



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.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. / /

Data:

Prin contestația nr. CS 3851/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SC SA, cu sediul în, ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - Director general, formulată împotriva conținutului acordului-cadru înaintat spre semnare de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii, licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr., publicat în SEAP la data de, s-a solicitat Consiliului

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația nr. CS 3851/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SC SA atacă conținutul acordului-cadru înaintat spre semnare de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire arătată, reclamând faptul că aceasta a introdus o serie de clauze abuzive, diferite de cele propuse în modelul prezentat în documentația de atribuire și validat la depunerea ofertei.

În opinia contestatoarei, aceste clauze trebuie eliminate, introducerea unor eventuale clauze suplimentare în cadrul acordului-cadru/contractului subsecvent neputându-se face fără acordul său.

Astfel, contestatoarea apreciază nelegale și cauzatoare de prejudicii clauze precum: (i) „*Promitentul Achizitor are dreptul de a suspenda executarea acordului-cadru, în totalitate sau parțial, în orice moment și*

de orice manieră consideră necesar, notificând Promitentul Prestator în acest sens cu cel puțin 48 ore înainte. În cazul în care perioada de suspendare a execuției contractului depășește 30 zile, iar suspendarea nu este impusă de neexecutarea sau executarea necorespunzătoare, de către Promitentul Prestator, a obligațiilor ce îi revin, Promitentul Prestator are dreptul de a solicita Promitentului Achizitor reluarea executării în termen de maxim 30 de zile. În cazul în care Promitentul Achizitor nu acceptă acest lucru, Promitentul Prestator are dreptul de a considera contractul ca reziliat de drept și de a cere achitarea debitelor", (ii) "În situația în care Promitent-Prestatorul clasat pe primul loc nu are capacitatea de a răspunde solicitării Promitent-Achizitorului și acesta din urmă este nevoit să încheie contractul subsecvent cu următorul clasat, Promitent-Prestatorul în culpă, datorează daune-interese egale cu 10% din valoarea contractului subsecvent în cauză" și (iii) "În cazul în care niciunul dintre Promitent-Prestatori nu poate presta serviciile ce fac obiectul unui contract subsecvent pe care Promitent-Achizitorul intenționează să-l încheie, fiecare Promitent-Prestator va datora Promitent-Achizitorului, daune-interese în cuantum de 10% din valoarea contractului subsecvent în cauză".

Totodată, contestatoarea consideră nejustificată eliminarea sancțiunilor pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor din acordul-cadru inițial, de 0,01%/zi, aplicabile atât Beneficiarului cât și Prestatorului.

În răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a precizat că "acordul-cadru este un model orientativ, cu atât mai mult cu cât legislația achizițiilor publice a suferit modificări", propunând eliminarea din acordul-cadru a clauzei „Promitentul Achizitor are dreptul de a suspenda executarea acordului-cadru, în totalitate sau parțial, în orice moment și de orice manieră consideră necesar, notificând Promitentul Prestator în acest sens cu cel puțin 48 ore înainte. În cazul în care perioada de suspendare a execuției contractului depășește 30 zile, iar suspendarea nu este impusă de neexecutarea sau executarea necorespunzătoare, de către Promitentul Prestator, a obligațiilor ce îi revin, Promitentul Prestator are dreptul de a solicita Promitentului Achizitor reluarea executării în termen de maxim 30 de zile. În cazul în care Promitentul Achizitor nu acceptă acest lucru, Promitentul Prestator are dreptul de a considera contractul ca reziliat de drept și de a cere achitarea debitelor” și introducerea acesteia în contractele subsecvente.

Or, în opinia contestatoarei, această clauză poate fi cuprinsă în contractele subsecvente sau poate rămâne în acordul-cadru, atât timp cât respectă textul Codului civil, respectiv că măsura suspendării se aplică atunci când există o imposibilitate de executare a unei obligații contractuale importante și la inițiativa creditorului obligației, atunci când debitorul obligației este în imposibilitate de a și-o executa. Prin urmare, așa cum e formulată în prezent, această clauză duce la situația în care, în mod discreționar, autoritatea contractantă suspendă acordul, provocând de fapt încetarea contractului la inițiativa prestatorului.

Pe de altă parte, dacă acordul-cadru ar fi fost doar un model orientativ, aceste aspect trebuia menționat în documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă, după desemnarea câștigătorului procedurii, trebuia să poarte negocieri privind forma finală a acordului-cadru.

Mai mult, contestatoarea susține că noua legislație nu prevede valoarea daunelor pe care le suportă părțile contractante, care să justifice aceste modificări și nici că acestea trebuie prevăzute doar în sarcina operatorului economic.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 111 alin. (3) din HG nr. 395/..... stabilesc faptul că operatorul economic va suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa, doar dacă este în culpă, fără să prevadă care sunt aceste consecințe.

În consecință, contestatoarea consideră că modificarea acordului-cadru sau a contractelor subsecvente este nelegal, solicitând

Prin adresa nr. 2904/DAP/....., înregistrată la CNSC sub nr. 30938/13.10....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Preliminar, autoritatea contractantă arată că, urmare a modificării legislației în domeniul achizițiilor publice, a modificat acordul-cadru publicat inițial în documentația de atribuire, modificări cu care contestatoarea nu a fost de acord.

De altfel, autoritatea contractantă susține că modelul acordului-cadru și cel al contractului subsecvent sunt modele orientative, întocmai cum a fost menționat în drafturile publicate.

Mai mult, autoritatea contractantă precizează că, încă din data de 23.09....., conform adresei nr. 90944, a fost de acord cu eliminarea din acordul-cadru a clauzei potrivit căreia "Promitentul Achizitor are dreptul de a suspenda executarea acordului-cadru, în totalitate sau parțial, în orice moment și de orice manieră consideră necesar, notificând Promitentul Prestator în acest sens cu cel puțin 48 ore înainte, în cazul în care perioada de suspendare a execuției contractului depășește 30 zile, iar suspendarea nu este impusă de neexecutarea sau executarea necorespunzătoare, de către Promitentul Prestator, a obligațiilor ce îi revin, Promitentul Prestator are dreptul de a solicita Promitentului Achizitor reluarea executării în termen de maxim 30 zile. În cazul în care Promitentul Achizitor nu acceptă acest lucru, Promitentul Prestator are dreptul de a considera contractul ca reziliat de drept și de a cere achitarea debitelor".

Ulterior, în cadrul întâlnirii de conciliere din, autoritatea contractantă menționează că autoarea contestației a solicitat eliminarea clauzelor privind cuantumul valorii daunelor interese din cuprinsul acordului-cadru.

În minuta acestei ședințe, autoritatea contractantă a consemnat faptul că această clauză este transpunerea art. 111 alin. (3) din HG nr. 395/....., fapt pentru care s-a apreciat că este necesară menținerea ei în cuprinsul acordului-cadru.

Totodată, autoritatea contractantă a consemnat faptul că reprezentanții contestatoarei fac confuzie între penalitățile de întârziere de 0,01% și daune interese.

În ceea ce privește eliminarea sancțiunilor pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor din acordul-cadru, menționate în sarcina promitentului achizitor, autoritatea contractantă a stabilit ca penalitățile să facă parte din clauzele contractului subsecvent.

Ulterior, contestatoarea a transmis autorității contractante adresa nr. 3915/03.10....., precizând că este de acord să semneze acordul-cadru și contractul subsecvent în varianta publicată, sau pe cel propus de autoritatea contractantă cu condiția ca art. 6.2 din acordul-cadru să fie formulat astfel: "Promitentul Achizitor are dreptul de a suspenda executarea acordului cadru, în totalitate sau parțial, din motive independente de voința sa, notificând Promitentul Prestator în acest sens cu cel puțin 48 ore înainte, arătându-se motivele care duc la necesitatea suspendării. În cazul în care perioada de suspendare a execuției contractului depășește 30 zile, iar suspendarea nu este impusă de neexecutarea sau executarea necorespunzătoare, de către Promitentul Prestator, a obligațiilor ce îi revin, Promitentul Prestator are dreptul de a solicita Promitentului Achizitor reluarea executării în termen de maxim 30 zile. În cazul în care Promitentul Achizitor nu acceptă acest lucru, Promitentul Prestator are dreptul de a considera contractul ca reziliat de drept și de a cere achitarea debitelor".

Pentru ca această clauză să fie mai clară, autoritatea contractantă arată că a propus următoarea reformulare: *"Promitentul Achizitor are dreptul de a suspenda executarea acordului-cadru, în totalitate sau parțial, din motive independente de voința sa (nu există surse de finanțare, etc.), notificând Promitentul Prestator în acest sens cu cel puțin 48 ore înainte, arătându-se motivele care duc la necesitatea suspendării, în cazul în care perioada de suspendare a execuției contractului depășește 30 zile, iar suspendarea nu este impusă de neexecutarea sau executarea necorespunzătoare, de către Promitentul Prestator, a obligațiilor ce îi revin, Promitentul Prestator are dreptul de a solicita Promitentului Achizitor reluarea executării în termen de maxim 30 zile. În cazul în care Promitentul Achizitor nu acceptă acest lucru, Promitentul Prestator are dreptul de a considera contractul ca reziliat de drept și de a cere achitarea debitelor"*.

Referitor la clauzele nou introduse din acordul-cadru care prevăd că "în situația în care Promitent Prestatorul clasat pe primul loc nu are capacitatea de a răspunde solicitării Promitent Achizitorului și acesta din urmă este nevoit să încheie contractul subsecvent cu următorul clasat, Promitent Prestatorul în culpă, datorează daune-interese egale cu 10% din valoarea contractului subsecvent în cauză. În cazul în care niciunul dintre Promitent Prestatori nu poate presta serviciile ce fac obiectul unui contract subsecvent pe care Promitent Achizitorul intenționează să-l încheie, fiecare Promitent Prestator va datora Promitent Achizitorului, daune-interese în cuantum de 10% din valoarea contractului subsecvent în cauză", autoritatea contractantă apreciază că acest acord-cadru

trebuie încheiat cu respectarea noii legislații în domeniul achizițiilor publice, respectiv cu menționarea acestor două clauze ce transpun prevederile art. 111 alin. (3) din HG nr. 395/..... "(...) Operatorul economic în culpă va suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa. (...)"

În consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca nefondată, a contestației.

În replică, prin adresa nr. CS 4086/....., înregistrată la CNSC sub nr. 31641/....., SC SA a transmis Consiliului răspunsul la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la nelegalitatea modificării conținutului acordului-cadru.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „.....”, cod CPV 63121100-4 – Servicii de depozitare (Rev. 2), ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. din, precum și a documentației de atribuire.

Considerând că autoritatea contractantă a introdus, în cuprinsul acordului-cadru înaintat spre semnare, o serie de clauze abuzive, diferite de cele propuse în documentația de atribuire, SC SA a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/.....), solicitând Consiliului

Preliminar, Consiliul constată că, în procedură, SC SA a înaintat și contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22297/....., contestație ce a fost admisă prin Decizia nr. 1396/...../..... din, autoritatea contractantă fiind obligată la continuarea procedurii de achiziție publică, prin reanalizarea ofertelor rămase în competiție.

Analizând speța supusă soluționării, Consiliul reține că autoarea contestației reclamă nelegalitatea primirii, de la autoritatea contractantă, spre semnare, a unui acord-cadru care conține clauze noi sau modificate față de modelul de acord-cadru care a fost inclus în documentația de atribuire. Astfel, contestatoarea arată că sunt nelegale și îi pot provoca prejudicii clauzele 6.2 și 10.5.1 din acordul-cadru înaintat spre semnare și care nu se regăseau în cel inclus în documentația de atribuire, precum și faptul că în acest acord-cadru nu se regăsește textul clauzei 18.2, inițial existentă în acordul-cadru parte a documentației de atribuire, și care viza sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă, de către autoritatea contractantă, a obligațiilor contractuale.

Verificând temeinicia solicitării contestatoarei de obligare a autorității contractante să reemită acordul-cadru și să îl înainteze spre semnare în forma propusă în documentația de atribuire, Consiliul reține

următoarele prevederi ale legislației aplicabile prezentei proceduri de atribuire:

- art. 3 din OUG nr. 34/2006:

„În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

a) acceptarea ofertei câștigătoare - comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire prin care autoritatea contractantă își manifestă acordul de a se angaja juridic în contractul de achiziție publică ce va fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare;”

- art. 33 din OUG nr. 34/2006:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

(2) Documentația de atribuire cuprinde:

a) fișa de date;

b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere;

c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii.”

- art. 170 din OUG nr. 34/2006:

„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și indică în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.”

- art. 200 alin. (1) din OUG nr. 34/2006:

„În termen de 25 de zile de la data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în invitația de participare/anunțul de participare și în documentația de atribuire, dacă oferta respectivă îndeplinește toate condițiile de admisibilitate care rezultă din documentația de atribuire și actele anexate.”

- art. 204 alin. (1) din OUG nr. 34/2006:

„Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă.”

- art. 36 alin. (2) din HG nr. 925/2006:

„Oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective;”

Așa cum rezultă din textele de lege evocate, autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de

atribuire (din care face parte și modelul de contract/acord-cadru/contract subsecvent în care se regăsesc clauzele contractuale obligatorii) orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. Altfel spus, în această etapă a procedurii de atribuire, respectiv elaborarea documentației de atribuire, autoritatea contractantă are libertatea de a stabili toate cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru obținerea unor oferte care să îi satisfacă pe deplin toate exigențele. Între acestea se regăsesc, evident, așa cum rezultă din textele de lege citate, și clauzele contractuale care configurează cadrul de încheiere, desfășurare și finalizare a contractului/acordului-cadru/contractului subsecvent ce va fi încheiată cu operatorul economic a cărui ofertă va câștiga procesul competițional. Ulterior stabilirii conținutului documentației de atribuire, care să reflecte toate exigențele autorității contractante, aceasta, în virtutea textului legal, dar și în vederea respectării principiilor tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii, are obligația de a le face cunoscute, integral, operatorilor economici interesați de participarea la procedura de achiziție publică.

Pe baza documentației de atribuire, astfel elaborată și făcută publică, din care fac parte și clauzele contractuale obligatorii, pe care autoritatea contractantă are intenția de a le impune participanților la procedură, operatorii economici urmează a-și elabora ofertele, așa cum rezultă din dispoziția art. 170 din OUG nr. 34/2006, fiind ținuti la respectarea integrală a tuturor condițiilor autorității contractante.

Alături de obligația ofertanților de a respecta documentația de atribuire, se află și obligația autorității contractante de a-și respecta propriile condiții și de a analiza și evalua ofertele primite raportat la informațiile incluse în documentația de atribuire, fără a adăuga altele noi și fără a ignora unele existente.

Din textul art. 36 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, rezultă că unui ofertant îi este interzis ca prin oferta prezentată să propună modificarea clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, modificări care dezavantajează autoritatea contractantă și pe care aceasta nu înțelege să le accepte.

În atari condiții, rezultă, fără dubiu, că o „negociere” a clauzelor contractuale incluse în documentația de atribuire, este posibilă numai în măsura în care aceasta nu dezavantajează autoritatea contractantă și numai în etapa evaluării ofertelor. A recunoaște dreptul autorității contractante de a modifica conținutul contractului/acordului-cadru/contractului subsecvent, ulterior finalizării evaluării ofertelor, echivalează cu de atribuire, care nu este permisă după ce ofertele elaborate și prezentate în baza cerințelor inițiale ale autorității contractante au fost deschise și evaluate deja.

În acest sens este și definiția sintagmei „acceptarea ofertei câștigătoare” (regăsită la art. 3 lit. a din OUG nr. 34/2006), precum sunt și prevederile art. 200 alin. (1) și art. 204 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În concluzie, Consiliul stabilește că, la momentul declarării ofertei câștigătoare, atât autoarea acesteia, cât și autoritatea contractantă cunosc și acceptă întregul conținut al documentației de atribuire și al ofertei desemnate câștigătoare, inclusiv al clauzelor care vor guverna acordul lor de voință, materializat în contract/acord-cadru/contract subsecvent. Drept urmare, contractul/acordul-cadru/contractul subsecvent, ce va fi semnat de părți, va include acele clauze asupra cărora acestea au convenit, prin procesul descris mai înainte. A impune, la acest moment, al semnării contractului/acordului-cadru, clauze contractuale noi sau modificate, conduce la încălcarea atât a prevederilor legale la care s-a făcut referire mai sus, cât și a principiilor tratamentului egal și transparenței, evocate de legiuitor în textul art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Cât despre susținerea autorității contractante, potrivit căreia clauza 10.5.1 din acordul-cadru înaintat spre semnare și care nu se regăsește în cel inclus în documentația de atribuire, se impune din aplicarea coroborată a dispozițiilor art. 236 alin. (3) din Legea nr./..... („Prezenta lege se aplică contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru încheiate după data intrării sale în vigoare.”) și art. 111 alin. (3) din HG nr. 395/..... („Operatorul economic în culpă va suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa.”), Consiliul stabilește că aceasta este nefondată, de vreme ce și în HG nr. 925/2006, în vigoare și aplicabilă la data elaborării documentației de atribuire aferentă acestei proceduri de atribuire, la art. 70 alin. (3), se regăsește același text, respectiv „Operatorul economic în culpă va suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa.”

Mai mult, prevederile art. 236 alin. (3) din Legea nr./..... nu pot fi interpretate în sensul că la încheierea contractului ar putea să se introducă clauze noi, care să afecteze echilibrul contractual garantat prin conținutul documentației de atribuire și al ofertei întocmite în baza ei.

Ca atare, autoritatea contractantă nu poate invoca, drept motiv întemeiat de introducere a acestei clauze, necesitatea respectării dispoziției art. 111 alin. (3) din HG nr. 395/....., deoarece aceeași necesitate preexista, în baza art. 70 alin. (3) din HG nr. 925/2006, momentului de atribuire a contractului/finalizare a procedurii.

Date fiind cele evocate, Consiliul stabilește caracterul fondat al celor evocate de contestatoare, considerând că propunerile, aflate în dispută, de modificare a conținutului acordului-cadru și contractelor subsecvente sunt contrare regulilor de derulare a procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SA și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

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

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....