul de disponibil prevăzut la alin. (2) prin rețineri succesive din sumele datorate și cuvenite contractantului până la concurența sumei stabilite drept garanție de bună execuție în contractul de achiziție publică și va înștiința prestatorul despre vărsământul efectuat, precum și despre destinația lui.

(5) Din contul de disponibil deschis la Trezoreria Statului pe numele prestatorului prevăzut la alin. (2) pot fi dispuse plăți atât de către prestator, cu avizul scris al achizitorului care se prezintă unității Trezoreriei Statului, cât și de unitatea Trezoreriei Statului la solicitarea scrisă a achizitorului în favoarea căreia este constituită garanția de bună execuție.

(6) Contul de disponibil prevăzut la alin. (2) este purtător de dobândă în favoarea contractantului.

*6) Solicităm completarea art. 10.3 cu litera **c** care va avea următorul cuprins: „c. în astfel de situații, achizitorul are obligația de a solicita prestatorului, iar prestatorul are obligația de a acorda, sprijinul pentru furnizarea de date, argumente și expertiză care să ajute la soluționarea cauzei, în caz contrar Achizitorul fiind singur răspunzător de pierderea eventualului proces."*

7) Modificarea art. 12.2 astfel: „12.2. Prestatorul trebuie să dezvolte servicii de interoperabilitate a modului de care este responsabil cu toate modulele ce alcătuiesc sistemul informatic integrat realizat la nivelul MDRAP în termenul precizat de către Achizitor prin reprezentantul desemnat, precum și cu alte sisteme informatice din cadrul MDRAP cu care Achizitorul dorește interconectarea, neîndeplinirea acestei obligații putând duce la rezilierea contractului subsecvent și a acordului cadru" motivat de art. 8.7 din acordul cadrul si 15.3.4 din contractul subsecvent.

8) Eliminarea art. 12.9 întrucât ... nu administrează sistemul integrat, ci doar sistemul informatic EPR ATLAS, neavând acces la implementarea unei astfel de proceduri. Putem consilia achizitorul și la nevoie îi putem da concursul pentru realizarea acestor proceduri dar nu ne putem asuma obligația realizări lor deoarece exced obiectului contractului/achiziției.

9) Modificarea art. 15.3.3 astfel: „15.3.3. Depășirea termenului maxim de rezolvare prevăzute la art. 15.3.1 indiferent de gradul de criticitate, se va penaliza cu un procent din dobânda legală

corespunzătoare din factura lunară aferentă serviciilor ce fac obiectul contractului. Valoarea penalităților nu va putea depăși valoarea facturii."

10) Eliminarea art. 16.2. și 16.3 întrucât există clauza de penalități și daune interese sau în cazul menținerii acestor articole, Prestatorul să fie despăgubit printr-o clauză reciprocă.

11) Eliminarea art. 16.7. deoarece dacă nu se poate definii circumstanța atunci denunțarea unilaterală va fi pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale.»

Astfel, autorul contestației menționează că, în data de 06.08.2018, autoritatea contractantă i-a răspuns prin adresa nr. 89723, cu precizarea că aceste contracte nu pot fi negociate.

Față de răspunsul de mai sus, contestatorul afirmă că a notificat autoritatea contractantă, arătându-i acesteia că i se încalcă drepturile, iar contractul nu poate fi semnat în forma unilaterală a autorității contractante.

... consideră că autoritatea contractantă este obligată la negocierea contractului, așa cum rezultă din dispozițiile instrucțiunilor nr. 3/2017, care, în conformitate cu prevederile art. 221 și 222 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare; - prevederile art. 235 - 243 din Legea nr. 99/2016; - prevederile art. 9 alin. (4) lit. f) din HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare; - prevederile art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare; - interpretarea dată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Cauza C- 454/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulate în temeiul articolului 234 CE de Bundesvergabeamt (Austria), prin Decizia din 10 noiembrie 2006, primită de Curte la 13 noiembrie 2006, *„pressetext Nachrichtenagentur GmbH împotriva Republik Österreich (Bund), APAOTS OriginaltextService GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung”*, ținând cont de numeroasele solicitări de emitere a unor îndrumări privind posibilitatea de modificare a contractului/acordului-cadru, fie prin suplimentarea fizică și/sau valorică a acestuia, fie prin renunțarea la anumite părți ale acestuia, fie prin modificarea/actualizarea proiectului/soluției tehnice și adaptarea la situația practică din teren, constatată în procesul de implementare a respectivului contract/acord-cadru, în sensul unei abordări unitare în ceea ce privește situațiile în care devine incidentă aplicarea în practică a prevederilor legale menționate mai sus, în temeiul art. 4 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2015, aprobată prin Legea nr. 244/2015, cu modificările ulterioare, președintele Agenției Naționale pentru Achiziții Publice emite următoarea instrucțiune: *"unde în CAPITOLUL I Dispoziții generale găsim la art. 1 (1) prevede că Autoritatea/Entitatea contractantă și operatorul/operatorii economic/economici stabilesc, prin semnarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru sau a contractului sectorial/acordului cadru, denumite în continuare contractul de achiziție publică/sectorial/acordul-cadru, ca urmare a acordului de voință exprimat, drepturile și obligațiile pe care și le asumă, cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, motiv pentru care noi părțile suntem obligați să punem în aplicare acordului de voință*

exprimat, asupra clauzelor contractuale și nu asupra doar a condițiilor unilaterale ale autorității contractante pentru încheierea contractului".

De asemenea, autorul contestației precizează că, din analiza art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016 rezultă definiția documentației de atribuire a contractului de achiziție publică, unde se prevede că aceasta va cuprinde și condițiile contractuale propuse, fără să existe o cerință de însușire explicită a propunerilor, iar, fiind vorba de o propunere, aceasta rămâne să fie discutată cu ofertantul desemnat câștigător, în limitele ofertei depuse.

Mai mult, acesta afirmă că în Legea nr. 98/2016 se prevede posibilitatea renegocierii clauzelor contractuale, conform art. 221 literele „e" și „f" punctul (iii).

Se susține de asemenea că toate dispozițiile speciale de mai sus au la bază dispozițiile art. 1182 alin. (1), alin. (2) și alin. (3), prevederile art. 1183 alin. (1), alin. (2), alin. (3) și alin. (4), precum și dispozițiile art. 1185 din Codul Civil.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca fiind nefondată.

... invocă prevederile art. 20 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora, documentația de atribuire este alcătuită în mod obligatoriu, printre alte și din proiectul de contract (acord cadru / contract subsecvent) conținând clauzele contractuale obligatorii. De asemenea, sunt invocate și prevederile art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016. Astfel, autoritatea contractantă subliniază faptul că a publicat în SEAP, în cadrul anunțului de participare, modelul de acord cadru/contractat subsecvent, ce urmează a fi semnat cu ofertantul declarat câștigător.

Totodată, aceasta învederează că, până la termenul limită pentru primirea ofertelor, respectiv 30.05.2018, ora 16:00, nu a primit solicitări cu privire la modificarea clauzelor contractuale publicate, precizând că, în cadrul ofertei depuse de către contestator, nu a regăsit solicitări cu privire la modificarea clauzelor contractuale obligatorii.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, arătând că, comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme, oferta neconformă fiind considerată, cea care 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, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective, conform prevederilor art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă subliniază că, ofertantul, nedepunând solicitări de modificare a clauzelor contractuale înaintea termenului limită de depunere a ofertelor sau în cadrul ofertei sale, clauzele contractuale au devenit în mod asumat obligatorii, drept urmare, solicitarea contestatorului de modificare a clauzelor acordului-cadru, la acest moment (adică ulterior termenului limită de depunere a ofertelor, respectiv data invitării ofertantului pentru semnarea acordului cadru), este tardiv depusă.

Suplimentar, se precizează că autoritatea contractantă a transmis ofertantului adresa nr. 89723/ 06.08.2018, prin care îi preciza acestuia faptul că nu acceptă modificarea clauzelor contractuale, motivat de faptul că acestea sunt formulate tardiv și sunt în mod evident dezavantajoase, după cum urmează :

"1. Solicitarea ... cu privire la înlocuirea denumirilor de Promitent Achizitor și Promitent Prestator cu achizitor, respectiv presator în acordul cadru :

Legiuitorul a stabilit elementele/condițiile esențiale (conform prevederilor art. 109 din H.G. nr. 395/2016) pe care acordul-cadru trebuie să le prevadă, în vederea încheierii contractelor- subsecvente (Secțiunea a 2-a Definiții la art. 3 alin. 1 lit. c) acord-cadru - acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere;"). Așadar, denumirea părților în acordul-cadru nu poate fi achizitor și prestator, ci promitent-achizitor, respectiv promitent- prestator.

2. Solicitarea ... cu privire la modificarea termenului de zi/zile calendaristice în zi/zile lucrătoare :

În conformitate cu art. 3 alin. 1 lit. ddd) din Legea nr. 98/2016 prin termenul de zile se înțelege zile calendaristice, cu excepția cazurilor în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare, pe cale de consecință definiția este corectă și legală.

3. Solicitarea ... cu privire la introducerea unui punct la articolul 8.5 care să aibă următorul cuprins "iii. în astfel de situații, achizitorul are obligația de a solicita prestatorului, iar prestatorul are obligația de a acorda, sprijinul pentru furnizarea de date, argumente și expertiză care poate să ajute la soluționarea cauzei, în caz contrar Achizitorul fiind singur răspunzător de pierderea unui eventual proces."

Această clauză este în mod clar dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă (AC), deoarece AC nu este responsabilă de o eventuală încălcarea de către promitentul prestator a unor drepturi de proprietate intelectuală (brevete, nume , mărci înregistrate, etc).

4. Solicitarea ... cu privire la completarea art. 9 din acordul cadru, pentru tratament egal, cu art. 9.4 "în situația în care Achizitorul refuză nejustificat semnarea contractului subsecvent, atunci Achizitorul datorează daune-interese egale cu 10% din valoarea contractului subsecvent în cauză"

În ceea ce privește introducerea "pentru tratament egal" a clauzei potrivit căreia achizitorul datorează daune-interese egale cu 10% din valoarea contractului subsecvent în cauză, în situația în care refuză nejustificat semnarea contractului subsecvent, precizăm că inițierea atribuirii contractelor subsecvente este întotdeauna atributul autorității contractante (aceasta încheind contracte subsecvente în funcție de necesitățile sale). Mai mult decât atât, legiuitorul, tot în spiritul principiului tratamentului egal, a reglementat acest aspect în cuprinsul prevederilor art. 111 alin. 3 din H.G. nr. 395/2016. "Operatorul economic în culpă va

suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa.", astfel pentru aplicarea prevederilor art. 111 alin. 3 din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă a introdus în acordul cadru, sancțiunile prevăzute la art. 9.

5. Solicitarea ... cu privire la eliminarea art. 16 din acordul cadru :

Raportat la aplicarea prevederilor Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului european și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), precizăm că acestea sunt de directă aplicare. Astfel, indiferent dacă prevederile privind prelucrarea datelor cu caracter personal sunt incluse sau nu în cadrul acordurilor-cadru/contractelor, acestea se vor aplica oricum. Legalitatea prelucrării datelor cu caracter personal este reglementată la art. 6 din regulamentul citat".

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului – cadru, divizat în loturi, având ca obiect *"Achiziționarea serviciilor de suport IT aferente sistemului integrat de management al activităților de investiții, control și integritate în cadrul ...", cod CPV 72267000-4*. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind *„prețul cel mai scăzut*".

În *Procesul – verbal de vizualizare și inventariere a documentelor depuse* nr. 60861/31.05.2018, s-a consemnat depunerea unei oferte în cadrul procedurii, pentru lotul nr. 1, respectiv, oferta depusă de ....

În raportul procedurii de atribuire nr. 77346/09.07.2018 s-a consemnat hotărârea comisiei de evaluare, de declarare câștigător al procedurii, pentru lotul nr. 1, a ofertei de puse de către ....

Ulterior, prin adresa nr. 78484/10.07.2018, autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii către ..., precum și invitația pentru semnarea acordului –cadru.

Față de prevederile acordului – cadru și ale contractului subsecvent, comunicate contestatorului spre semnare, acesta a transmis autorității contractante adresa nr. 264/31.07.2018, înregistrată la ... sub nr. 87874/31.07.2018.

Astfel, autoritatea contractantă a emis răspunsul nr. 89723/06.08.2018, împotriva căruia, ... a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr. ....

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității introducerii contestației depusă de ..., invocată de autoritatea contractantă.

În soluționare, se reține că ..., nemulțumit fiind de răspunsul autorității contractante nr. 89723/06.08.2018, a formulat contestația sa și a depus-o prin poștă la Consiliu, în data de 13.08.2018.

Consiliul reține că, deși, în mod formal, prin prezenta contestație ... atacă actul administrativ al autorității contractante nr. 89723/06.08.2018,

în fapt, actul administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să lezeze interesele contestatorului este documentația de atribuire aferentă anunțului de participare nr. ... publicată în SEAP încă de la data de 24.04.2018, documentație ce conține inclusiv drafturile de acord – cadru și contract subsecvent ce urmează a fi încheiate cu ofertantul declarat câștigător în cadrul procedurii.

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din același act normativ *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*

Potrivit anunțului de participare nr. ... , publicat în SEAP, valoarea estimată, fără TVA, a acordului - cadru ce face obiectul contestației este cuprinsă între 895.600 RON și 4.971.200 RON, prin urmare mai mare decât pragurile valorice, prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, așa cum a fost modificată și completată prin OUG nr.45/2018:

„(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) 10 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 egală sau mai mare 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”.

De asemenea, potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) din același act normativ: „Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”.

Potrivit dispozițiilor art.3 lit.z) din Legea nr.98/2016, *„documentaţia de atribuire - documentul achiziţiei care cuprinde cerinţele, criteriile, regulile şi alte informaţii necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la cerinţe sau elemente ale achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificaţiile tehnice ori documentul descriptiv, condiţiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidaţi/ofertanţi, informaţiile privind obligaţiile generale aplicabile”.*

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... împreună cu documentația de atribuire aferentă, draftul de acord cadru și

contract subecvent fiind aduse la cunoștința operatorilor economici interesați ca parte a documentației de atribuire. Consiliul nu poate primi ca întemeiate susținerile contestatorului referitoare la inexistența în „caietul de sarcini” a unei clauze care ar interzice negocierea drafturilor ulterior depunerii ofertelor cu ofertantul desemnat câștigător.

Potrivit dispozițiilor art.123 alin.(1) și art.124 alin.(1) din HG nr.395/2016, *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile.*

.....

„Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conţinutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant”.

Prin urmare, în opinia Consiliului, contestatorul avea obligația de a depune oferta în conformitatea cu prevederile documentației de atribuire din conținutul căreia, potrivit dispozițiilor legale, făcând parte inclusiv modelul de acord cadru și modelul de contract subsecvent, din moment ce acesta nu a înțeles să formuleze obiecțiuni cu privire la documentele anterior menționate în termenul impus de legislația privind remediile din domeniul achizițiilor publice.

Solicitarea modificării acordului cadru și a contractului subsecvent ulterior depunerii ofertelor și ulterior desemnării ofertantului câștigător, în opinia Consiliului, reprezintă nu numai un demers tardiv (așa cum a susținut autoritatea contractantă atât în răspunsul nr. 89723/06.08.2018 cât și în cadrul punctului de vedere transmis în prezenta cauză), acceptarea unei asemenea modificări reprezentând o veritabilă încălcare a principiului tratamentului egal.

Potrivit dispozițiilor art.3 alin.(1) lit.l) din Legea 98/2016, prin contract de achiziţie publică se înțelege *„contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulţi operatori economici şi una ori mai multe autorităţi contractante, care are ca obiect execuţia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”.*

Potrivit definiției date în dicționarul juridic, act administrativ este actul unilateral cu caracter individual sau normativ, emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naştere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, şi contractele încheiate de autorităţile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achiziţiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute şi alte categorii de contracte administrative supuse competenţei instanţelor de contencios administrativ.

În aprecierea Consiliului, conținutul documentației de atribuire, inclusiv modelul de acord cadru și modelul de contract subsecvent, trebuie să fie același pentru toți operatorii economici interesați în a participa la o

procedură de achiziție publică. Orice eventuală modificare a conținutului documentației de atribuire poate fi făcută doar în termenele imperative de contestare impuse de legislația în materie și doar sub condiția aducerii la cunoștință a acestor modificări operatorilor economici prin mijloace de publicitate adecvate.

Astfel, ținând cont de faptul că ... a luat la cunoștință de conținutului documentației de atribuire în data de 24.04.2018, data publicării acesteia în SEAP, rezultă că acesta trebuia să transmită contestația, atât către CNSC cât și către entitatea contractantă, până la data de 04.05.2018, inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă.

Prin urmare, transmiterea contestației la CNSC în data de 13.08.2018, reprezintă un demers tardiv al ..., în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca tardivă contestația depusă de ... în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca tardivă contestația depusă de ... în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 12(douăsprezece) pagini.