



C.N.S.C.

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.cnscl.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.1647/C6/1887

Data: 23.09.2016

Prin contestația f.n. din 29.08.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.26392/30.08.2016, depusă de S.C. AUSTRAL TRADE S.R.L., cu sediul în București, Str.Smaranda Brăiescu nr.56, sector 1, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.J40/9039/1993, având CUI 3738836, reprezentată legal prin director general Emil Deliu, împotriva documentației de atribuire emisă de REGIA NAȚIONALĂ A PĂDURILOR – ROMSILVA, cu sediul în București, Str.Petricani nr.9A, sector 2, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe 10 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Produse de birotică”, cod CPV – 30190000-7- diverse mașini, echipamente și accesorii de birou (Rev.2), s-a solicitat:

1. suspendarea procedurii de atribuire aferentă tuturor celor 10 loturi, conform art.22 din Legea nr.101/2016;

2. obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire aferentă celor 10 loturi, după cum urmează:

-Modificarea punctului II.4 din fișa de date, a articolului 7.1 din acordul-cadru și a articolului 20.1 din contractul subsecvent în sensul permiterii și stabilirii unei modalități de ajustare a prețului conform prevederilor legale în vigoare;

-Modificarea clauzei 24.5 din contractul de furnizare, în sensul restrângerii termenului de preaviz pe care trebuie să-l dea furnizorul achizitorului, de la 30 de zile la 10 zile;

-Introducerea unei clauze pentru conservarea dreptului de denunțare unilaterală și în favoarea furnizorului;

-Completarea articolului 13.1 din draft-ul acordului-cadru pentru a introduce și alte situații în care contractul poate fi modificat și introducerea unui nou capitol, 30, în draft-ul contractului subsecvent privind situațiile de modificare fără organizarea unei noi proceduri, în conformitate cu prevederile art.221 și următoarele din Legea nr.98/2016;

-Introducerea articolului 9.3 în draftul acordului-cadru și a articolului 14.4 în cadrul draft-ului contractului subsecvent ce va avea următorul conținut: „În cazul în care unul sau mai multe produse comandate nu se mai găsește pe lista furnizorilor Furnizorului, acesta comunică achizitorului acest lucru în termen de 24 de ore de la primirea comenzii, solicitând fie înlocuirea produsului cu un produs similar, fie retragerea respectivului produs din comandă”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu numărul de mai sus, S.C. AUSTRAL TRADE S.R.L. critică documentației de atribuire emisă de REGIA NAȚIONALĂ A PĂDURILOR – ROMSILVA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe 10 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Produse de birotică”, cod CPV – 30190000-7- diverse mașini, echipamente și accesorii de birou (Rev.2), solicitând:

1. suspendarea procedurii de atribuire aferentă tuturor celor 10 loturi, conform art.22 din Legea nr.101/2016;

2. obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire aferentă celor 10 loturi, după cum urmează:

-Modificarea punctului II.4 din fișa de date, a articolului 7.1 din acordul-cadru și a articolului 20.1 din contractul subsecvent în sensul permiterii și stabilirii unei modalități de ajustare a prețului conform prevederilor legale în vigoare;

-Modificarea clauzei 24.5 din contractul de furnizare, în sensul restrângerii termenului de preaviz pe care trebuie să-l dea furnizorul achizitorului, de la 30 de zile la 10 zile;

-Introducerea unei clauze pentru conservarea dreptului de denunțare unilaterală și în favoarea furnizorului;

-Completarea articolului 13.1 din draft-ul acordului-cadru pentru a introduce și alte situații în care contractul poate fi modificat și introducerea unui nou capitol, 30, în draft-ul contractului subsecvent privind situațiile de modificare fără organizarea unei noi proceduri, în conformitate cu prevederile art.221 și următoarele din Legea nr.98/2016;

-Introducerea articolului 9.3 în draftul acordului-cadru și a articolului 14.4 în cadrul draft-ului contractului subsecvent ce va avea următorul conținut: „În cazul în care unul sau mai multe produse comandate nu se mai găsește pe lista furnizorilor Furnizorului, acesta comunică achizitorului acest lucru în termen de 24 de ore de la primirea comenzii, solicitând fie înlocuirea produsului cu un produs similar, fie retragerea respectivului produs din comandă”.

În motivarea contestației, S.C. AUSTRAL TRADING S.R.L. arată că, urmarea inițierii procedurii de atribuire, a constatat că anumite prevederi din acordul-cadru de furnizare sunt nelegale și discriminatorii, fiind de natură a-l prejudicia în mod direct și a aduce atingere principiilor ce guvernează atribuirea contractului de achiziție, motiv pentru care a notificat autoritatea contractantă în temeiul Legii nr.101/2016, notificare căreia autoritatea contractantă nu i-a dat curs.

Contestatorul prezintă în continuare argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire pentru toate cele 10 loturi, până la soluționarea contestației.

Pe fond, cu privire la solicitarea de modificare a punctului II.4 din fișa de date, a articolului 7.1 din acordul-cadru și a articolului 20.1 din contractul subsecvent în sensul permiterii ajustării prețului și introducerii unei clauze de revizuire a prețului, contestatorul arată că i-a fost respinsă pe motiv că perioada contractului este una scurtă, de 2 ani și că legislația în vigoare nu obligă autoritatea contractantă să permită ajustarea prețului.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă, contestatorul arată că în concordanță cu noile pachete de legi din materia achizițiilor publice, incidente în cauză, și jurisprudența CJUE, este permisă modificarea contractului de achiziție publică în cazul în care există o clauză de revizuire a prețurilor în documentația de atribuire, în considerarea circumstanțelor imprevizibile ce ar putea apărea pe parcursul derulării contractului.

Autoritatea contractantă, apreciază contestatorul, ignoră împrejurarea că, din cauze independente de voința părților, neprevăzute de aceasta la momentul încheierii contractului, pot apărea situații care să lezeze considerabil interesele economice ale părților și să facă imposibilă executarea în continuare a contractului (taxe și obligații legale neprevăzute la momentul încheierii contractului, majorări de prețuri materiale, inflație, devalorizare etc) raportat și la durata acordului-cadru de 24 luni, ce nu este o perioadă scurtă de timp.

Contestatorul susține că se impune modificarea clauzelor din documentația de atribuire, pentru a permite ajustarea prețului în funcție de inflație, curs valutar sau în cazul în care apar anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului/acordului-cadru.

Astfel, în cazul în care pe parcursul derulării contractului intervin situații neprevăzute ce creează o situație împovărătoare pentru achizitor și prețul nu poate fi ajustat urmare a acestora, opinează contestatorul, s-ar ajunge la situația în care nu poate fi îndeplinit chiar scopul activității economice în vederea căruia operatorii economici au participat la procedura de atribuire, și anume obținerea de profit, deoarece prețurile ar fi atât de ridicate încât societatea ar ajunge să execute contractul în pierdere.

Invocând prevederile art.28 alin.1 și 2 din H.G. nr.395/2016, contestatorul susține că solicită modificarea clauzelor din documentația de atribuire privind introducerea unei clauze de ajustare a prețului deoarece articolul menționat mai sus devine aplicabil doar în situația în care ajustarea prețului este precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

Se menționează că introducerea unei clauze de modificare a prețului în documentația de atribuire respectă în totalitate prevederile art.28 alin.7 din H.G. nr.395/2016, deoarece ajustarea în funcție de inflație, curs valutar și apariția anumitor condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial/acordului-cadru, sunt modificări ce ar fi aplicabile tuturor ofertanților și astfel, prin ajustarea prețurilor în funcție de aceste criterii, nu s-ar ajunge în niciun caz la alterarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia operatorul economic a fost declarat câștigător în urma finalizării procedurii.

Un alt argument în vederea introducerii posibilității de ajustare a prețurilor pe durata contractului, după cum se arată, este dat de respectarea principiului echivalenței prestațiilor reciproce ale părților contractante. Astfel, ajustarea prețului contractului în ipoteza schimbării condițiilor obiective de la data încheierii contractului este o măsură care permite echilibrul contractual, fie prin micșorarea, fie prin majorarea prețului. De asemenea, se susține că ajustarea prețului contribuie la menținerea unui nivel echilibrat al obligațiilor părților, astfel încât contractul să nu devină mult prea oneros pentru una dintre părți.

Cu privire la solicitarea de modificarea clauzei 24.5 din contractul de furnizare, în sensul restrângerii termenului de preaviz pe care trebuie să-l dea furnizorul achizitorului, de la 30 de zile la 10 zile, se susține că, prin răspunsul formulat, autoritatea contractantă ignoră faptul că, în materia achizițiilor publice, astfel cum se reglementează atât prin Legea nr.98/2016 cât și prin legislația europeană, autoritățile contractante sunt obligate să conceapă criterii de selecție și calificare care vor duce la desemnarea unui ofertant câștigător cu respectarea principiilor fundamentale al achizițiilor publice, în special nediscriminarea, tratamentul egal, proporționalitatea și utilizarea eficientă a resurselor publice, principii încălcate în speța de față. De asemenea, după cum se

arată, nu există nicio clauză „de natură reglementară”, stabilită prin legea achizițiilor publice, care să permită autorității contractante să stabilească termene diferit de preaviz în cazul rezilierii contractului din cauză că una dintre părți nu și-a îndeplinit obligațiile.

Contestatorul arată că, potrivit contractului de furnizare, în cazul în care furnizorul nu își execută obligațiile, achizitorul poate rezilia contractul oferind furnizorului un termen de preaviz de 10 zile, însă în cazul în care achizitorul nu își îndeplinește obligațiile asumate, furnizorul poate rezilia doar cu acordarea unui termen de preaviz de 30 de zile.

Invocând prevederile art.14 și 15 din Codul civil, contestatorul susține că, deși acordul-cadru și contractul subsecvent pot fi calificate ca fiind de adeziune, deoarece ofertanții nu au posibilitatea reală de a negocia termenii lor, autoritatea contractantă trebuie să acționeze cu bună-credință și să propună termeni și condiții contractuale echilibrate, după cum se prevede la art.1170¹ din codul civil.

Apreciază contestatorul că diferența de tratament între părțile contractuale, prin instituirea unui termen diferit de preaviz, în situații asemănătoare, și anume, cazul în care una dintre părți nu își execută obligațiile contractuale, este o măsură inechitabilă, ce tulbură echilibrul contractual și nu are niciun suport legal.

Cu privire la solicitarea de introducere a unei clauze de denunțare unilaterală în favoarea furnizorului, contestatorul susține că, pentru respectarea principiului egalității și echilibrului contractual, se impune obligarea autorității contractante la introducerea în cadrul contractului subsecvent a prerogativei de a denunța unilateral contractul, și în favoarea furnizorului.

În ceea ce privește cererea de completare a articolului 13.1 din acordul-cadru și introducerea capitolului 30 în contractul subsecvent, pentru a face aplicabile toate situațiile în care contractul poate fi modificat, situații prevăzute la art.221 și urm din Legea nr.98/2016, contestatorul arată că, potrivit articolului menționat, modificarea contractelor subsecvente și acordului-cadru, fără organizarea unei noi proceduri, poate interveni numai cu condiția ca respectivele situații în care pot interveni modificările să fie prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc.

Se subliniază că rațiunea introducerii reglementării de mai sus privind posibilitatea modificării contractelor de achiziție publică fără organizarea unei noi proceduri este dată de posibilitatea intervenirii în cazul contractelor de lungă durată a unor factori care pot schimba condițiile contractuale inițiale, făcându-le neadecvate. În acest caz, pentru a fi posibilă continuarea executării contractului, este necesară adaptarea acestuia la situațiile noi apărute după atribuire.

Astfel, pentru a se da efect reglementărilor prevăzute la art.221 și urm din Legea nr.98/2016, se solicită admiterea cererii, contestatorul redând conținutul pe care ar trebuie să-l aibă art.13.1 completat din acordul-cadru și cap.30 din contractul subsecvent.

În ceea ce privește cererea de introducere a articolului 9.3 în draftul acordului-cadru și a articolului 14.4 în cadrul draft-ului contractului subsecvent cu conținutul - „În cazul în care unul sau mai multe produse comandate nu se mai găsește pe lista furnizorilor Furnizorului, acesta comunică achizitorului acest lucru în termen de 24 de ore de la primirea comenzii, solicitând fie înlocuirea produsului cu un produs similar, fie retragerea respectivului produs din comandă” – contestatorul arată că, pe durata de 2 ani a contractului, pot apărea situații imprevizibile, pe care autoritatea contractantă le ignoră, cum ar fi faptul că anumite produse ce au fost cuprinse în ofertă ar putea fi declarate „end of sale” de către producător. Această situație, după cum se arată, va fi dovedită de către furnizor prin documente obiective, având la bază informațiile și documentele primite de la producător.

Contestatorul solicită completarea articolelor menționate mai sus, după cum arată, pentru a da posibilitatea furnizorului, în acest caz, fie de a înlocui produsul cu alt tip de produs, în funcție de stocul disponibil al producătorului, fie de a cere retragerea produsului respectiv din comanda achizitorului.

În drept, se invocă prevederile art.8 alin.1 din Legea nr.101/2016, directivele europene în domeniul achizițiilor publice și pe principiile care guvernează materia achizițiilor publice reglementate la art.2 din Legea nr.98/2016.

Ca mijloace de probă, sau depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.25333/D.C.P./01.09.2016, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.26612/01.09.2016, REGIA NAȚIONALĂ A PĂDURILOR – ROMSILVA a solicitat respingerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, formulând argumente în acest sens.

Prin punctul de vedere nr.25343/D.C.P./02.09.2016, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.26762/02.09.2016, REGIA NAȚIONALĂ A PĂDURILOR – ROMSILVA a solicitat respingerea contestației, arătând că menține cele consemnate în adresa nr.25180/DCP/23.08.2016, publicată în SEAP, prin care s-au considerat nejustificate măsurile de remediere solicitate.

În continuare, autoritatea contractantă redă textual conținutul adresei susmenționate.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată:

La data de 09.08.2016, REGIA NAȚIONALĂ A PĂDURILOR – ROMSILVA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe 10 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect furnizarea de „Produse de birotică”, cod CPV – 30190000-7- diverse mașini, echipamente și accesorii de birou (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.169070.

Valoarea estimată a acordului – cadru este de 10.399.630,33 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire, urmarea parcurgerii procedurii prealabile a notificării, prevăzută la art.6 din Legea nr.101/2016, S.C. AUSTRAL TRADING S.R.L. a depus, în termen legal, prezenta contestație.

Răspunsul autorității contractante nr.25180/D.C.P./23.08.2016, la notificarea prealabilă nr.2275/19.08.2016, a contestatorului, a constatat în refuzul de a se da curs solicitărilor.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 09.08.2016, iar contestația de față a fost înregistrată la Consiliu la data de 30.08.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr.98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia, *„La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.337/2006, cu modificările și completările ulterioare”* și a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 06.06.2016 și respectiv 26.05.2016.

Rezultă că, în speță, sunt incidente prevederile art.69 alin.2 din Legea nr.101/2016, conform cărora *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*, astfel că procedura de soluționare a prezentei contestații urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr.101/2016, în vigoare la data depunerii acesteia.

De asemenea, față de dispozițiile art.236 alin.1 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, potrivit cu care *„Prezenta lege se aplică procedurilor de atribuire inițiate după data intrării sale în vigoare.”*, procedurii de atribuire în cauză îi sunt aplicabile dispozițiile legii menționate.

Prin contestația sa, S.C. AUSTRAL TRADING S.R.L. critică prevederi din cadrul acordului-cadru și contractul subsecvent, apreciind că se impune modificarea/completarea lor, sens în care formulează și propuneri.

Prima solicitare a contestatorului constă în *„Modificarea punctului II.4 din fișa de date, a articolului 7.1 din acordul-cadru și a articolului 20.1 din contractul subsecvent în sensul permiterii și stabilirii unei modalități de ajustare a prețului conform prevederilor legale în vigoare”*, solicitare față de care, prin adresa nr.25180/DCP/23.08.2016 de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a precizat:

*„Având în vedere că acordul-cadru va fi încheiat pe o perioadă scurtă, de numai 24 de luni, **nu acceptăm modificarea punctului II.4***

din Fișa de date, a articolului 7.1 din acordul-cadru și articolul 20.1 din contractul subsecvent în sensul permiterii și stabilirii unei modalități de ajustare a prețului acordului-cadru/contractului. Astfel, la data fundamentării ofertei, ofertanții vor lua în calcul orice posibile creșteri/diminuări a indicilor de preț pentru elementele constitutive ale ofertei pe toată perioada de derulare a acordului-cadru.

În conformitate cu legislația în vigoare, pe parcursul îndeplinirii contractului, **prețul poate fi ajustat** prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, **dar nu obligă autoritatea contractantă** de a permite ajustarea prețului acordului-cadru/contractului. Din experiența noastră, în perioada 2013-2016, am derulat în mod corespunzător un acord-cadru în care prețul a fost ferm pe toată perioada de derulare.”

Din cadrul documentației de atribuire, rezultă că la pct.II.4 din fișa de date, la art.7.1 din modelul de acord-cadru și la art.20.1 din modelul de contract subsecvent, autoritatea contractantă a prevăzut după cum urmează:

- pct.II.4 din fișa de date:

„Ajustarea prețului contractului

II.4.1) Ajustarea prețului contractului

Nu”;

- art.7.1 din modelul de acord-cadru:

„7. Ajustarea prețului

7.1 – **Prețul acordului-cadru este ferm și nu se ajustează.”;**

- art.20.1 din modelul de contract subsecvent:

„20 Ajustarea prețului contractului

20.1 – **Prețul contractului este ferm și nu se ajustează.”**

Așadar, prețul contractului, în lumina prevederilor menționate, este unul ferm pe toată perioada derulării acordului-cadru, respectiv 2 ani, a ajustarea nefiind permisă.

După cum susține și contestatorul, autoritatea contractantă a refuzat să dea curs solicitării acestuia susținând, în esență, că perioada contractului este una scurtă, de 2 ani și că legislația în vigoare nu o obligă să permită ajustarea prețului.

Dincolo de considerațiile expuse, Consiliul constată că S.C. AUSTRAL TRADE S.R.L. a invocat ca temei legal al solicitării sale, dispozițiile art.28 alin.1 și 2 din H.G. nr.395/2016 conținând Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr.98/2016, care prezintă conținutul:

„(1) În condițiile art.221 din Lege, **pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții**, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente

constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

*(2) Pentru a se respecta principiul transparenței, **posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.***

Raportat strict la dispozițiile legale susenunțate, Consiliul determină că ajustarea prețului contractului reprezintă o opțiune a autorității contractante, iar nu o obligație, după cum corect susține aceasta. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă include în acordul-cadru/contract prevederi prin care permite ajustarea prețului contractului doar dacă înțelege să accepte o astfel de ajustare.

Prin urmare, dispozițiile din materia achizițiilor publice nu instituie în sarcina autorității contractante o obligație de a permite ajustarea prețului, așa cum lasă contestatorul să se înțeleagă, ci doar, în situația în care optează astfel, sunt stabilite reguli menite să asigure respectarea principiului transparenței.

Nu lipsit de importanță este faptul că dispozițiile legale susenunțate au fost emise în aplicarea dispozițiilor art.221 din Legea nr.98/2016, dispoziții care, așa cum rezultă din lecturarea art.1 lit.a, întăresc concluzia susmenționată.

Respectiv,

„(1) Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru pot fi modificate fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situații:

*a) **atunci când modificările, indiferent dacă sunt sau nu sunt evaluabile în bani și indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a prețului sau orice alte opțiuni,***”.

Așadar, modificări ale contractului/acordului-cadru, inclusiv constând în revizuirea prețului contractului, pot interveni dacă au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale, de unde rezultă că nu este exclusă posibilitatea lipsei unor astfel de clauze, consecința fiind cea a imposibilității modificării prețului, ceea ce și dorește autoritatea contractantă din prezenta procedură.

Despre un drept al autorității contractante de a permite ajustarea prețului, a făcut vorbire și legislația anterioară a achizițiilor publice, modelele de acord-cadru de furnizare și contractul subsecvent fiind o dovadă, în plus, în acest sens.

Față de considerentele enunțate, susținerile contestatorului nu vor fi reținute, fiind lipsite de temei.

Cea de a doua solicitare a contestatorului constă în *„Modificarea clauzei 24.5 din contractul de furnizare, în sensul restrângerii termenului de preaviz pe care trebuie să-l dea furnizorul achizitorului, de la 30 de zile la 10 zile”.*

Prin adresa nr.25180/DCP/23.08.2016 de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a precizat:

„Nu se acceptă modificarea clauzei 24.5 din Contractul de furnizare, în sensul restrângerii termenului de preaviz pe care trebuie să-l dea Furnizorul Achizitorului. În vederea executării contractului se pornește de la buna credință că ambele părți își vor onora obligațiile. Scopul principal al contractului este să fie derulat, nu suspendat sau reziliat. Prin perioada de preaviz de 30 de zile autoritatea contractantă se asigură că are timp să ia măsurile legale în vederea îndeplinirii obligațiilor și derulării în mod continuu a contractului.

Regimul juridic al actului administrativ asimilat (contractului administrativ) este stabilit de legea contenciosului administrativ și este un regim juridic de drept public, în sensul că părțile contractului nu se află pe poziție de egalitate, întrucât, în această materie, interesul public predomină asupra interesului privat. Protejarea interesului public limitează principiul autonomiei de voință, în sensul că părțile trebuie să accepte unele clauze de natură reglementară stabilite prin lege.

Contractul de achiziție publică, prin raportare la contractul administrativ, constituie diferența specifică în timp ce contractul administrativ constituie genul proxim. Sub acest aspect, contractul de achiziție publică are o dublă subordonare legislativă în sensul că acesta trebuie să respecte atât regimul juridic stabilit de legea contenciosului administrativ cât și regimul juridic stabilit de legislația aplicabilă achizițiilor publice.”

La pct.24.5 din modelul de contract subsecvent, se regăsește următoarea clauză:

„24.5 – În urma unui preaviz de 30 de zile acordat Achizitorului, Furnizorul poate rezilia prezentul contract dacă Achizitorul:

a) nu își îndeplinește obligația de plată către Furnizor a sumelor datorate acestuia în baza oricărei certificări din partea Achizitorului, după expirarea termenului limită prevăzut în prezentul contract;

b) suspendă derularea furnizărilor sau a oricărei părți a acestora pentru mai mult de 6 luni pentru motive nespecificate în prezentul contract sau independente de culpa furnizorului.”

Consiliul reține că, la pct.24.2 din modelul de contract, se regăsește clauza:

„24.2 – Achizitorul poate rezilia prezentul contract de furnizare după acordarea unui preaviz de 10 zile Furnizorului, în oricare dintre situațiile următoare, dar nelimitându-se la acestea: (...)”

Așadar, după cum corect susține contestatorul, în cazul în care autoritatea contractantă nu își execută obligațiile, furnizorul poate rezilia contractul, oferind autorității contractante un preaviz de 30 zile, în timp ce, în cazul în care furnizorul nu își execută obligațiile, autoritatea contractantă poate rezilia contractul, oferind furnizorului un preaviz de doar 10 zile.

Contestatorul apreciază că, prin răspunsul său, autoritatea contractantă ignoră faptul că, în materia achizițiilor publice, astfel cum se reglementează atât prin Legea nr.98/2016 cât și prin legislația europeană, autoritățile contractante sunt obligate să conceapă criteriile de selecție și calificare care vor duce la desemnarea unui ofertant câștigător cu respectarea principiilor fundamentale ale achizițiilor publice, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal, proporționalitatea și utilizarea eficientă a resurselor publice, principii care au fost încălcate. De asemenea, se arată că nu există vreo clauză „de natură reglementară” stabilită prin legea achizițiilor publice care să permită autorității contractante să stabilească termene diferite de preaviz în cazul rezilierii contractului din cauză că una dintre părți nu și-a îndeplinit obligațiile, fiind invocate și prevederile art.14, 15 și 1170¹ din codul civil.

Criticile contestatorului privind încălcarea principiilor din materia achizițiilor publice nu sunt întemeiate deoarece, ceea ce se critică reprezintă clauze contractuale, iar nu criterii de calificare și selecție stabilite cu nesocotirea principiilor din materia achizițiilor publice.

Dincolo de acest aspect, nu se poate considera că prin stabilirea clauzei în discuție s-ar fi încălcat vreunul dintre principiile enumerate, deoarece:

- prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, *indiferent de naționalitate*:

- să poată participa la procedura de atribuire;
- să aibă șansa de a deveni contractant;

- prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de:

- reguli;
- cerințe;
- criterii

identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți;

- prin proporționalitate se înțelege asigurarea corelației între:

- necesitatea autorității contractante;
- obiectul contractului de achiziție publică;
- cerințele solicitate a fi îndeplinite.

În ceea ce privește utilizarea eficientă a fondurilor publice, acesta nu mai este prevăzut de Legea nr.98/2016 ca principiu care stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, după cum rezultă din conținutul art.2 alin.2 din actul normativ menționat.

Pe de altă parte, însă, nu poate fi vorba nici de existența unei „clauze de natură reglementară stabilită prin lege”, nefiind prevăzute nicăieri termenele stabilite de autoritatea contractantă. Astfel de clauze pot fi considerate, spre pildă, termenul de plată sau nivelul dobânzii pentru plata întârziată, stabilite de Legea nr.72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor

sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante

Inserarea unor termene diferite de preaviz în cazul rezilierii contractului, respectiv de 30 de zile în favoarea achizitorului și de 10 zile în favoarea furnizorului, apreciază Consiliul că reprezenta o măsură inechitabilă, de natură a afecta principiul echilibrului contractual, care există, în primul rând, sub forma bunei-credințe, invocată de autoritatea contractantă însăși.

Despre buna-credință în exercitarea drepturilor fac vorbire dispozițiile legale invocate de contestator, conținutul lor fiind:

-art.14 alin.1 cod civil:

“Orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri. ”;

-art.15 cod civil:

“Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe.”

-art.1.170 cod civil:

“Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație.”

Prin urmare, părțile trebuie să acționeze cu bună-credință nu numai cu ocazia executării contractului, cum invocă autoritatea contractantă, ci și la încheierea lui, operațiune ce privește inclusiv stabilirea clauzelor contractuale.

Deși contractul de achiziție publică este asimilat actului administrativ, după cum prevede art.3 lit.I din Legea nr.98/2016, acest aspect nu poate fi invocat ca justificare a introducerii în contract de clauze ce pot fi considerate abuzive sau care nu mențin un echilibru între părți, așa cum este și clauza în discuție.

Astfel fiind, critica contestatorului este întemeiată, autoritatea contractantă urmând să procedeze la stabilirea aceluiași termen de preaviz în cazul ambelor părți, fie de 10 zile, fie de 30 de zile.

Următoarea solicitare a contestatorului a constatat în *„Introducerea unei clauze pentru conservarea dreptului de denunțare unilaterală și în favoarea furnizorului”*

Prin adresa nr.25180/DCP/23.08.2016 de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a precizat:

„Denunțarea unilaterală se va face în condițiile articolului nr.24.7 din Contractul de furnizare. (...)”, text urmat de preluarea identică a ultimelor două paragrafe ale răspunsului precedent.

La pct.24.7 din modelul de contract de furnizare, se regăsește prevederea:

„Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică, în

conformitate cu dispozițiile dreptului comun, autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de achiziție publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art.164/167 din Legea nr.98/2016;

b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene.”

Așadar, autoritatea contractantă a prevăzut posibilitatea denunțării unilaterale a contractului doar în favoarea sa, pct.24.7 din modelul de contract de furnizare reprezentând o preluare *ad litteram* a art.223 din Legea nr.98/2016, prevedere ce formează conținutul cap.VI – „Cazuri specifice de încetare a contractului de achiziție publică” din lege.

În susținerea cererii sale, observă Consiliul că S.C. AUSTRAL TRADE S.R.L. invocă aceeași încălcare a principiilor fundamentale din materia achizițiilor publice, a principiilor egalității și echilibrului contractual.

Argumentele contestatorului nu vor fi reținute în soluționare față de prevederile Legii nr.98/2006 și H.G. nr.395/2016, în care sunt evidențiate expres cazurile în care *autoritatea contractantă* are dreptul de a denunța unilateral contractul, prevederi preluate, în parte, și în contractul în discuție, nu și despre dreptul furnizorului de a denunța unilateral contractul.

Astfel, în condițiile în care problema în discuție este reglementată expres prin legislația din materia achizițiilor publice, fiind o clauză de „natură reglementară” stabilită prin lege, Consiliul va respinge solicitarea contestatorului.

De altfel, solicitarea în discuție nu este susținută nici de modelele de contracte de furnizare elaborate de fostul ANRMAP (actual ANAP), în acestea fiind evidențiat exclusiv dreptul autorității contractante de a denunța unilateral contractul, nu și al furnizorului.

Următoarea solicitare a contestatorului constă în „*Completarea articolului 13.1 din draft-ul acordului-cadru pentru a introduce și alte situații în care contractul poate fi modificat și introducerea unui nou capitol, 30, în draft-ul contractului subsecvent privind situațiile de modificare fără organizarea unei noi proceduri, în conformitate cu prevederile art.221 și următoarele din Legea nr.98/2016*”.

Situațiile pe care contestatorul dorește ca autoritatea contractantă să le introducă în acordul-cadru și corespunzător în contractele de furnizare subsecvente, se regăsesc la art.221 alin.1 lit.c, e și f din Legea nr.98/2016.

Autoritatea contractantă a formulat, prin adresa nr.25180/DCP/23.08.2016 de răspuns la notificarea pralabilă, următorul răspuns:

„Modificarea acordului-cadru se va face doar în condițiile articolului 13. Contractele subsecvente se încheie în baza unui acord cadru,

*modificarea acestora nefiind acceptată. În conformitate cu prevederile art.221 alin.1 din Legea nr.98/2016, contractele de achiziție publică/acordurile-cadru **pot fi modificate**, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în anumite situații, fără a impune autorității contractante o situație anume.*

La pct.13.1 din acordul-cadru, se prevede:

„Prezentul acord cadru poate fi modificat, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, atunci când sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

(i) valoarea modificării este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la art.7 alin.1 din Legea nr.98/2016.

(ii) valoarea modificării este mai mică decât 10% din prețul acordului-cadru inițial.”

Situația susmenționată, observă Consiliul, reprezintă o preluare a dispozițiilor art.221 alin.1 lit.f din Legea nr.98/2016, astfel că, existând deja în conținutul acordului-cadru, care stabilește termenii și condițiile care guvernează contractele ce vor fi încheiate ulterior, solicitarea contestatorului de a se introduce în modelul de acord-cadru și în modelul de contract subsecvente, situația susenunțată, apare ca lipsită de obiect.

În ceea ce privește celelalte situații cu care contestatorul dorește completarea acordului-cadru/contractului subsecvent, respectiv cele prevăzute la lit.c și e ale art.221 din lege, se constată că S.C. AUSTRAL TRADE S.R.L. nu indică vreun temei legal în baza căruia autoritatea contractantă are obligația de a introduce în contract situațiile în care contractul/acordul-cadru poate fi modificat fără organizarea unei noi proceduri de atribuire sau vreun temei legal în baza căruia, pe lângă situații deja prevăzute, să le introducă și pe celelalte.

Conform art.221 alin.1 din Legea nr.98/2016, *„Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru **pot fi modificate**, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situații: (...)”*, fiind deci vorba despre o opțiune a autorității contractante, iar nu despre o obligație de a modifica contractul ori de câte ori se constată existența unei situații dintre cele prevăzute de lege.

De altfel, însuși contestatorul solicită introducerea în acordul-cadru/contractul subsecvent doar a 3 situații din cele șase enunțate de lege, admitând, implicit, existența unui drept de opțiune în ceea ce privește introducerea în acordul-cadru/contractul subsecvent a uneia sau a mai multora dintre situațiile prevăzute limitativ de lege.

Astfel fiind, Consiliul reține ca neîntemeiată această solicitare a contestatorului.

Următoarea și ultima solicitare a contestatorului constă în *„Introducerea articolului 9.3 în draftul acordului-cadru și a articolului 14.4 în cadrul draft-ului contractului subsecvent ce va avea următorul conținut: „În cazul în care unul sau mai multe produse comandate nu se mai găsește pe lista furnizorilor Furnizorului, acesta comunică achizitorului acest lucru în termen de 24 de ore de la primirea comenzii,*

solicitând fie înlocuirea produsului cu un produs similar, fie retragerea respectivului produs din comandă”.

Față de această solicitare, prin adresa nr.25180/DCP/23.08.2016 de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a arătat:

„Nu se acceptă introducerea de noi articole, 9.3 în acordul cadru și 14.4 în cadrul contractului subsecvent, la data fundamentării ofertei ofertantul trebuie să se asigure că are capacitatea de a furniza cantitatea maximă de produse solicitată de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.”

Relevante în soluționare sunt următoarele prevederi legale:

- art.123 alin.1 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care:

„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”

- art.137 alin.3 din același act normativ, potrivit cu care:

„(...) oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini; (...)”

- art.147 alin.1 din același act normativ, potrivit cu care:

„Contractul de achiziție public/acordul-cadru are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă:

a) caietul de sarcini, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare;

b) oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare;”

Caietul de sarcini, conform art.20 alin.10 din H.G. nr.395/2016, *„(...) conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.”*, iar oferta, conform art.3 lit.hh din Legea nr.98/2016, este definită ca fiind *„actul juridic prin care care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. (...)”*

Față de aceste dispoziții legale din care rezultă cu prisosință că ceea ce se dorește a fi achiziționat exprimă o necesitate a autorității contractante, că ofertantul desemnat câștigător are obligația de a furniza acele produse care răspund cerințelor autorității contractante, dar și doar acele produse indicate în ofertă, în considerarea căreia se încheie contractul, solicitarea contestatorului nu poate fi una întemeiată.

O eventuală înlocuire a produselor indicate în ofertă, așa cum dorește contestatorul să obțină, nu este permisă de legislația în materia achizițiilor publice, aceasta fiind și rațiunea pentru care oferta constituie anexă a contractului, ofertantul devenit furnizor în cadrul contractului, neputând oferi, iar autoritatea contractantă devenită cumpărător în cadrul contractului, neputând accepta sau, mai mult, retrage un anumit produs din comandă pe motiv că nu mai poate fi furnizat.

Astfel fiind, este neîntemeiată și această solicitare a contestatorului.

Având în vedere considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire, în sensul stabilirii aceluiași termen de preaviz în cazul rezilierii, și să publice în SEAP măsurile adoptate, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Cererea privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, formulată de S.C. AUSTRAL TRADE S.R.L. a fost soluționată prin încheierea nr.95/C6/1887 din 01.09.2016.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C. AUSTRAL TRADE S.R.L., cu sediul în București, Str.Smaranda Brăiescu nr.56, sector 1, în contradictoriu cu REGIA NAȚIONALĂ A PĂDURILOR – ROMSILVA, cu sediul în București, Str.Petricani nr.9A, sector 2, dispune remedierea documentației de atribuire, în sensul celor arătate în motivare, și publicarea în SEAP a măsurilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

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

**PREȘEDINTE COMPLET,
Maria-Marinela Păun**

**MEMBRU,
Doina Buzăianu**

**MEMBRU,
Constantin Budulan**