



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) în data de 22.04.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 12317/25.04.2016, depusă de către S.C. S.R.L., cu sediul în municipiul, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, C.I.F., reprezentată legal prin administrator, împotriva **fișei de date a achiziției și a clauzelor din modelul de contract**, parte integrantă a documentației de atribuire, elaborată de, cu sediul în municipiul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect **„Reparații curente la instalațiile SCB, pe raza secției - instalația CED din Stațiile”,** cod CPV 45234115-5 lucrări de semnalizare feroviară (Rev.2), se solicită modificarea modelului de contract propus în documentația de atribuire astfel:

- anularea dispozițiilor art. 18.1 și înlocuirea acestora conform prevederilor Legii nr. 72/2013, art. 6, alin. (1) lit. a), cu privire la *„termenul de plată este de 30 de zile de la data primirii facturii”;*

- înlocuirea sintagmei de la art. 23.3 *„nu onorează facturile în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei prevăzută la art. 18.1”,* cu sintagma *„nu onorează facturile în termen de 30 de zile de la primire”.*

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge excepția neconstituirii garanției de bună conduită, invocată de către autoritatea contractantă.

Admite excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă și respinge, ca tardivă, contestația depusă de către S.C. S.R.L., cu sediul în municipiul, în contradictoriu cu cu sediul în municipiul

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12317/25.04.2016, S.C. S.R.L critică fișa de date și clauzele din modelul de contract din documentația de atribuire elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reparații curente la instalațiile SCB, pe raza secției – instalația CED din Stațiile”, solicitând modificarea modelului de contract propus în documentația de atribuire astfel:

- anularea dispozițiilor art. 18.1 și înlocuirea acestora conform prevederilor Legii nr. 72/2013, art. 6, alin. (1) lit. a), cu privire la „termenul de plată este de 30 de zile de la data primirii facturii”;

- înlocuirea sintagmei de la art. 23.3 „nu onorează facturile în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei prevăzută la art. 18.1”, cu sintagma „nu onorează facturile în termen de 30 de zile de la primire”.

Petenta menționează că, printr-o adresa transmisă în data de 14.04.2016, a solicitat autorității contractante să efectueze modificarea acestei clauze din modelul de contract, însă autoritatea contractantă a răspuns că menține clauzele contractuale din documentația de atribuire.

Astfel, S.C. S.R.L. susține că, la art. 18.1 din modelul de contract din cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut faptul că „Achizitorul are obligația de a efectua plata în termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de către de la bugetul de stat”, deși potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 72/2013, obligația de plată a achizitorului este condiționată de data primirii facturii.

De asemenea, autoarea contestației mai susține că, potrivit dispozițiilor art. 12 din același act normativ, „clauza contractuală prin care se stabilește, în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, (...), termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată a daunelor interese suplimentare” este considerată abuzivă.

Petenta menționează că, în anul 2012, ..., „prin regionale”, nu și-a îndeplinit obligațiile de plată față de societatea sa (nu a plătit facturile din

noiembrie 2012 până în iunie 2013), deși anul bugetar este identic cu cel calendaristic, fapt prin care societatea sa risca să intre în insolvență.

Prin adresa nr. 1.6.4/821/2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 13203/29.04.2016, ..., a precizat că, prin contestația formulată, S.C. S.R.L. atacă documentația de atribuire, precum și că, în conformitate cu art. 271 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, contestația și înștiințarea nr. 1.6.4/747/25.04.2016 au fost publicate în SEAP, în data de 25.04.2016, la secțiunea „Clarificări, decizii și documentație adițională” a anunțului de participare nr. 166755/18.03.2016.

Se mai precizează că este persoană juridică ce desfășoară activități relevante în sectorul de utilitate publică „transport feroviar” și autoritatea contractantă (achizitor) în domeniul infrastructurii feroviare, încadrându-se în categoria autorităților contractante prevăzute de art. 8 lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin punctul de vedere nr. 1.6.4/820/2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 13203/29.04.2016, ..., a solicitat respingerea contestației formulată de S.C. S.R.L. astfel: pe cale de excepție, „pentru nedepunerea garanției de bună conduită odată cu contestația” și ca tardiv formulată în raport de prevederile art. 256² alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, iar pe fond, ca nefondată.

În susținerea primei excepții invocate, autoritatea contractantă, invocând dispozițiile art. 271^x alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006, precizează că petenta S.C. S.R.L. nu a înaintat dovada constituirii garanției de bună conduită la sediul său odată cu depunerea contestației, iar în susținerea excepției tardivității contestației, organizatoarea procedurii menționează că, având în vedere data publicării în SEAP a documentației de atribuire - 18.03.2016 și valoarea estimată a contractului de achiziție publică de 28750 lei, fără TVA, depunerea contestației înregistrată la sediul autorității contractante sub nr. 1.6.4/714/25.04.2016, în data de 25.04.2016, a fost efectuată cu depășirea termenului de 5 zile statuat prin dispozițiile art. 256[✓] alin. (1) lit. b) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Redând prevederile art. 78 alin. (1) și (2) din O.U.G. 34/2016, autoritatea contractantă precizează că „a respectat întocmai obligațiile legale și a transmis, în termen, răspunsurile la clarificările solicitate”, apreciind că, în cauză, prezintă relevanță și prevederile art. (1) și art. (2) din Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 171/2012 potrivit cărora numai în cazul în care autoritatea contractantă aduce modificări conținutului documentației de atribuire, termenele de contestare se socotesc de la data modificărilor, în caz contrar urmând a fi calculate de la data actului prin care au fost stabilite, respectiv data publicării în SEAP a documentației de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, având în vedere faptul că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu se aduce nicio modificare documentației de atribuire și având în vedere că valoare estimată a

contractului de lucrări supus atribuirii este de 287.850 lei, fără TVA, sub pragul echivalentului în lei a sumei de 5.000.000 euro, prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr.34/2006, termenul de contestare a documentației era de 5.(cinci) zile de la luarea la cunoștință a prevederilor documentației de atribuire.

Organizatoarea procedurii opinează că din cuprinsul contestației rezultă, în mod evident, faptul că ceea ce ar vătăma interesele contestatoarei sunt prevederile documentației de atribuire, prevederi pe care le cunoștea încă de la data publicării acesteia 18.03.2016.

Pe fondul contestației, în ceea ce privește clauzele contractante, autoritatea contractantă precizează că *„atâta timp cât fondurile acestei proceduri de achiziție publică sunt asigurate de către, în mod evident plata către executant trebuie corelată cu data primirii fondurilor și implicit cauzele penalizatoare trebuie să se raporteze tot la data accesării fondurilor de"*.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că, în raport de motivele invocate, contestația formulată de S.C. S.R.L. nu a fost motivată în drept.

În temeiul art. 269 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările ulterioare, prin adresa nr. 13483/853/C6 din 04.05.2016, Consiliul a solicitat contestatoarei exprimarea unui punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, la care, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 13678/06.05.2016, S.C. S.R.L. susține că a solicitat clarificări referitoare la clauzele contractuale din proiectul de contract contestate, iar autoritatea contractantă *„și-a menținut punctul de vedere cu privire la modelul de contract"*.

Apreciind că, în mod intenționat, *„autoritatea contractantă și-a menținut un punct de vedere nelegal pentru a abuza de tardivitatea solicitării, neluând în considerare faptul că răspunsul său la o clarificare privind documentația de atribuire devine parte din acea documentație și că orice act nou devine parte din acea documentație și că orice act nou al acesteia poate fi contestat în același termen de 5 zile"*, petenta consideră că dreptul său la contestație *„s-a născut ca urmare a actului nou al autorității contractante nr. 1.6.4/657/2016 din 19.04.2016 care face parte integrantă din documentația de atribuire"*.

În considerarea dispozițiilor art. 278 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 271 ind. 1 din OUG nr. 34/2006, Consiliul va analiza, mai întâi, excepțiile neconstituirii garanției de bună conduită și cea a tardivității depunerii contestației, invocate de sens în care se rețin următoarele:

1). În analiza excepției neconstituirii garanției de bună conduită, Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

- contestatoarea atacă prin contestație documentația de atribuire aferentă contractului de achiziție publică de lucrări, în valoare estimată de 287.850 lei, fără TVA;

- valoarea garanției de bună conduită constituită de petentă prin ordinul de plată 114 din 28.04.2016, este de 2.879,00 lei, reprezentând 1% din valoarea estimată a contractului, ordinul de plată fiind confirmat de BRD Groupe Societe Generale la data de 28.04.2016.

- art. 271 ind. 1 din OUG nr. 34/2006 dispune: „(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia. (2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1); (4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel: b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit.c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției”;

În considerarea dispozițiilor art. 271¹ alin. 3 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora “Garanția de bună conduită se constituie **prin virament bancar** sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu (...)”, Consiliul reține că modalitatea prin care S.C. S.R.L. a înțeles să constituie garanția de bună conduită, respectiv prin virament bancar, este una legală.

Față de momentul constituirii garanției în discuție, respectiv la data de 28.04.2016, ulterioară datei de 22.04.2016, a depunerii contestației, analiza excepției se va raporta la dispozițiile art. 271 ind. 1 alin. (1) – (2) din OUG nr. 34/2006 coroborate cu Deciziile Curții Constituționale nr. 5/2015, considerentul 41 – „Față de cele prezentate, Curtea constată că **garanția de bună conduită are semnificația unei cauțiuni menite să asigure exercitarea corespunzătoare și neabuzivă a drepturilor procesuale**, cu toate consecințele procesuale care decurg din finalitatea urmărită prin instituirea acesteia” și, respectiv, nr. 176/2005 – „(...) **instituirea sancțiunii nulității** pentru neîndeplinirea acestor cerințe de formă în însuși cuprinsul cererii de recurs, **fără nici o posibilitate de remediere a omisiunii, îl lipsește pe recurent, fără o justificare rezonabilă, de posibilitatea de a se examina**, pe calea recursului, susținerile sale întemeiate privind modul eronat, eventual abuziv, prin care s-a soluționat, prin hotărârea atacată, litigiul în care este parte”, art. 470 din C. pr. civ. – „(...) lipsa dovezii achitării taxei de timbru **poate fi complinită până la primul termen de judecată** la care partea a fost legal citată în apel”, constatându-se astfel că excepția neconstituirii garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației **nu are un caracter peremptoriu**, ci unul **dilatoriu**, în sensul că îndeplinirea obligației de constituire a cauțiunii poate fi complinită la cererea

Consiliului sau din propria inițiativă a părții, astfel încât autoritatea contractantă să fie „*protejată de riscul unui eventual comportament necorespunzător (...)*” pe perioada soluționării litigiului.

Întrucât, la data emiterii deciziei, garanția de bună conduită este constituită de către petenta S.C. S.R.L. în cunatumul legal, excepția neconstituirii garanției de bună conduită, invocată de către este neîntemeiată, urmând a fi respinsă ca atare.

2. Privitor la excepția tardivității depunerii contestației, Consiliul reține următoarele:

Procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii **contractului de achiziție publică de lucrări** având ca obiect „Reparații curente la instalațiile , pe raza secției – instalația din Stațiile”, a fost inițiată de autoritatea contractantă prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. 166755 din 18.03.2016, documentația de atribuire fiind publicată sub formă de fișiere electronice atașate anunțului de participare.

Valoarea estimată a contractului de lucrări este de 287.850 lei, fără TVA, echivalentul a aprox. 64.000 euro, mai mică decât pragul valoric instituit de art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, astfel că termenul de contestare a actelor autorității contractante considerate nelegale este cel reglementat de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din ordonanță, respectiv, **5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință** despre actul respectiv.

Ceea ce contestă petenta la data de 22.04.2016, sunt clauze contractuale considerate nelegale și abuzive, incluse în proiectul de contract, secțiune a documentației de atribuire, publicată în SEAP la data de 18.03.2016, considerând că răspunsul la o clarificare solicitată, prin care a cerut modificarea clauzelor considerate nelegale, a avut menirea de a repune-o în termenul legal de contestare a documentației de atribuire.

Văzând răspunsul la solicitarea de clarificari, publicat în SEAP la data de 19.04.2016 sub denumirea “CN166755/006] Raspuns solicitare clarificari.PDF.p7s)”, prin care autoritatea contractantă a precizat că „*Autoritatea contractantă își menține clauzele contractuale din documentația de atribuire. Ofeertele depuse de operatorii economici interesați de participarea la această procedură de achiziție trebuie să respecte cerințele din documentația de atribuire, publicată în SEAP*”, Consiliul constată că, prin respectivul demers, documentația nu a suferit nicio modificare, iar respectivul răspuns a fost emis cu respectarea rigorilor art. 78 din OUG nr. 34/2006, fiind clar și concis și emis în termen legal.

Prin urmare, actul autorității contestat este documentația de atribuire în forma în care aceasta a fost publicată la data de 18.03.2016, astfel că depunerea, în data de 22.04.2016, a contestației este efectuată cu depășirea termenului de 5 zile, statuat prin dispozițiile art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, termen care a început să curgă, conform prevederilor alin. (1) al art. 256² din ordonanță, de la data publicării

documentației de atribuire și s-a încheiat, conform prevederilor lit. z) a art. 3 din același act normativ, la expirarea ultimei ore a zilei de 23.03.2016.

În sensul că termenul în care se poate contesta documentația de atribuire curge de la data publicării acesteia și nu de la data la care s-a răspuns unei așa zise "clarificări", care nu poate opera decalarea datei de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestației, s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr. 1861/01.10.2009, decizia nr. 1903/05.10.2009 și decizia nr. 1742 din 19.07.2010, pronunțate de Curtea de Apel București – Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, precum și decizia nr. 1449/CA/16.12.2009, decizia nr. 1462/CA/11.08.2011 și decizia nr. 1518/CA/08.09.2010, pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Astfel fiind, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) și (5) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite excepția tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă și va respinge contestația depusă de către S.C. S.R.L., ca tardiv introdusă.

Fără pronunțare pe fondul cauzei, conform dispozițiilor art. 278 alin. (1) din ordonanța de urgență.

Decizia este obligatorie, potrivit prevederilor art. 280 alin. 3 din actul normativ susmenționat.