C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr.198C/14.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr...., având CUI ..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva documentației de atribuire, publicată în SEAP la data de ..., de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect ***„...”***, se solicită obligarea autorității contractante la modificarea clauzei 26.4 din modelul de contract publicat în SEAP, în conformitate cu prevederile din 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.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, S.C. ... S.R.L. critică documentația de atribuire, publicată în SEAP la data de ..., de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect ***„..., ...”***, solicitând obligarea autorității

contractante la modificarea clauzei 26.4 din modelul de contract publicat în SEAP, în conformitate cu prevederile din 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..

În motivarea contestației, S.C. ... S.R.L. arată că, în temeiul art.6 și art.7 din Legea nr. 101/2016, a formulat notificarea prealabilă nr.190C/06.11.2017 prin care a solicitat următoarele:

„1.Să modificați clauza 26.4 din modelul de contract publicat în SEAP, în conformitate cu prevederile din Legea 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;

2.Să modificați clauza 29,2.1, din modelul de contract publicat în SEAP pentru a o aduce în acord cu conținutul clauzelor 19.1. și 19.2. din modelul de contract publicat în SEAP; în conformitate cu prevederile din Legea 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 și principiile tratamentului egal și nediscriminării".

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, după cum se arată, autoritatea contractantă a comunicat refuzul de a adopta măsuri de remediere cu privire la prima cerere din notificarea prealabilă, respectiv, măsurile de remediere adoptate cu privire la cea de-a doua cerere din notificarea prealabilă.

Pe fondul contestației, S.C. ... S.R.L. redă conținutul clauzei 26.4 din modelul de contract, susținând că această prevedere nu respectă dispozițiile imperative ale Legii nr.72/2013, sens în care redă textul art.6 alin.1 lit.c și alin.3 din actul normativ.

Consideră că termenul de plată impus de autoritatea contractantă, care este condiționat de disponibilitatea fondurilor alocate prin contractul de finanțare încheiat/ce urmează a fi încheiat cu „MDRAPFE, PNDL, PNDR sau orice alt finanțator", este abuziv prin raportare la prevederile art.6 alin.1 lit.c și alin.3 din Legea nr.72/2013, „care nu permit, sub sancțiunea nulității absolute, autorității contractante și, nici măcar, părților de comun acord, să impună o condiție suspensivă a curgerii termenului legal de plată legată de asigurarea finanțării necesare".

Susține că această clauză ignoră prevederile fișei de date a achiziției, respectiv cap.III.1.2) Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante, care stipulează ca surse de finanțare a contractului „Fonduri guvernamentale PNDL și buget local", apreciind că „autoritatea contractantă va plăti serviciile prestate/lucrările executate din bugetul local, doar dacă dorește".

Consideră că autoritatea contractantă are obligația de a asigura finanțarea pentru lucrările contractante, indiferent de contribuția

Ministerului Dezvoltării Regionale Administrației Publice și Fondurilor Europene, sens în care invocă Decizia C.N.S.C. nr.... din data de ..., redând din considerentele acesteia.

Raportându-se la aceste argumente, în temeiul dispozițiilor art.6 alin.1 lit.c și alin.3 din Legea nr.72/2013, contestatorul solicită modificarea modelului de contract publicat în SEAP prin eliminarea următoarelor mențiuni pe care le consideră ilegale: „26.4 ... dar nu mai devreme de termenul la care Ministerul Dezvoltării Regionale Administrației Publice și Fondurilor Europene va alimenta contul ..., în aceste condiții plata către Antreprenor se va efectua fără a se depăși 5 zile lucrătoare de la data încasării acestor sume”, propunând următorul text: „26.4 Achizitorul are obligația de a efectua plata către Executant în termen de 30 de zile de la data primirii facturii, emise pe baza situației de lucrări confirmată de către Achizitor”.

Contestatorul precizează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă nr.VI/19819/09.11.2017, autoritatea contractantă adoptă măsuri de remediere cu privire la cea de-a doua solicitare din notificarea prealabilă, fiind o „formă fără fond”, deoarece aceasta este de acord cu egalizarea penalităților în sarcina ambelor părți, respectiv curgerea penalităților de la scadența obligației principale pentru ambele părți, dar nu este de acord cu stabilirea unei scadențe certe, obligatorii pentru obligația principală de plată a autorității contractante, care, conform clauzei 26.4, a cărei modificare nu a acceptat-o, este o obligație scadentă sub condiția suspensivă a obținerii finanțării din partea unui terț, Ministerul Dezvoltării Regionale Administrației Publice și Fondurilor Europene.

Ca temei legal al contestației se invocă prevederile Legii nr.98/2016, ale H.G. nr.395/2016, ale Legii nr.101/2016, precum și cele ale Legii nr.72/2013.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresele nr.... și nr.... din ..., în considerarea prevederilor art.15 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul a pus în discuția părților excepția inadmisibilității contestației, raportat la prevederile art.6 alin.1 lit.b din același act normativ.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr.203C/17.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., S.C. ... S.R.L. a solicitat respingerea excepției inadmisibilității prezentând următoarele argumente:

1. art.6 din Legea nr.101/2016 face referire doar la inexistența notificării prealabile, nu și la tardivitatea acesteia;

2. C.N.S.C. nu poate aplica o sancțiune, inadmisibilitatea contestației, prin extrapolare, sancțiunile fiind de strictă interpretare, iar interpretarea textului de lege trebuie făcută în sensul în care actul poate produce efecte juridice, nu în sensul în care i le anihilează (actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat);

3. interesul public, legitim protejat, prin art.6 din Legea nr.101/2016, este de a se da posibilitatea remedierii, nu de a crea un filtru pentru a elimina contestațiile;

4. această posibilitate de remediere nu numai că s-a acordat, dar a fost și eficientă (n.a. prin răspunsul la notificarea prealabilă nr.VI/19819/09.11.2017, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere raportat la o parte din petitele formulate prin notificarea prealabilă nr.190C/06.11.2017), ceea ce înseamnă că scopul legii a fost atins prin notificarea prealabilă formulată de contestator, ceea ce îi susține validitatea ca act care a produs efecte juridice, în sensul intenționat de Legea nr.101/2016;

5. un act nu poate fi considerat concomitent, și valid, și nul.

Temeiurile de drept indicate sunt identice cu cele menționate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr.VI/21005/17.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației, solicitând admiterea excepției și respingerea contestației, ca inadmisibilă.

Arată că a luat măsuri de remediere cu privire la un punct din notificarea prealabilă pentru a arăta constanță în decizii, dat fiind faptul că același contestator a mai transmis două notificări prealabile în alte două proceduri organizate de instituție.

În drept, au fost invocate dispozițiile art.6 alin.1 și alin.3, precum și art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016.

La data de ..., prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., autoritatea contractantă a transmis adresa nr.VI/21061/20.11.2017 în care a prezentat punctul său de vedere pe fondul contestației.

În motivare, autoritatea contractantă arată că prevederea 26.4 din contract nu este abuzivă, aceasta fiind derogatorie de la prevederile art.6 alin.1 lit.c din Legea nr. 72/2013, precum și faptul că, sursa de finanțare „PNDL și buget local”, indicată la art.1.5 din modelul de contract publicat în SEAP, este corelată cu prevederile cap.III.1.2 din fișa de date a achiziției.

Precizează că, prin Hotărârea nr.118/11.08.2017 a Consiliului Județean ..., s-a aprobat finanțarea de la bugetul județului a cheltuielilor care nu se finanțează prin Programul național de dezvoltare locală pentru obiectivul „..., ...”, respectiv suma de ... lei.

Suplimentar, arată că a informat toți potențialii ofertanți că sursa de finanțare este prin program PNDL, condițiile derulării programului de finanțare fiind postate pe site-ul Ministerului Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene.

Au fost atașate, în copie, înscrisuri.

Răspunzând la acest punct de vedere al autorității contractante, prin adresa nr.211C/22.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., contestatorul a transmis „concluzii scrise” prin care a argumentat susținerea potrivit căreia clauza 26.4 este o clauză abuzivă lovită de

nulitate absolută, sens în care a invocat și dispozițiile art.14 și art.15 din Legea nr.72/2013.

În drept au fost invocate următoarele acte normative: Legea nr.98/2016, H.G. nr.395/2016, Legea nr.101/2016, Legea nr.72/20136, O.U.G. nr.28/2013 și Ordinul MDRAP nr.1851/2013.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită pentru următoarele considerente.

Potrivit art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016 potrivit cărora: „***Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă**, care poate fi invocată şi din oficiu, **înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente**, persoana care se consideră vătămată **are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de**:*

*a) **10 zile**, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;*

*b) **5 zile**, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care **valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice** în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii*".

De interes în dezlegarea excepției, sunt următoarele informații:

- tipul contractului – contract de ...;

- valoarea estimată, fără TVA, a contractului de lucrări – ... lei, **mai mică** decât **valoarea de 23.227.215 lei**, prevăzută de art.7 alin.1 lit.a din Legea nr.98/2016;

- termenul de 5 zile pentru promovarea notificării prealabile, care se calculează conform metodologiei reglementată de art.5 din Legea nr.101/2016.

Astfel, termenul de promovare a notificării prealabile în raport de data de ***...***, data publicării în SEAP a documentației de atribuire, menționată și de contestator, s-a împlinit în data de ***...***.

Cum notificarea prealabilă înregistrată la contestator sub nr.190C/***06.11.2017***, a fost înregistrată la ... sub nr.VI/19819/***06.11.2017***, se reține că aceasta s-a promovat după expirarea termenului legal reglementat de art.6 alin.1 lit.b din Legea

nr.101/2017, când petentul era decăzută din dreptul de a mai întreprinde un astfel de demers, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă.

Nu vor fi primite în soluționare apărările contestatorului conform cărora *„art.6 din Legea nr.101/2016 face referire doar la INEXISTENȚA notificării prealabile, nu și la tardivitatea acesteia*", deoarece acesta este în eroare, sancțiunea inadmisibilității contestației intervenind în ambele ipoteze, respectiv, atât în situația în care contestatorul nu a îndeplinit procedura notificării prealabile, cât și în situația în care acest demers nu a fost îndeplinit în termenele defipte de lege.

Rațiunea stabilirii de către legiuitor a unor termene exprese în care procedura prealabilă trebuie inițiată, conduce, indubitabil, la concluzia că neefectuarea demersului notificării prealabile în termenele stabilite, atrage incidența sancțiunii inadmisibilității contestației.

Transmiterea notificării prealabile după împlinirea termenului legal, echivalează cu netransmiterea acesteia.

Decăderea constituie sancțiunea de drept comun ce intervine în ipoteza nerespectării unui termen procedural imperativ, indiferent că termenul nesocotit este unul legal sau stabilit de către instanța de judecată.

Astfel fiind, cum legea stipulează, în mod expres, aplicarea sancțiunii inadmisibilității în cazul nerespectării termenului de formulare a notificării prealabile, excepția inadmisibilității contestației este întemeiată.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.1 și 6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite excepția inadmisibilității contestației și, pe care de consecință, va respinge contestația ca atare, fără a se mai proceda la analiza fondului cauzei.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din lege.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației, invocată din oficiu, și respinge contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca inadmisibilă.

Obligatorie.

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

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

Redactată în 4 exemplare originale, conține ... pagini.