

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 înregistrată la CNSC sub nr. ..., depusă de ..., prin ..., Sucursala ..., cu sediul în ..., Șoș. ..., Nr. ..., Biroul nr. ..., Etaj ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată de ... – Administrator, cu sediul procesual ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură la ... și ..., în ..., nr. ..., Etaj ..., ... împotriva rezultatului procedurii emis în cadrul licitației deschise organizată în vederea încheierii unui acord-cadru, având ca obiect "...", cod CPV ..., de către ..., cu sediul în ..., str. ..., nr. ..., județul ..., în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

1. Anularea adresei de răspuns a entității contractante Nr. ... din ... prin care acesta refuză nejustificat să încheie Acordul-Cadru de furnizare nr. ... din ... și Contractul Subsecvent 1 nr. ... din ... în condițiile stabilite de lege, de documentația de atribuire și în conformitate cu oferta ..., acceptată și declarată câștigătoare de Entitatea contractantă.

2. Obligarea entității contractante să încheie Acordul-Cadru de furnizare nr. ... din ... și Contractul Subsecvent 1 nr. ... din ... în condițiile legii, documentației de atribuire și ale ofertei ..., care a fost acceptată și declarată câștigătoare de entitatea contractantă, și respectiv să oblige entitatea contractantă să adapteze:

(i) Capitolul IV, Art. 4.1. din Acordul-cadru de furnizare nr. ... din ... , și

(ii) Capitolul VI, Art. 6.1. din Contractul Subsecvent 1 nr. ... din ..., pentru a reflecta propunerea financiară a ... ce a fost depusă de ... în Procedură, acceptată și declarată câștigătoare de Entitatea contractantă.

3. Să se dispună suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei Contestații, precum și a efectelor oricăror alte acte ale entității contractante până la soluționarea prezentei Contestații.

4. Obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers judiciar.

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 ofertantul ... atacă adresa de răspuns a entității contractante Nr. ..., solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt, precizând că, la data de ..., în cadrul procedurii au depus oferte ... (...) operatori economici:

- i. ... (ofertant individual);
- ii. ... (ofertant individual).

În urma verificării îndeplinirii tuturor condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, doar oferta ... a fost declarată admisibilă, oferta ... fiind respinsă ca inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (1) coroborat cu art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale („HG nr. 394/2016”).

Urmare a evaluării propunerilor tehnice în raport cu cerințele minime din Caietul de sarcini, comisia de evaluare a stabilit că oferta ... a îndeplinit cerințele minime din Caietul de sarcini, este acceptabilă și conformă, și a obținut punctajul maxim aferent factorului de evaluare tehnic (20 de puncte).

În cadrul evaluării financiare, astfel cum urmează să expună în mod detaliat, infra, în secțiunea a IV-a, ... a răspuns în mod concludent tuturor solicitărilor de clarificări transmise de Entitatea contractantă. Cu toate acestea, entitatea contractantă refuză semnarea acordului-cadru și a primului contract subsecvent al acestuia.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[....pdf” postat de entitate în SEAP la ..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr. ... Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare prin intermediul SEAP întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., entitatea contractantă a formulat punct de vedere la contestația depusă de ..., prin care solicită:

Respingerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire demarată prin anunțul de participare nr. ... publicat în SEAP și cu nr. ... în JOUE.

Entitatea contractantă, reține că argumentele contestatorului sunt într-un total nefondate și prin urmare nu pot sta la baza cererii de suspendare astfel cum a fost formulată. Acestea nu se încadrează printre condițiile prevăzute la art. 22 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, fapt pentru care

solicităm Consiliului respingerea acestora în integralitate, cu consecința respingerii cererii de suspendare a procedurii.

În conformitate cu dispozițiile art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016: "1) în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației. "

Cele două condiții necesare a fi îndeplinite pentru ca o cerere de suspendare să fie justificată, respectiv incidența unui caz bine justificat și existența unei pagube iminente sunt definite la Art. 2 lit. ș) și t) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Astfel, pentru a soluționa cererea de suspendare formulată de către contestatoare, se impune verificarea îndeplinirii cumulative a următoarelor condiții:

- (i) existența unui caz bine justificat,
- (ii) existența unei pagube iminente.

Pentru a suspenda executarea unui act administrativ nu este suficient doar ca partea interesată să susțină că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege, ci trebuie să prezinte dovezi pe baza cărora să se poată realiza o analiză în concret a cazului bine justificat și a iminenței unei pagube, în raport cu natura și amploarea măsurii dispuse prin actul contestat. Suspendarea nu intervine de drept, ci în fiecare caz în parte trebuie prezentate de către partea interesată dovezi suficiente de răsturnare a prezumției de legalitate și care să facă verosimilă iminența producerii unei pagube.

- (i) Referitor la condiția privind existența unui caz bine justificat

Entitatea contractantă apreciază că solicitarea de suspendare formulată de către contestator nu cuprinde o justificare temeinică pentru dovedirea și îndeplinirea condiției prevăzute de lege pentru existența „cazului bine justificat”. Existența unui caz bine justificat poate fi reținută dacă din împrejurările cauzei ar exista o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate.

Mai mult, referitor la susținerile contestatorului conform cărora entitatea contractantă ar putea continua procedura și ar putea întreprinde acțiuni de natură să prejudicieze interesele ... subliniază faptul că în conformitate cu Raportul procedurii nr. ..., oferta depusă de către acesta a fost declarată câștigătoare fiind invitat prin Adresa nr. ... la semnarea contractului în data de ..., astfel că este evidentă intenția entității contractante de a încheia contractul cu societatea ... declarată câștigătoare.

Raportat la cele prezentate mai sus, apreciază neîndeplinită condiția „cazului bine justificat”.

- (ii) Referitor la condiția privind paguba iminentă

Paguba iminentă este definită de art. 2 alin. (1) lit. ș) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, drept prejudiciu material viitor dar previzibil cu evidență, sau după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public.

Suspendarea executării se justifică în situația în care executarea actului administrativ ar produce contestatoarei un prejudiciu greu sau imposibil de înlăturat.

În jurisprudența sa, Înalta Curte de Casație și Justiție reține că iminența producerii unei pagube nu se prezumă, ci trebuie dovedită de persoana lezată, sub acest aspect fiind lipsite de relevanță simplele afirmații făcute.

Raportat la normele redată și la împrejurările descrise în contestație, menționăm că solicitarea de suspendare adresată de către contestator nu cuprinde indicarea vreunei pagube iminente care ar trebui prevenită. Contestatorul nu arată în cuprinsul contestației, în contextul achiziției pendinte și nu cuantifică așa-zisa pagubă iminentă care se presupune că va afecta patrimoniul contestatorului în situația în care procedura de atribuire nu va fi suspendată.

Raportat la cea de a doua cerință înscrisă de către legiuitor în cuprinsul art. 2 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, contestatoarea nu a demonstrat existența unei pagube iminente astfel cum se solicită prin art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ci cele arătate reprezintă doar simple presupuneri ale contestatoarei care nu sunt suficiente pentru a justifica o „pagubă iminentă”. Or, jurisprudența CNSC și a instanțelor de contencios administrativ impune ca paguba să fie certă, nu eventuală, iar aceasta trebuie dovedită.

Față de cele arătate în prealabil, concluzionează că cele două condiții impuse de către legiuitor pentru admiterea cererii de suspendare nu sunt îndeplinite, și prin urmare solicită respingerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire ca fiind inadmisibilă, în temeiul dispozițiilor 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, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, Hotărârii Guvernului nr. 394/ 2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

În drept, invocă art. 18 și art. 22 alin. (1) și (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, respectiv art. 2 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Față de toate motivele de fapt și de drept menționate în prezentul punct de vedere, solicită respingerea solicitării de suspendare a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., entitatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..., prin care solicită:

Respingerea ca tardivă și nefondată a contestației depusă de către ..., Sucursala ..., ... înregistrată la CNSC cu nr. ..., ce face obiectul dosarului nr. ..., formulată în cadrul procedurii de licitație deschisă de atribuire a contractului sectorial de produse aferent obiectivului „...”;

- În subsidiar entitatea contractantă solicită Consiliului dispunerea anulării procedurii de atribuire cu obiectul „...”, în temeiul art. 225 alin. (1), lit. c) teza a doua din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale;

- Obligarea contestatorului de a face dovada depunerii și constituirii cauțiunii conform art. 61' , alin. (1), litera b) 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, cu modificările și completările ulterioare, sub sancțiunea respingerii contestației în cazul nedepunerii și neconstituirii prealabile;

Entitatea contractantă a demarat la data de ... licitația deschisă, prin anunțul de participare nr. ... La data de ..., entitatea contractantă a publicat pe platforma electronică SEAP, Clarificarea din oficiu nr. ... prin care a adus printre altele modificări și cu privire la Clauzele contractuale obligatorii, parte a documentației de atribuire.

În procesul de evaluare, în cadrul etapei de evaluare tehnică, Comisia de evaluare a transmis solicitarea de clarificări nr. ... în urma căreia operatorul economic ... a transmis răspuns prin adresa din data de ... înregistrată la aeroport sub nr. ..., prin care și-a asumat atât modelul de contract cât și răspunsurile la clarificări.

În cadrul etapei evaluării financiare, Comisia de evaluare a analizat propunerea financiară depusă de ofertantul ... în raport cu documentele de achiziție și completările ulterioare, având în vedere verificarea următoarelor aspecte: corelarea cu Propunerea Tehnică prezentată; identificarea și remedierea erorilor aritmetice și corectarea acestora în condițiile admise de lege; încadrarea în valoarea estimată a achiziției, inclusiv sub aspectul analizării posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, cu respectarea prevederilor normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice/ sectoriale; asigurarea ca prețurile propuse sau componente ale acestora nu sunt neobișnuit de scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin Caietul de sarcini.

Oferta financiară depusă și acceptată de către comisia de evaluare, cuprinde echipamentele și serviciile aferente pentru ... în consecință, Entitatea contractantă a întocmit Contractul subsecvent nr. 1 în conformitate cu oferta financiară validată de comisia de evaluare, precum și cu clauzele contractuale obligatorii, parte a documentației de atribuire (modificate prin Clarificarea din oficiu nr. ... din data de ...).

În urma evaluării ofertelor depuse de către cele două societăți, oferta depusă de către ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare conform Raportului procedurii nr. ... iar rezultatul procedurii de atribuire a fost

comunicat prin Adresa nr. ..., termenul de semnare a Acordului - cadru fiind stabilit pentru data de ...

Ulterior, la data de ... ofertantul a confirmat prin e-mail, primirea Acordului-cadru, astfel că, este evident că la acea data societatea ... a luat cunoștință de toate prevederile contractuale.

Prin Contestația înregistrată la CNSC cu nr. ... ofertantul ... invocă faptul că entitatea contractantă refuză nejustificat semnarea Acordului-cadru de furnizare nr. ... și a Contractului subsecvent 1 nr. ...

Referitor la susținerile contestatorului, precizează faptul că entitatea contractantă a transmis la data de ... Acordul-cadru și Contractul subsecvent 1 semnate de către aceasta, astfel se poate observa buna-credință.

Pe cale de excepție invocă următoarele: Excepția tardivității contestației

Entitatea contractantă consideră că, Sucursala ..., România a formulat tardiv contestația pentru următoarele motive:

Ofertantul contestă Adresa entității contractante nr. ..., transmisă acestuia prin e-mail la data de ..., cu privire la semnarea Acordului-cadru de furnizare nr. ... și a Contractului subsecvent 1 nr. ... aferente procedurii de licitație deschisă cu obiectul „...".

Contestația a fost formulată și înregistrată la CNSC la data de ..., cu depășirea termenului de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul entității contractante considerat nelegal, prevăzut de art. 8 alin (1) lit. a 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. Însă, contestatorul a luat cunoștință de Acordul-cadru de furnizare nr. ... și de Contractul subsecvent 1 nr. ... la data de ..., când cele două documente au fost transmise prin e-mail societății ... Mai mult, contestatorul a confirmat în scris, la data de ..., primirea documentelor. Arată că termenul de 10 zile s-a împlinit în ziua de luni, ..., iar contestația a fost transmisă în data de ... ora ... și înregistrată la sediul entității contractante în ziua de marți ...

Entitatea contractantă subliniază faptul că de la momentul luării la cunoștință a e-mail-ului din data de ... care cuprindea Acordul-cadru de furnizare nr. ... și Contractul subsecvent 1 nr. ... și până la data Adresei de răspuns a entității contractante nr. ... la care ofertantul se raportează pentru a contesta așa-zisul refuz al entității contractante de a semna Acordul-cadru și contractul subsecvent aferent acestuia, ... nu a întreprins niciun demers pentru a depune contestație.

Consideră că, ... se raportează în mod greșit ca moment inițial de curgere a termenului la data de ..., data Adresei de răspuns a entității contractante nr. ... menționează în cuprinsul contestației faptul că a sesizat la data de ..., entității contractante așa-zisele erori cuprinse în contract. Însă, din ... până în ... sau chiar ..., ofertantul ... a stat pasivitate, nu a înțeles să depună contestație cu privire la un așa-zis refuz al entității contractante cu privire la semnarea contractului.

Prin urmare, raportându-ne la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia termenul de depunere a contestațiilor curge de la data luării la cunoștință de către ofertant despre actul entității contractante considerat nelegal, (...), termenul de depunere a contestației a curs din data de ... nu de la data de ...

Totodată, arată că Adresa cu nr. ... la care contestatoarea face referire este o simplă adresă de răspuns și nu un act administrativ așa cum este definit în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004 contenciosului administrativ cu modificările și completările ulterioare. Mai mult, entitatea contractantă a transmis la data de ... contractul sectorial semnat de către reprezentanții entității, ceea ce denotă faptul că nu sunt sub incidența unui refuz nejustificat de semnare a contractului.

Față de cele arătate, solicită respingerea ca tardivă a contestației înregistrată la CNSC cu nr. ...

Pe fond, subliniază următoarele aspecte:

Cu privire la solicitarea contestatorului de suspendare a procedurii de atribuire, învederează faptul că entitatea contractantă a transmis punctul de vedere prin adresa nr. ... din ...

Referitor la așa-zisa nelegalitate și netemeinicie a adresei nr. ... din ... considerată de către contestator ca refuz nejustificat al entității contractante de semnare a contractului sectorial atribuit, subliniază următoarele:

- în cuprinsul contestației, ... reține că în cadrul ofertei financiare aceasta a depus formularul de propunere financiară astfel cum a fost solicitat prin documentația de atribuire, însă comisia de evaluare a solicitat detalierea prețului ofertat pe fiecare contract subsecvent. În acest sens, prin rolul său activ, Comisia de evaluare, în temeiul prevederilor art. 133 din Hotărârea nr. 394/2016 privind Normele metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului- cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, a solicitat clarificări în timpul evaluării propunerii financiare, în acord cu prevederile din caietul de sarcini și clauzele contractuale obligatorii (care includ și Clarificarea din oficiu nr. ... din data de ...) și a cerut ofertantului să retransmită centralizatorul cu prezentarea prețului unitar a echipamentelor și serviciilor solicitate în documentație, defalcat pe fiecare contract subsecvent.

Comisia a declarat admisibilă oferta contestatorului, câtă vreme propunerea financiară cuprindea echipamentele și serviciile aferente pentru ..., era corelată cu propunerea tehnică. Oferta financiară s-a încadrat în valoarea estimată și nu au fost aduse modificări valorii ofertate și preturilor unitare, care au rămas neschimbate în urma solicitărilor de clarificări. În consecință, Entitatea contractantă a întocmit Contractul subsecvent nr. 1 în conformitate cu oferta financiară validată de către comisia de evaluare, prin raportare la documentația de atribuire, în concret, la caietul de sarcini, la clauzele contractuale obligatorii și la clarificarea din oficiu nr. ... din data de ..., parte din documentația de atribuire.

Referitor la susținerea ... că entitatea contractantă s-ar fi abătut de la documentația de atribuire prin întocmirea contractului subsecvent în

forma în care acesta a fost transmis la data de ..., subliniază faptul că entitatea contractantă a adus clarificări cu privire la defalcarea prețului contractului atât prin clarificarea din oficiu nr. ... din data de ... cât și prin răspunsul consolidat nr. ... din ...

În consecință, entitatea contractantă nu a schimbat în mod unilateral condițiile financiare la momentul întocmirii contractului, acestea fiind clarificate înainte de data limită de depunere a ofertelor, prin clarificările anterior menționate. În acest sens, este important de reținut faptul că prin publicarea clarificărilor pe platforma SEAP, entitatea contractantă a respectat principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Potrivit dispozițiilor art. 153 din Hotărârea nr. 394/2016 privind Normele Metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului- cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, clarificările aduse până la depunerea ofertelor, ce privesc aspectele tehnice și financiare fac parte integrantă din contractul sectorial, în același sens, invocă prevederile art. 2.2. din Acordul-cadru.

Entitatea contractantă arată că ofertantul și-a asumat depunerea ofertei conform documentației care cuprindea și clarificările la aceasta, mai mult, în procesul de evaluare, prin răspunsul din data de ... (a se vedea răspunsul la clarificarea nr. ...), ofertantul și-a asumat atât clauzele contractuale cât și clarificările la acestea.

Entitatea contractantă a întocmit și a semnat Acordul-cadru pe baza ofertei declarate câștigătoare în forma admisibilă a acesteia care a fost conformă cu documentația de atribuire. Defalcarea (adică detalierea) ofertei la momentul semnării contractului a fost o simplă detaliere a elementelor deja cuprinse și evaluate în oferta inițială, fără a le modifica substanțial.

Potrivit definițiilor cuprinse în Acordul-Cadru la art. 2.1., arătăm faptul că „prețul” contractului este definit astfel: „prețul plătit Contractantului de către Entitatea Contractantă, în baza și în conformitate cu prevederile contractului subsecvent, a ofertei Contractantului și a documentației de atribuire, pentru îndeplinirea integrală și corespunzătoare a tuturor obligațiilor asumate prin acordul-cadru ”.

În susținerea argumentului de mai sus, apreciază ca fiind importantă Clarificarea din Oficiu nr. ... din ..., prin care au fost clarificate condițiile referitoare la prețul contractului.

La fel ca și în cazul Acordului-Cadru, arătăm faptul că potrivit definiției cuprinse la art. 2.1 lit. I. din Cap. II DEFINIȚII, aferent Contractul Subsecvent 1, prețul contractului” este Prețul plătit Contractantului de către Autoritatea contractantă, în baza și în conformitate cu prevederile Contractului, a ofertei Contractantului și a documentației de atribuire, pentru îndeplinirea integrală și corespunzătoare a tuturor obligațiilor asumate prin Contract.

Pe cale de consecință, Entitatea contractantă nu s-a abătut de la cerințele stabilite inițial în documentația de atribuire, astfel că la semnarea contractului s-au respectat principiile care guvernează domeniul

achizițiilor publice și prevăzute la art.2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 8 alin (1) lit. a 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, art. 133 și art. 153 din Hotărârea nr. 394/2016 privind Normele metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Pentru toate motivele de fapt și de drept invocate în prezentul punct de vedere, solicită respingerea ca tardivă și nefondată a contestației depusă de ofertantul

În subsidiar, pentru toate cele arătate în prezenta, Entitatea contractantă solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor anularea procedurii de atribuire, prin raportare la prevederile art. 225 alin. (1), lit. c) teza a doua din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... a transmis concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al entității contractante, solicitând respingerea excepției tardivității.

Cu titlu preliminar, ... arată că data formulării și depunerii Contestației este ... La data de ..., a transmis Contestația atât prin e-mail, către CNSC și Entitatea contractantă (a se vedea Anexa nr. 1 - dovada comunicării Contestației prin e-mail), cât și prin intermediul serviciului poștal, către sediile acestora (a se vedea Anexa nr. 2 - dovada comunicării Contestației prin poștă).

Prin urmare, Entitatea contractantă încearcă să inducă în eroare Consiliul susținând că data transmiterii Contestației este ..., când din toate evidențele și probele depuse rezultă cu certitudine că data transmiterii Contestației este ...

Așadar, Contestația a fost formulată în termenul legal prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 de 10 (zece) zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre Actul atacat, respectiv Adresa de Răspuns Nr. ... din ..., prin care Entitatea contractantă și-a exprimat refuzul nejustificat și nelegal de a încheia Acordul-cadru și Contractul Subsecvent nr. ..., în condițiile propunerii sale financiare acceptate și declarate câștigătoare de Entitatea contractantă.

Menționează că până la data de ... Entitatea contractantă nu și-a exprimat acest refuz nejustificat și nelegal de a încheia contractul cu ofertantul câștigător, pe baza propunerii financiare declarate câștigătoare.

Inițial, când Entitatea contractantă a transmis spre semnare Acordul-cadru și Contractul Subsecvent nr. 1, ... a observat că, referitor la anumite componente, defalcarea prețurilor nu corespundea cu cea din Centralizatorul financiar al contestatorului, însă Entitatea contractantă nu și-a manifestat refuzul nejustificat de a încheia aceste contracte în conformitate cu oferta câștigătoare și nici nu a comunicat pe nicio cale un astfel de refuz nejustificat.

Înțelegerea de la acel moment a fost că Entitatea contractantă își dorește încheierea contractelor cu ..., în condițiile ofertei și de aceea a considerat că din eroare Entitatea contractantă a inserat în Acordul-cadru și Contractul Subsecvent nr. ... anumite valori care nu corespundeau cu defalcarea prețurilor din oferta.

... Subscrisa a transmis o adresă în data de ... prin care i-a adus la cunoștință Entității contractante eroarea inserată în cuprinsul Acordului-cadru și Contractului Subsecvent nr. ... și a rugat-o să modifice clauzele respective pentru ca prețurile să corespundă în totalitate cu cele din Centralizatorul financiar prezentat de

Abia la data de ..., Entitatea contractantă și-a manifestat refuzul de a modifica aceste clauze și de a încheia Acordul-cadru și Contractul Subsecvent nr. ... cu ..., în calitate de ofertant declarat câștigător.

Transmiterea inițială de către Entitatea contractantă a Acordului-cadru și a Contractului Subsecvent nr. 1, în forma propusă spre semnare, nu reprezenta un act vătămător și nici nu putea fi calificată drept un refuz nejustificat de a încheia contractele în condițiile ofertei câștigătoare. Din punct de vedere procedural, la acel moment nu exista un act susceptibil de a fi contestat/anulat pentru că acele documente constituiau proiecte contractuale („drafturi” de contract), care fac obiectul analizei părților înainte de semnare. Un proiect de contract nu produce efecte juridice, nu modifică drepturi sau obligații și nu poate fi considerat un act vătămător al Entității contractante care să declanșeze termenul de contestație.

Prin Adresa de Răspuns nr. ..., Entitatea contractantă și-a manifestat expres și neechivoc refuzul de a modifica clauzele eronate și, în consecință, refuzul nejustificat de a încheia Acordul-cadru și Contractul Subsecvent nr. 1 în condițiile propunerii financiare acceptate și declarate câștigătoare. Această adresă reprezintă primul act în sens juridic care produce o vătămare certă și actuală a drepturilor contestatorului, întrucât exprimă explicit refuzul autorității de a încheia contractul cu ofertantul câștigător în condițiile propunerii financiare prezentate.

Prin urmare, numai la momentul comunicării acestui refuz explicit se poate considera că s-a născut un act vătămător, susceptibil de contestație. În lipsa acestui refuz, ... nu ar fi putut formula în mod valid o contestație, deoarece nu exista nicio decizie de respingere sau refuz imputabil Entității contractante. A solicita anularea unui simplu proiect de contract - nesemnăt, fără caracter obligatoriu și lipsit de efecte juridice - ar fi fost imposibil atât procedural, cât și conceptual.

Referitor la afirmația Entității contractante din Punctul de vedere conform căreia „Adresa de Răspuns cu nr. ... (...) este o simplă adresă de răspuns și nu un act administrativ așa cum este definit în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ”, ... arată că nu Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ („Legea nr. 554/2004”) este temeiul de drept al formulării contestației, ci Legea nr. 101/2016, aceasta din urmă fiind legea care guvernează remediile și căile de atac împotriva unor acte, a oricăror operațiuni care produc sau pot produce efecte juridice, a neîndeplinirii în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, a omisiunii ori refuzului de a emite un

act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire:

Art. 3. din Legea nr. 101/2016, menționează chiar că doar achiziția directă intră sub incidența Legii nr. 554/2004, procedurile de atribuire intrând sub incidența Legilor nr. 98/2016, 99/2016 și 100/2016, iar în ceea ce privește remediile și căile de atac sub incidența Legii nr. 101/2016.

Adresa de Răspuns nr. ... din ... este o comunicare scrisă (adică un act) prin care se manifestă refuzul nejustificat al Entității contractante de a încheia Acordul-cadru și Contractul Subsecvent nr. ... cu ofertantul câștigător (...) în condițiile propunerii financiare acceptate și declarate câștigătoare, act ce are un caracter vătămător față de

Având în vedere toate argumentele expuse supra, solicită Consiliul să respingă ca nefondată excepția tardivității ridicată de Entitatea contractantă prin Punctul de vedere și să constate că a formulat în termenul legal o Contestație admisibilă.

Nelegalitatea și netemeinicia adresei de răspuns nr. ... prin care entitatea contractantă refuză nejustificat să încheie acordul-cadru și contractul subsecvent nr. ... în conformitate cu prevederile legale. cu documentația de atribuire și cu oferta ..., acceptată și declarată câștigătoare, respectiv să modifice capitolul 4. articolul 4.1. din acordul-cadru și capitolul 6, articolul 6.1. din contractul subsecvent nr. 1 în conformitate cu defalcarea prețurilor din centralizatorul financiar prezentat de ... și acceptat de entitatea contractantă.

Pe parcursul evaluării propunerii financiare, Entitatea contractantă a adresat o serie de clarificări privind propunerea financiară, în special cu privire la defalcarea prețurilor, respectiv precizarea valorii fiecărui contract subsecvent și a produselor/serviciilor incluse cu valorile aferente pentru fiecare contract subsecvent.

Referitor la clarificarea din oficiu nr. ..., pe care Entitatea contractantă o invocă prin Punctul de vedere, aceasta stabilea exclusiv modificarea anumitor clauze contractuale, ea nu a modificat structura Centralizatorului financiar care trebuia depus în cadrul Procedurii.

În plus, ... a răspuns în termenul stabilit de Entitatea contractantă, oferind clarificări complete, detaliate și concludente și răspunzând tuturor solicitărilor adresate de Entitatea contractantă. De altfel, pe baza acestor clarificări, a documentelor depuse, precum și a întregii oferte, oferta a fost declarată admisibilă și câștigătoare.

Chiar entitatea contractantă recunoaște acest lucru prin Punctul de vedere transmis, arătând că, în urma clarificărilor, „Comisia a declarat admisibilă oferta contestatorului, câtă vreme propunerea financiară cuprindea echipamentele și serviciile aferente pentru ..., și era corelată cu propunerea tehnică.

Oferta financiară s-a încadrat în valoarea estimată și nu au fost aduse modificări valorii ofertate și prețurilor unitare, care au rămas neschimbate în urma solicitărilor de clarificări."

Tocmai având în vedere acest lucru, respectiv că propunerea financiară a contestatorului era conformă, aspect recunoscut chiar de Entitatea contractantă în fața Consiliului prin Punctul de vedere transmis,

nu înțelege de ce Entitatea contractantă refuză să insereze în cuprinsul clauzelor privind Prețul din Acordul- cadru și Contractul Subsecvent nr. ... defalcarea prețurilor prezentată în propunerea financiară a

Practic, nu înțelege de ce Entitatea contractantă refuză să încheie contractul cu ofertantul declarat câștigător în condițiile propunerii sale financiare așa cum aceasta a fost acceptată de către Entitatea contractantă.

Contestatorul arată că nu rezultă în mod clar din Punctul de vedere transmis dacă Entitatea contractantă insinuează că nu ar fi prezentat propunerea financiară în mod corespunzător și nu ar fi defalcat prețul în conformitate cu Clarificarea din oficiu nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ... din ... Dacă aceasta este, însă, susținerea Entității contractante, ea este în mod evident contrazisă de propria sa conduită pe parcursul procedurii, întrucât a considerat propunerea financiară clară, completă și conformă, dispunând în consecință declararea ofertei Subscrisei ca fiind câștigătoare.

Mai mult, această susținere este infirmată chiar de recunoașterea expresă a Entității contractante, consemnată anterior în cuprinsul Punctului de vedere, potrivit căreia propunerea financiară a contestatorului este conformă.

Contestatorul susține faptul că poziția Entității contractante este contradictorie: fie propunerea financiară a fost conformă, așa cum a apreciat aceasta în cadrul procedurii și a confirmat în mod explicit, fie se susține - în mod tardiv și nejustificat - că propunerea financiară depusă nu ar fi fost în acord cu clarificările din oficiu și cu răspunsul consolidat. Entitatea contractantă nu poate susține concomitent două afirmații incompatibile, o asemenea abordare fiind inadmisibilă din perspectivă juridică și procedurală.

Mai mult, un asemenea argument ar fi oricum inadmisibil în acest moment, întrucât nicio parte nu își poate invoca propria culpă pentru a obține un beneficiu procedural („nemo auditur propriam turpitudinem allegans'). Entitatea contractantă nu poate susține, după declararea ofertei ca fiind conformă și, pe cale de consecință, câștigătoare, și înainte de semnarea contractului, că propunerea financiară ar fi neconformă, pentru a justifica ulterior un refuz de semnare sau pentru a crea artificial circumstanțe care să conducă la anularea procedurii. O astfel de poziție contravine principiilor fundamentale ale dreptului achizițiilor publice și afectează în mod grav interesul public.

Așadar, întrucât propunerea financiară a ... a fost acceptată de entitatea contractantă, oferta ... fiind declarată câștigătoare, prevederile Capitolului IV, Articolului 4.1. din Acordul-cadru și Capitolului VI, Articolului 6.1. din Contractul Subsecvent nr. 1 ar fi trebuit să reflecte prețurile din propunerea financiară a

Conform art. 115 afin.(1) lit. b) din HG nr. 394/2016, Acordul-cadru trebuie să prevadă, pentru contractele subsecvente care urmează să fie atribuite, elementele/condițiile considerate esențiale, care se referă la prețul/tarif unitar sau prețurile/tarifele unitare, alte angajamente financiare sau comerciale, pe care operatorul/operatorii economic/economici le-a/le-au prevăzut în propunerea financiară.

Atât timp cât oferta ... a respectat cu strictețe toate cerințele stabilite prin documentația de atribuire, a fost declarată admisibilă și acceptată de Entitatea contractantă, iar ... a câștigat procedura de atribuire a Acordului-cadru, prevederile Acordului-cadru și ale Contractului Subsecvent nr. ... ar fi trebuit să reflecte conținutul ofertei.

Propunerea financiară a ... a îndeplinit toate cerințele Documentației de atribuire și a fost acceptată de Entitatea contractantă, care a considerat concludente răspunsurile ... la solicitările de clarificări. Dacă Entitatea contractantă ar fi considerat că propunerea financiară a ... nu este admisibilă, ar fi trebuit să o respingă; din faptul că nu a făcut acest lucru rezultă concluzia că oferta ... este admisibilă (acceptabilă și conformă) - fapt recunoscut de Entitatea contractantă chiar prin Punctul de vedere transmis, - iar prevederile Capitolului IV, Articolului 4.1. din Acordul-cadru și Capitolului VI, Articolului 6.1. din Contractul Subsecvent nr. ... ar fi trebuit să reflecte propunerea financiară a

Jurisprudența CNSC citată în cuprinsul Contestației a arătat că Autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul, în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea acestuia, cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului care face obiectul procedurii și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod, ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Tot în cauza menționată s-a reținut că prin legislația achizițiilor publice se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă; de la această regulă se instituie anumite excepții limitativ prevăzute de lege (de anulare a procedurii), care nu se datorează culpei autorității contractante. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece, actul normativ vorbește despre o imposibilitate; desigur, această imposibilitate nu se poate datora modului superficial de evaluare a ofertelor depuse și nici interpretării eronate a normelor legale aplicabile.

De asemenea, potrivit paragrafului 37 din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03, Stadt Halle, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării procedurii de atribuire este încheierea contractului, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face această chestiune dependentă de acțiuni sau omisiuni ale entității contractante.

Prin urmare, având în vedere totalitatea argumentelor expuse în cuprinsul Contestației, precum și al prezentelor Concluzii scrise, solicită Consiliului să dispună anularea Adresei de Răspuns a Entității contractante Nr. ... din ... prin care aceasta refuză în mod nejustificat să încheie Acordul-cadru și Contractul Subsecvent nr. ... în condițiile stabilite de lege, de documentația de atribuire și în conformitate cu oferta ..., acceptată și declarată câștigătoare de Entitatea contractantă.

Totodată, solicită Consiliului să dispună obligarea Entității contractante la încheierea Acordului-cadru și a Contractului Subsecvent nr. ... în condițiile legii, documentației de atribuire și ale ofertei ..., acceptată și declarată câștigătoare de Entitatea contractantă, respectiv să oblige Entitatea contractantă la întocmirea Capitolului IV, Art. 4.1. din Acordul-cadru și a Capitolului VI, Art. 6.1. din Contractul Subsecvent nr. 1, astfel cum a fost prezentat mai sus, pentru a reflecta propunerea financiară a ..., acceptată de și declarată câștigătoare de Entitatea contractantă.

... consideră că, în speță nu este incident cazul de anulare a procedurii de atribuire prevăzut de art. 225 alin. (1). lit. c). teza a II-a din legea nr. 99/2016, contractul este pe deplin posibil de încheiat, iar mai mult, Entitatea contractantă are obligația legală de a-l încheia cu ofertantul declarat câștigător.

Imposibilitatea de a încheia contractul presupune existența unei situații obiective, care excede voinței Entității contractante și care nu poate fi imputată acesteia. În niciun caz nu poate fi vorba despre o pretinsă „imposibilitate” generată de propria conduită a Entității contractante, de modul în care a evaluat ofertele sau de un refuz arbitrar de a încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător.

Această interpretare este pe deplin confirmată și de jurisprudența CNSC, care a statuat că numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016 (corespunzător art. 225 din Legea nr. 99/2016), deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate; desigur, această imposibilitate nu se poate datora modului superficial de evaluare a ofertelor depuse și nici interpretării eronate a normelor legale aplicabile.

În același sens, jurisprudența instanțelor a reținut că motivele care ar putea determina o imposibilitate reală de semnare a contractului sunt situații precum forța majoră, lipsa obiectivă a finanțării sau imposibilitatea fortuită de executare - și nicidecum refuzul arbitrar al autorității contractante de a-și îndeplini obligația legală de a contracta cu ofertantul declarat câștigător.

În consecință, temeiul invocat de Entitatea contractantă nu se aplică în prezenta speță, iar solicitarea sa subsidiară de anulare a procedurii de atribuire este lipsită de fundament legal.

Pentru toate argumentele învederate în cuprinsul prezentelor Concluzii scrise, precum și al Contestației ..., solicită Onorabilului Consiliu să dispună admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată.

Referitor la solicitarea formulată în Punctul de vedere al Entității contractante, prin care se solicită ... să facă dovada depunerii și constituirii cauțiunii, arată că a îndeplinit integral această obligație în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile din Legea nr. 101/2016.

Dovada constituirii cauțiunii a fost transmisă Consiliului în termenul legal, însoțită de adresa de înaintare, iar Consiliul deține în prezent recipisa în original privind consemnarea cauțiunii, în consecință, solicitarea Entității contractante este lipsită de obiect.

Contestatorul a constituit cauțiunea în sumă de ... lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., la data de ...

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect Acord-cadru de furnizare „...”, cod CPV ... În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „Cel mai bun raport calitate-preț”.

În Raportul procedurii nr. ..., s-a consemnat depunerea a ... oferte, respingerea uneia dintre acestea și admisibilitatea ofertei ..., care a fost desemnată câștigătoarea procedurii de atribuire, cu un punctaj total de 100,00 puncte.

După desemnarea ofertei câștigătoare, entitatea contractantă a transmis ... acordul-cadru și primul contract subsecvent, în vederea semnării lor, însă operatorul economic în cauză a formulat observații la conținutul acestora, prin adresa din data de ...

Procedura de atribuire a fost derulată în condițiile prevăzute de Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Nemulțumit fiind de adresa de răspuns a entității contractante, Nr. ..., prin care entitatea refuză nejustificat să încheie Acordul-Cadru de furnizare nr. ... din ... și Contractul Subsecvent ... nr. ... din ..., în condițiile stabilite de lege, de documentația de atribuire și în conformitate cu oferta ..., acceptată și declarată câștigătoare de entitatea contractantă, a depus contestația în analiză, care formează obiectul dosarului nr. ...

Consiliul ia act de faptul că autoritatea contractantă opune contestatorului excepția de tardivitate a acțiunii, motiv pentru care face analiza ei conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care obligă la o soluție pronunțată cu întâietate asupra excepțiilor de procedură și de fond.

În raport cu modul de invocare a tardivității contestației ..., de către ..., Consiliul constată netemeinicia ei, motiv pentru care o va respinge.

Autoarea excepției pretinde că, în fapt, contestatorul ar fi luat act de refuzul său de a încheia acordul-cadru și contractul subsecvent prim în maniera dorită de ... încă de la momentul înaintării documentelor în cauză, pentru semnare.

Or, contrar susținerilor entității contractante, Consiliul constată că aceasta a comunicat operatorului economic formatul documentelor ce ar trebui agreate/semnate de cele două părți, adică proiectul unui act administrativ ce nu este încă definitiv. În susținerile sale, pe cale de excepție, entitatea contractantă omite faptul că orice contract presupune acordul de voință al părților semnatare, iar formatul lui definitiv este opozabil acestora numai după ce acestea îl semnează. De altfel, sunt relevante prevederile art. 227 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care statuează asupra obligației achizitorului de a-și prezenta acordul de

încheiere a înțelegerii contractuale, la finalul procedurii de atribuire: *Entitatea contractantă are obligația de a transmite ofertantului declarat câștigător o comunicare privind acceptarea ofertei sale, prin care își manifestă acordul de a încheia contractul sectorial/acordul-cadru.*

Totodată, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că ofertantul desemnat câștigător nu combate demersul de principiu al entității contractante, de înaintare a propunerii de contract spre semnare, ci refuzul ei de a analiza și reface conținutul unor clauze ce nu ar fi concordante cu oferta sa și cu documentele achiziției.

Or, acest refuz a fost expres indicat abia la ..., iar contestația este împotriva adresei care conține acest răspuns al entității contractante, respectiv actul nr. Obiectul contestației este bine definit, în sensul anulării adresei în cauză și a constatării nevoii de corelare a clauzelor contractuale cu oferta și cu documentația de atribuire.

Întrucât ... a transmis contestația FN în data de ..., atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă, prin e-mail (poșta electronică), aceasta fiind înregistrată la Consiliu sub nr. ..., se relevă respectarea termenului de 10 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

De asemenea, în ce privește excepția inadmisibilității contestației depusă de ..., pe motivul neconstituirii cauțiunii în termenul legal, invocată de ..., în calitate de entitate contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, întrucât se constată că ... a depus la dosarul cauzei recipisa de consemnare a cauțiunii prin adresa nr. ..., fiind astfel respectate prevederile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 5 alin. 2 din legea nr. 101/2016.

Drept care, respingând excepțiile entității contractante, Consiliul va face analiza cauzei pe fond, în raport cu cererile formulate de contestator și apărările care i se opun.

Privind solicitarea de suspendare a procedurii, până la soluționarea cauzei pe fond, Consiliul reține netemeinicia ei, întrucât condițiile de promovare a unei astfel de cereri, prevăzute la art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, nu sunt îndeplinite. Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă nu ar putea finaliza procedura de atribuire într-o manieră care să conducă la o vătămare iminentă a contestatorului, în condițiile în care acesta este singurul operator economic cu o ofertă admisibilă. Prin urmare, nu este necesară o asemenea măsură provizorie, în această fază a procedurii de atribuire.

Cât privește disputa părților, Consiliul reține că, în fapt, aceasta privește dreptul entității contractante de a include în acordul-cadru și în primul contract subsecvent la acesta clauzele care ar modifica formatul propunerii financiare din cuprinsul ofertei desemnate câștigătoare, respectiv art. 4.1 din acordul cadru și art. 6.1 din contractul subsecvent.

Or, din succesiunea etapelor procedurii de atribuire, Consiliul reține ca fiind relevante două momente, respectiv emiterea clarificării din oficiu prin care entitatea contractantă modifică conținutul clauzelor contractuale aferente celor două articole de interes și momentul clarificării ofertei

contestatorului, în sensul detalierii costurilor componente, relevante în cadrul formularului anexat propunerii financiare.

Pe de o parte, Consiliul ia act de faptul că, prin Clarificarea din oficiu pentru procedura sectorială prin licitație deschisă având ca obiect *Acord-cadru de furnizare „...”,* postată în SEAP sub nr. ..., entitatea contractantă a informat ofertanții că aduce modificări documentelor achiziției (inclusiv asupra art. 4.1 din acordul-cadru și art. 6.1 din contractul subsecvent):

Prin prezenta se aduc modificări la Documentația de atribuire cu privire la Fișa de date a procedurii, Clauzele contractuale obligatorii ale Acordului-cadru și Clauzele contractuale obligatorii ale Contractului subsecvent, după cum urmează: [...]

Art.4.1. *Prețul total al prezentului contract, plătit Contractantului de către Autoritatea Contractantă prevăzut în propunerea financiară din cadrul procedurii de achiziție sectorială pentru livrarea a ... cu platformă de management și toate componentele aferente de infrastructură, instalare, punere în funcțiune, școlarizare/instruire și mentenanță, este de..... lei fără TVA, la care se adaugă cota legală de TVA, format din:*

- *... cu platformă de management și toate componentele aferente de infrastructură,.....lei fărăTVA/buc. respectiv.....lei fără TVA/... buc.*

- *Instalare, punere în funcțiune,lei fără TVA/buc. respectiv.....*

lei fără TVA/... buc.

- *Școlarizare/instruire.....lei fără TVA/ buc. respectiv....lei fără TVA/...buc.*

- *Mentenanță necesară exploatării ... aflate în perioada de garanție,lei fără TVA/buc. respectivlei fără TVA/... buc.*

[...]

Art.6.1. *Prețul total al prezentului contract, plătit Contractantului de către Autoritatea Contractantă prevăzut în propunerea financiară din cadrul procedurii de achiziție sectorială pentru livrarea a ... cu platforma de management și toate componentele aferente de infrastructura, și a serviciilor prestate (instalare, punere în funcțiune, școlarizare/instruire și mentenanță) conform Capitolul IV este de lei fără TVA, la care se adaugă cota legală de TVA,*

- *... cu platformă de management și toate componentele aferente de infrastructură,.....lei fărăTVA/buc. respectivlei fără TVA/ ... buc.*

- *Instalare, punere în funcțiune,lei fără TVA/ buc. Respectiv.....lei fără TVA /... buc.*

- *Școlarizare/instruire.....lei fără TVA/buc. respectivlei fără TVA/ ... buc.*

- *Mentenanță necesară exploatării porților ABC aflate în perioada de contract, în conformitate cu prevederile Cap. XI.*

De asemenea, Consiliul reține că și art. 6.4 din contractul subsecvent a primit o nouă formă: **Art.6.4.** *Factura aferentă echipamentelor de porți ... cu platforma de management și toate componentele aferente de infrastructura, punere în funcțiune, școlarizare/instruire ce vor fi achiziționate, va fi emisă de către Contractant numai după îndeplinirea tuturor obligațiilor asumate de către acesta, în urma semnării fără obiecțiuni a Proceselor verbale de recepție cantitativă și calitativă a*

porților ABC de trecere automată a frontierei, de către ambele părți, acceptată, după livrarea, școlarizarea/instruirea personalului, instalarea și punerea în funcțiune a acestora. Procesul verbal de recepție calitativă va însoți factura și reprezintă elementul necesar realizării plății, împreună cu celelalte documente justificative.

Însă, formularul de prezentare a propunerii financiare nu a fost modificat, în corelare cu aceste tipuri de informații, astfel că oferta ... a fost întocmită în concordanță cu regulile impuse prin documentația de atribuire, respectiv în maniera mai puțin detaliată (fără prețuri unitare/bucată sau pe cantități intermediare – aferent a ... bucăți):

			Anexa A
CENTRALIZATOR OFERTA FINANCIARA			
...			
Furnizor (denumire ofertant)			
Moneda (lei)			lei
1. PRET ... (valoare echipamente+instalare/punere în funcțiune+instruire operatori) (1.1+1.2+1.3)			
1.1 ...			
1.2 Instalare/punere în funcțiune			
1.3 Instruire operatori			
2. COSTURI TOTALE DE MENTENANTA ... - (2.1+ 2.2 + 2.3 + 2.4 + 2.5)			
2.1 Costuri totale de mentenanta ... (Automated Border Control) AN 1 de garanție			
2.2 Costuri totale de mentenanta ...(Automated Border Control) AN 2 de garanție			
2.3 Costuri totale de mentenanta ... (Automated Border Control) AN 3 de garanție			
2.4 Costuri totale de mentenanta ... (Automated Border Control) AN 4 de garanție			

2.5 Costuri totale de mentenanță ... (Automated Border Control) AN 5 de garanție	
VALOARE TOTALĂ (1+2) ... (Automated Border Control)	

Acesta a fost motivul pentru care, la momentul evaluării propunerii financiare, entitatea contractantă a solicitat detalierea costurilor pe bucată (o poartă automată) și pe contract subsecvent, iar ... a transmis informațiile (concordant cu cele susținute în contestație), care au fost considerate concludente, de comisia de evaluare a ofertelor.

Consiliul ia act de faptul că entitatea contractantă, prin solicitările de detaliere a prețului, deși a invocat conținutul clarificării ce a modificat clauzele contractuale de interes, nu a pus la dispoziția ofertantului și un nou format al formularului de ofertă, prin care să-i indice rubricile corespondente lui, inclusiv prin corelare cu cerințele caietului de sarcini care au rămas nemodificate.

Drept care, contestatorul a fost îndreptățit să creadă că modul în care a detaliat costurile componente ale ofertei sale, prin răspunsurile de clarificare, au devenit parte obligatorie a ofertei sale.

De altfel, comisia de evaluare a consemnat aceste neconcordanțe formale din documentele achiziției, în referatul nr. ..., înaintat conducerii achizitorului - ..., prin care a propus, totuși, încheierea acordului-cadru și a contractului subsecvent acestuia cu ..., pe baza ofertei, cu evidențierea distinctă a prețurilor unitare pentru echipamente și pentru serviciile de mentenanță.

Astfel, Consiliul ia act de faptul că modalitatea de prezentare a prețului în cadrul clauzelor contractuale sus evocate are valoare pur formală, întrucât nu reflectă o corelare și cu cerințele din caietul de sarcini privind prestarea tuturor serviciilor aferente livrării echipamentelor și cu regulile privind recepția echipamentelor și serviciilor de instalare, inclusiv cele de plată a acestora. Conform caietului de sarcini, recepția echipamentelor se va face după instalarea, verificarea și punerea în funcțiune a porților, dar și după instruirea personalului implicat:

17.2 Recepția calitativă a ... și a accesoriilor aferente:

Recepția calitativă se va realiza după punerea în funcțiune a ... și a accesoriilor aferente, testarea și instruirea se va realiza la sediul achizitorului, în termen de maxim 10 zile lucrătoare, de la finalizarea activităților de livrare, instalare și punere în funcțiune (ocazie cu care se vor elibera, după caz, buletine de verificare și punere în funcțiune), inclusiv documentația și instruirea prevăzută la cap.II, și informarea Beneficiarului printr-o adresă scrisă, sub condiția îndeplinirii tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini și propunerea Tehnică"

17.3. Recepția serviciilor de instruire:

Recepția serviciilor de instruire se va realiza imediat după finalizarea tuturor activităților de instruire prevăzute la cap. 11. și întocmirea unui proces verbal de instruire. Instruirea personalului se va realiza la sediul

beneficiarului, cu ocazia instalării și punerii în funcțiune a echipamentelor, pentru toți operatorii echipamentelor de securitate care vor utiliza sistemul [...]

Beneficiarul va stabili numărul de persoane care va nece... instruirea și va comunica ulterior furnizorului, în vederea planificării instruirii.

Furnizorul va asigura următoarele module de instruire: utilizator și administrator. Fiecare modul va conține o sesiune teoretică și una practică.

Instruirea practică se va desfășura pe echipamentele instalate, în faza de calibrare și verificare.

Or, instruirea a minim 55 de angajați (conform celor stabilite la secțiunea 11 a caietului de sarcini) este corelată de livrarea cantității minime de echipamente-6 bucăți, conform caietului de sarcini.

Practic, entitatea contractantă nu poate pretinde că, prin indicarea în contract a costurilor de instruire în maniera indicată prin articolele modificate ale înțelegerilor contractuale (pe bucata de echipament instalat), se modifică și regulile caietului de sarcini care se referă la numărul total de operatori (incert) ce trebuie instruiți sau la regulile de decontare a serviciilor asociate – instruire a minim 55 persoane.

Nici regulile de evidențiere a costurilor de livrare a porților și a licențelor/licenței de funcționare a sistemului aferent/e porților instalate nu reflectă fidel modalitatea practică de recepție și de plată a acestora.

În fapt, implementarea sistemului de funcționare a porților nu este determinată de numărul acestora (fie numărul minim din întregul contract subsecvent, fie numărul total previzionat în acordul-cadru), caietul de sarcini indicând, la specificația tehnică 6.1.9, că se va implementa o soluție tehnică unică (echipamente și aplicații), cu prețuri stabilite de la început, pentru eliminarea riscurilor de incompatibilitate a soluțiilor tehnice, ce pot fi cauzate de decalajul dintre cele două livrări de porți – ("două livrări secvențiale").

Practic, indicarea în contract a prețului unitar nu va reflecta și modalitatea de plată a echipamentelor livrate, instalate și verificate (recepționate), întrucât caietul de sarcini menține reguli privind modalitatea efectivă de derulare a obligațiilor corelative livrării și punerii în funcțiune a porților de acces ce fac obiectul achiziției. Conform secțiunii 17. *Recepție*, din caietul de sarcini, dar și a articolelor 4.4 - 4.13 (acord-cadru) și 6.4 - 6.12 (contract subsecvent), activitățile din înțelegerea contractuală se finalizează cu plata derulată conform regulilor din caietul de sarcini (secțiunea 22. *Modalități și condiții de plată*) în maniera următoare: 22.1. *Factura aferentă echipamentelor va fi emisă de către furnizor numai după îndeplinirea tuturor obligațiilor asumate către achizitor, în urma semnării fără obiecțiuni a Proceselor Verbale de Recepție Cantitativă și Calitativă.*

Spre deosebire de acestea, costul de întreținere, obiect al clarificării nr. ..., va face obiectul regulii din caietul de sarcini cuprinse în specificația: 22.3. *Pentru serviciile de mentenanță preventivă se va emite factura la sfârșitul fiecărei luni la care se va anexa Buletinele de verificare și Fișele de întreținere.*

Astfel, este necesar, pentru eliminarea oricărui dubiu privind conținutul acordului-cadru și al contractului subsecvent acestuia, să fie adăugate clauze care să cuprindă modalitatea de plată rezultând din regulile caietului de sarcini, acesta având întâietate în aplicare, conform prevederilor art. 153 alin. (2) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016: *(2) În cazul în care, pe parcursul executării contractului sectorial/acordului-cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini.*

Consiliul consideră că entitatea contractantă trebuia, cel mai târziu, la momentul înaintării proiectelor de acord-cadru și de contract subsecvent, să asigure corelarea clauzelor acestora nu doar cu conținutul clarificărilor/modificărilor proprii la documentația de atribuire, ci și cu conținutul nemodificat al celorlalte elemente din documentație, respectiv caietul de sarcini și formularele specifice ofertării, tocmai în sensul în care a și solicitat informații de detaliere a costului ofertei (solicitări care nu au evidențiat detaliile în maniera cuprinsă în proiectele de acord-cadru și contract subsecvent).

În acest sens, pe lângă evidențierea compoziției prețului total, în maniera cuprinsă la cele două articole ale acordului-cadru (4.1), respectiv ale contractului subsecvent (6.1), rezultat al clarificărilor la documentația de atribuire, entitatea contractantă trebuia să indice și modalitățile practice/efective de plată, pentru componentele esențiale ale obiectului achiziției (instalare echipamente, instruire și întreținere), conform regulilor din caietul de sarcini.

Astfel, componenta de instalare conține livrarea, instalarea, verificarea și punerea în funcțiune, incluzând soluția tehnică unică pentru ambele contracte subsecvente (licența/licențele sistemului), dar care va fi plătită la recepția primului contract subsecvent, adică la recepția sistemului funcțional (prin instalarea echipamentelor din cel de-al doilea contract subsecvent se va utiliza același sistem, implementat). Componenta de instruire cuprinde formarea a minim 55 de persoane, ca parte a primului contract subsecvent, întrucât tot personalul în cauză trebuie să cunoască modul de funcționare a sistemului deja funcțional. Componenta de întreținere privește mentenanța preventivă, care însoțește fiecare instalare și punere în funcțiune, ceea ce presupune plata distinctă pentru cele două contracte subsecvente, lunar, conform celor sus precizate. În același timp, mentenanța corectivă presupune intervenții punctuale, cu recepția serviciilor chiar în ziua derulării lor, activitate care poate face obiectul unor plăți cumulate, lunar, cu plățile pentru mentenanța preventivă. Prin urmare, valoarea costurilor de întreținere, cuprinsă în ofertă, trebuie să asigure plățile lunare, pe durata garanției acordate echipamentelor instalate, adică partajat pe cele două contracte subsecvente (nu doar pentru primul, așa cum susține contestatorul).

Consiliul consideră, astfel, că opoziția entității contractante la solicitarea contestatorului de adaptare a clauzelor contractuale la conținutul ofertei acceptate, ca fiind conformă cu caietul de sarcini și cu regulile exprese de întocmire a ei, este nefondată, iar orice altă măsură luată în procedura de atribuire ar fi disproporționată față de interesul

finalizării procedurii, de modul transparent de derulare a acesteia și de situația faptică descrisă (cu unică ofertă admisibilă).

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., urmând a anula adresa Nr. ... din ... prin care acesta refuză nejustificat să încheie Acordul-Cadru de furnizare nr. ... din ... și Contractul Subsecvent 1 nr. ... din ... și a obliga entitatea contractantă la continuarea procedurii, în 10 zile de la primirea deciziei, prin remedierea/adăugarea clauzelor contractuale de interes, pentru a se respecta condițiile legale evocate, cele din documentația de atribuire și în conformitate cu oferta declarată câștigătoare.

Măsurile de remediere vor consta în completarea condițiilor de plată din acordul-cadru și din contractul subsecvent, conform celor statuate mai sus, concomitent cu menținerea conținutului formal, actual, al clauzelor din Capitolul IV, Art. 4.1. din Acordul-cadru de furnizare și Capitolul VI, Art. 6.1. din Contractul Subsecvent 1 înaintate spre semnare.

În același timp, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatorului de adaptare/modificare a amintitelor clauze, al căror conținut, formal, a fost stabilit înaintea ofertării, inclusiv prin raportare la solicitarea sa relevare/de plată a costurilor de mentenanță raportat la primul contract subsecvent, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Solicitarea de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație va fi respinsă, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor de la art. 26 alin. (9) al aceleiași Legi, autorul ei neprezentând dovezi de avansare a lor.

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

Admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ... și anulează adresa Nr. ... din ... a acestuia.

Obligă entitatea contractantă la continuarea procedurii, inițiate în SEAP prin anunțul nr. ..., în 10 zile de la primirea deciziei, prin remedierea clauzelor contractuale de interes (modalități de plată), pentru a se respecta condițiile legale evocate, cele din documentația de atribuire și în conformitate cu oferta declarată câștigătoare, în condițiile prezentate în motivarea de mai sus.

Respinge solicitarea contestatoarei de obligare a entității contractante la modificarea clauzelor contractuale indicate expres în contestație (implicit, la modalitatea de plată a costurilor de mentenanță).

Respinge solicitarea cheltuielilor ocazionate de contestație, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

