



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. .../... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de asocieria ... – ... prin lider de asociere ..., cu sediul în ... și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ... privind procedura de licitație deschisă organizată de ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de lucrări "...", contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, anularea adresei nr. 1555/06.02.2013 și obligarea autorității contractante la semnarea contractului cu asocieria ... – ... sub sancțiunea obligării autorității contractante la plata de penalități de întârziere în cuantum de 0,1% din valoarea contractului pe zi de întârziere, până la îndeplinirea obligației de încheiere a contractului.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins prin decizia nr. .../.../.....

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația formulată de asocieria ... – SC ...

anulează adresa nr. 1555/06.02.2013 și obligă autoritatea contractantă să clarifice cu asocierea contestatoare termenii în care va încheia contractul, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță, respinge ca nefondate capetele de cerere referitoare la obligarea autorității contractante la semnarea contractului în conformitate cu condițiile ofertei asocierii, sub sancțiunea obligării autorității la plata de penalități de întârziere în cuantum de 0,1% din valoarea contractului.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, asocierea ... – ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, arătând că există un pericol iminent ca autoritatea contractantă să anuleze licitația și să creeze un prejudiciu ireparabil pentru asocierea câștigătoare a procedurii de atribuire.

În motivarea contestației se mai aduc critici asupra faptului că autoritatea contractantă refuză semnarea contractului de achiziție publică.

Contestatoarea susține că a depus oferta având inclusă o listă de obiecțiuni/propuneri de modificare sau completare a unor clauze contractuale. Referitor la modelul de contract, acesta a fost inclus în documentația de atribuire de către autoritatea contractantă, ca parte componentă a acesteia, dar fără a se preciza clauzele obligatorii necesare, conform legii. Fără să justifice în niciun fel de ce consideră *de plano* propunerile de modificare a clauzelor contractuale ca fiindu-i dezavantajoase, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei să renunțe la obiecțiunile sale, în caz contrar urmând a fi descalificată din procedură.

Prin adresa din data de 22.10.2012, asocierea a precizat expres că își însușește condițiile contractuale postate în SEAP, însă condiționat de respectarea dispozițiilor legale și a jurisprudenței, națională și europeană.

Contestatoarea apreciază că, prin acceptarea ofertei sale, autoritatea contractantă și-a însușit ca atare declarația sa de acceptare a condițiilor contractuale, respectiv în limitele conformității depline „*cu dispozițiile legale și jurisprudența aplicabile, în vigoare la nivel național și european*”.

Prin adresa nr. 37/03.01.2013, autoritatea contractantă a solicitat, în vederea semnării contractului, depunerea de către asociere a unor documente până la data de 07.01.2013. Societatea

de avocatură care reprezintă asocierea a răspuns în data de 07.01.2013, solicitând autorității contractante amânarea termenului de răspuns până la data de 18.01.2013. Ignorând solicitarea sa de amânare, autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 266/09.01.2013, solicitând semnarea contractului până la data de 14.01.2013 și depunerea documentelor solicitate prin adresa anterioară.

Deși termenul a fost extrem de scurt pentru reprezentanții ... din ... a avut loc întâlnirea din 14.01.2013, la sediul autorității contractante, în vederea clarificării aspectelor legate de procedura de semnare a contractului. În urma acestei întrevederi s-a redactat o minută în care au fost comunicate susținerile părților, însușită numai de reprezentanții asocierii. Autoritatea contractantă a refuzat semnarea minutei întocmite și a transmis ulterior adresa nr. 602/17.01.2013, prin care și-a exprimat punctul de vedere cu privire la semnarea contractului, ignorând faptul că și-a asumat condițiile ofertei asocierii pe care a declarat-o câștigătoare.

În data de 23.01.2013, prin adresa nr. 797 din aceeași dată, autoritatea contractantă a transmis o notificare asocierii privind intenția de executare a garanției de participare, solicitând, în același timp, depunerea garanției de bună execuție a contractului în original, prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare cu încă 30 de zile și semnarea contractului în cel mai scurt timp posibil.

Contestatoarea a răspuns la solicitarea autorității contractante în data de 28.01.2013, reiterând că acceptarea condițiilor contractuale de către asocierea ... - ... trebuie raportată la condițiile legilor naționale și europene, dar și ale jurisprudenței incidente, punctând poziția sa cu privire la încheierea contractului.

Ultima corespondență purtată cu autoritatea contractantă până la momentul formulării contestației a fost în data de 14.02.2013, când asocierea a transmis adresele nr. 625 și 626 din 14.02.2013, lovindu-se de refuzul autorității contractante de a răspunde la acestea.

În contestație sunt invocate dispozițiile art. 3 lit. f), art. 33 alin. (2) lit. h) și art. 286 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. De asemenea, sunt invocate decizia Consiliului publicată în Buletinul Oficial nr. 410/2013 și decizia nr.

Contestatoarea solicită constatarea faptului că măsura de impunere a unui model de contract, fără a oferi ofertanților posibilitatea negocierii clauzelor acestuia, este contrară prevederilor legale.

Este invocată decizia Consiliului nr. 2291/... 13.07.2012 și se precizează că, dacă la acel moment era prematură discutarea contractului și Consiliul a apreciat că nu s-a produs o vătămare a intereselor asocierii, vătămarea a intervenit la acest moment, când i

se refuză dreptul conferit de lege și consacrat în oferta sa acceptată de autoritatea contractantă de a clarifica și adapta clauzele contractuale nefuncționale și impracticabile.

Asocierea ... – ... susține că este relevant faptul că cei trei ofertanți participanți au formulat odată cu oferta obiecțiuni la clauzele contractuale, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a modificat clauzele generale FIDIC Cartea Galbenă prin condițiile speciale incluse în documentația de atribuire, contractul model FIDIC pierzându-și astfel legitimitatea.

De asemenea, apreciază că respectarea de către autoritatea contractantă a angajamentului asumat de aceasta are ca obiectiv nu reafirmarea obiecțiunilor contractuale inițiale ale asocierii, ci restabilirea într-o măsură obiectiv necesară a echilibrului contractual anihilat prin impunerea modelului de contract și prin pervertirea majoră a modelului de contract FIDIC până la pierderea legitimității.

Contestatoarea consideră că, prin refuzul autorității contractante de a discuta acele clauze din contract care sunt impracticabile și nefuncționale și care pot compromite proiectul și genera pagube foarte mari nu numai pentru asociere, dar și pentru achizitoare, ... acționează în mod abuziv și iresponsabil, periclitând semnarea și derularea contractului cu un ofertant declarat de el însuși câștigător.

În încheiere, se solicită obligarea autorității contractante la semnarea contractului cu asocierea ... – ... sub sancțiunea obligării autorității contractante la plata de penalități de întârziere în cuantum de 0,1% din valoarea contractului pe zi de întârziere, până la îndeplinirea obligației de încheiere a contractului.

Prin adresa nr. 639/25.02.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 6348/25.02.2013, asocierea ... – ... solicită accesul la dosarul achiziției și posibilitatea formulării unor concluzii orale în fața Consiliului, în susținerea contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 6364/25.02.2013 asocierea ... – ... solicită declinarea competenței de la completul 9 la completul 3, în privința soluționării contestației. Contestatoarea invocă lipsa de competență a completului 9, respectiv nelegala repartizare a contestației nr.

Sunt invocate dispozițiile art. 273 alin. (1) teza a 2-a din ordonanță și deciziile Consiliului nr. ..., .../... și .../... ..

În încheiere, contestatoarea susține că interesul legitim ce va putea fi afectat, în cazul în care cererea de declinare a competenței către completul 3 nu va fi soluționată în mod favorabil, este soluționarea neunitară a unor cereri formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, pe motivul lipsei de continuitate a completului care va judeca cauza.

În punctul său de vedere nr. 2387/26.02.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 6405/26.02.2013,

autoritatea contractantă susține că la data de 18.06.2012 a fost depusă de către ... contestația nr. 491/ 18.06.2012, înregistrată la ... cu nr. 7294/ 18.05.2012, având ca obiect posibilitatea negocierii clauzelor contractuale cu autoritatea contractantă, aceasta fiind soluționată prin decizia nr. Acceptarea de negociere a clauzelor contractuale în perioada de evaluare și/sau la semnarea contractului încalcă principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Autoritatea contractantă susține că, pe plan internațional, limitele negocierilor clauzelor contractuale constituie un aspect pus în discuție la adoptarea Acordului OMC privind achizițiile publice, convenție internațională ce prevede posibilitatea utilizării negocierilor, cu condiția ca această posibilitate să fie menționată în anunțul de participare. În cazul de față a fost indicat în mod expres în cuprinsul fișei de date faptul că operatorii economici trebuie să își însușească prevederile contractuale care se regăsesc în cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP, aceasta având caracter obligatoriu. Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări cu privire la conținutul clauzelor contractuale.

Autoritatea contractantă invocă decizia nr. ... pronunțată de ... și decizia Consiliului nr.

Relativ la clauzele considerate dezavantajoase de către autoritatea contractantă, aceasta solicită constatarea faptului că și-a exprimat în mod imperativ intenția de a nu negocia nicio propunere de modificare a clauzelor contractuale înaintate de către contestatoare, apreciind că aceste demersuri conduc la încălcarea principiului tratamentului egal, nefiind permis de prevederile documentației de atribuire. Prin adresa nr. 12767/R/24.10.2012, ... a reconfirmat retragerea propunerilor de modificare și completare a condițiilor contractuale, în mod necondiționat. Asocierea a fost declarată câștigătoare doar ca urmare a reconfirmării retragerii propunerilor de modificare și completare a condițiilor contractuale, în mod necondiționat, ferm și irevocabil.

Procedura de atribuire nu poate fi finalizată prin semnarea contractului întrucât asocierea ... - ... a refuzat în mod repetat prezentarea garanției de bună execuție în original și semnarea contractului de achiziție publică, iar anularea procedurii de atribuire nu ar constitui decât o aplicare a dispozițiilor art. 209 alin. (1) din ordonanță.

De asemenea, sunt invocate dispozițiile art. 87 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Având în vedere susținerile lipsite de fundament ale contestatoarei, autoritatea contractantă solicită constatarea faptului că cererea acesteia este bazată pe invocarea unei neregularități survenită ca o consecință a propriilor fapte (refuzul prezentării scrisorii de garanție de bună execuție și al semnării contractului) și

respingerea ca nefondată a solicitării de obligare a autorității contractante la semnarea contractului și ca inadmisibil capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata de penalități.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării contestației au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 6421/26.02.2013.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 7107/05.03.2013, asociera ... - ... a depus note scrise - răspuns la punctul de vedere asupra fondului contestației, în care invocă decizia nr. ..., și susține că acesta conține o serie de afirmații imprecise și nefondate. Sunt reluate aspecte criticate inițial în contestație.

Asociera susține că în acest moment reclamă și probează o vătămare creată de autoritatea contractantă, prin refuzul expres al oricărei discuții de clarificare/adaptare a clauzelor contractuale care nu sunt în concordanță cu legislația și jurisprudența națională și europeană, deși autoritatea contractantă a acceptat și declarat câștigătoare oferta sa cu această rezervă.

De asemenea, contestatoarea susține că, la momentul semnării unui contract de achiziție publică atât de complex, sunt permise și chiar necesare discuții cu scop de clarificare și completare a clauzelor contractuale neclare, incomplete sau contradictorii, sau chiar nelegale. Impunerea a 100% din clauzele unui model de contract de către o autoritate contractantă este nelegală. Se invocă decizia Consiliului nr.

În continuare, asociera ... - ... precizează că nu ea este cea care refuză semnarea contractului, ci autoritatea contractantă, care, deși are obligația legală de a semna contractul cu ofertantul câștigător în condițiile ofertei acestuia, a exprimat un refuz ferm de a remedia clauzele care nu respectă reglementările naționale, europene și jurisprudența relevantă.

Remedierile contractuale solicitate de asociera nu încalcă principiul tratamentului egal al tuturor ofertanților și al nediscriminării.

În încheiere, contestatoarea solicită anularea adresei nr. 1555/06.02.2013 și obligarea autorității contractante la semnarea contractului cu asociera ... - ... sub sancțiunea obligării autorității contractante la plata de penalități de întârziere în cuantum de 0,1% din valoarea contractului pe zi de întârziere, până la îndeplinirea obligației de încheiere a contractului.

Prin adresa nr. 647/13.03.2013, asociera a informat Consiliul că a fost stabilită o întâlnire cu autoritatea contractantă pentru clarificarea aspectelor legate de semnarea contractului și pentru semnarea lui, motiv pentru care solicită prelungirea termenului de soluționare a dosarului cu zece zile.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de atribuire aplicată de ... în vederea atribuirii contractului de lucrări "...", este licitația deschisă.

Conform anunțului de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost ..., ora 16, iar deschiderea acestora a fost programată pentru ..., ora 18. Valoarea estimată a contractului este de ... lei, fără TVA.

În cadrul aceleiași proceduri, au fost emise deciziile nr.....

Ulterior primirii adresei nr. 1555/06.02.2013, asocierea ... - ... a depus prezenta contestație.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că, în data de 06.06.2012, autoritatea contractantă a publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice (SEAP) clarificarea nr. 14, în care a precizat, între altele: *„condițiile contractuale nu sunt negociabile, fiind opozabile tuturor participanților în forma în care acestea au fost publicate”*.

Împotriva acestei clarificări, ... a depus contestația nr. 491/18.06.2012, soluționată de Consiliu prin decizia nr. ..., în care s-au reținut următoarele:

“Din analiza modului de formulare a obiectului contestației, Consiliul constată că autoarea acesteia pretinde:

- 1) anularea actului emis de autoritatea contractantă după corespondența cu aceasta privitoare la clauzele contractuale pe care le consideră nelegale;*
- 2) obligarea autorității contractante la primirea de obiecțiuni asupra clauzelor contractuale;*
- 3) obligarea autorității contractante la acceptarea negocierii clauzelor contractuale.*

Raportat la aceste capete de cerere, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, făcând analiza excepției invocate de autoritatea contractantă privitoare la tardivitatea contestației, Consiliul constată temeinicia în parte a acesteia.

Astfel, Consiliul constată că cererea de anulare a adresei de clarificări postate în SEAP sub nr. 14 din 06.06.2012 a fost formulată în termenul impus la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, prin raportare la dispozițiile de la alin. (2) al aceluiași articol.

Aprecierile autoarei excepției că finalitatea urmărită de contestatoare este, în fapt, modificarea documentației de atribuire nu pot fi reținute de Consiliu decât în raport cu cel de-al doilea capăt de cerere, ce are caracterul explicit al unei solicitări de modificare a documentației de atribuire inițial publicate. Astfel, Consiliul constată că autoarea criticilor a luat la cunoștință de condițiile de întocmire și de depunere a ofertei, inclusiv clauzele contractuale aferente acesteia (emise de autoritatea contractantă) de la momentul publicării lor în SEAP (în concordanță cu fișa de date a achiziției, clauzele contractuale puse la dispoziția ofertanților trebuie asumate de aceștia odată cu depunerea ofertei – Capitolul IV.4.2).

Prin urmare, au aplicabilitate dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006, privitoare la obligația operatorilor economici de a întocmi oferta în condițiile stipulate în documentația de atribuire.

Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă, prin actul de clarificare atacat, nu a modificat condițiile privitoare la modul de întocmire a ofertei, ci a reconfirmat informația potrivit căreia operatorii economici nu

pot să prevadă în oferta lor alte condiții contractuale decât cele ce, prin neatacare în termenul legal, sunt opozabile tuturor (inclusiv autorității contractante).

Cât privește cel de al treilea capăt de cerere, Consiliul constată că părțile au o dispută cu caracter generic, asupra posibilității de negociere a unor clauze contractuale, fără individualizarea celor care ar fi de interes imediat ori viitor.

Sub acest aspect, Consiliul apreciază ca fiind prematură orice cerere a contestatoarei, înainte de evaluarea ofertei sale și de desemnarea ei câștigătoare, privitoare la obligarea autorității contractante să accepte negocierea unora din clauzele viitorului contract.

Cu toate acestea, Consiliul consideră că, atât documentația de atribuire cât și actul de clarificare a acesteia, împotriva căruia s-a înaintat contestația (primul capăt de cerere), nu exclude posibilitatea efectivă ca, la semnarea contractului să se constate necesitatea adoptării/actualizării unor clauze contractuale.

Spre exemplificare: schimbarea sediului uneia dintre părți, schimbarea băncii cu care are relații comerciale legate de contract, schimbarea reprezentantului legal al părților și altele asemenea.

Sunt, de asemenea, lipsite de relevanță aprecierile contradictorii ale celor două părți referitoare la natura contractului și a condițiilor prealabile de încheiere a acestuia, câtă vreme, în mod efectiv, nu a fost reclamată o vătămare a intereselor contestatoarei și nu a fost probată o astfel de vătămare, în înțelesul dat acestui posibil incident de dispozițiile art. 255 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, prin conduita de până la acest moment a autorității contractante. Se are în vedere și că autoarea criticilor a înaintat ofertă în procedură, nefiind astfel împiedicată să participe în competiție de conținutul documentației de atribuire”.

Consiliul a respins, ca tardiv, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la acceptarea de obiecțiuni la clauzele contractuale publicate în SEAP și, ca nefondate, capetele de cerere privind anularea adresei de clarificare nr. 14 și obligarea autorității contractante la negocierea clauzelor abuzive.

Prin adresa nr. 8750/24.07.2012, ... a solicitat asocierii ... – SC ... renunțarea la propunerile de modificare a unora dintre clauzele contractuale, apreciate ca fiind dezavantajoase, și acceptarea tuturor clauzelor cuprinse în modelul de contract inclus în documentația de atribuire publicată în SEAP.

Ofertanta a răspuns cu adresa datată 30.07.2012, prin care și-a exprimat disponibilitatea de a reține propunerile de modificare și completare a condițiilor contractuale care sunt în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă.

În urma primirii deciziei nr. 3438/... și reevaluării ofertelor, prin adresa nr. 12767/19.10.2012, autoritatea contractantă a solicitat asocierii amintite să confirme însușirea necondiționată, fermă și irevocabilă a condițiilor contractuale (anexa la ofertă, condiții speciale, condiții generale și acordul contractual), astfel cum au fost acestea postate în SEAP, prin transmiterea lor semnate și stampilate.

Asocierea a răspuns cu adresa datată 22.10.2012, în care a arătat că nu înțelege solicitarea având în vedere că a depus deja, împreună cu oferta, în conformitate cu prevederile IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date a achiziției, condițiile contractuale (anexa la ofertă, condiții speciale, condiții generale și acordul contractual) semnate și ștampilate pe fiecare pagină de reprezentanții ambilor membri ai asocierii. Condițiile contractuale, astfel cum au fost confirmate, se regăsesc la paginile 0990-1131 din vol. 2 al ofertei. S-a adăugat că urmare a solicitării de clarificări nr. 8750/24.07.2012, a confirmat necondiționat și ferm, prin răspunsul din 30.07.2012, retragerea propunerilor de modificare și completare a condițiilor contractuale considerate în mod evident dezavantajoase. Asocierea a reconfirmat însușirea necondiționată, fermă și irevocabilă a condițiilor contractuale postate în SEAP, semnate și ștampilate în totalitate (anexa la ofertă, condiții speciale, condiții generale și acordul contractual), în conformitate deplină cu dispozițiile legale și jurisprudența aplicabile, în vigoare la nivel național și european. În finalul adresei, asocierea a făcut următoarea precizare „Cu speranța că veți acționa numai potrivit legii, este de la sine înțeles faptul că declarația noastră include situații conforme cu legile naționale și europene și cu jurisprudența aplicabilă”.

În urma analizării ofertelor, prin adresa nr. 13536/06.11.2012, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

Pentru reglementarea anumitor aspecte legate de documentele necesare în vederea semnării contractului, reprezentanții autorității contractante și ai asocierii contestatoare s-au întâlnit în data de 14.01.2013, cu această ocazie fiind încheiată minuta nr. 455/14.01.2013. În respectiva minută s-au consemnat susținerile reprezentanților asocierii referitoare la necesitatea eliminării neconcordanțelor și contradicțiilor existente în contract pentru a-l face practicabil și funcțional. ... a precizat că nu poate accepta modificarea prevederilor contractului publicat în SEAP, cu atât mai mult cu cât în timpul procedurii ofertantului și-a asumat prin adresa transmisă renunțarea la toate obiecțiunile formulate, orice modificare a clauzelor contractuale fiind de natură să dezavantajeze beneficiarul, prin încălcarea principiului tratamentului egal al tuturor ofertanților.

În completarea minutei din 14.01.2013, autoritatea contractantă a transmis asocierii adresa nr. 602/17.01.2013, în care a arătat, între altele, că negocierea unor clauze contractuale în acel moment ar conduce în mod evident la încălcarea principiului tratamentului egal și nediscriminatoriu față de toți participanții la procedura de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, și, pe cale de consecință, autoritatea contractantă riscă sancțiunile prevăzute de lege, inclusiv corecții financiare.

Ca răspuns, asocierea a transmis ... adresa datată 28.01.2013, în care a arătat că declarația sa de acceptare a condițiilor contractuale, cuprinse în modelul de contract inclus în documentația de atribuire, s-a făcut în limitele conformității depline „cu dispozițiile legale și jurisprudența aplicabile, în vigoare la nivel național și european”. S-a apreciat că, în calitate de autoritate contractantă, prin acceptarea ofertei asocierii, a fost înșușită ca atare declarația de acceptare a condițiilor contractuale, respectiv în limitele conformității depline „cu dispozițiile legale și jurisprudența aplicabile, în vigoare la nivel național și european”. De asemenea, a fost atrasă atenția autorității contractante asupra caracterului nepracticabil și nefuncțional al unor clauze contractuale conținute de modelul de contract, solicitarea sa de reanalizare a contractului, în calitate de ofertant câștigător, vizând remedierea modelului de contract prin eliminarea neconcordanțelor, contradicțiilor și a acelor clauze care din punct de vedere practic nu pot fi implementate potrivit cerințelor existente în modelul de contract.

Prin adresa nr. 1555/06.02.2013, ... a solicitat asocierii depunerea scrisorii de garanție bancară de bună execuție în original, conform cerințelor documentației de atribuire și asumarea contractului în forma publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice. S-a reiterat, totodată, faptul că, potrivit dispozițiilor art. 87 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, prin care refuzul ofertantului declarat câștigător de a semna contractul/ acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 181 lit. c¹) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a anula procedura de atribuire.

Vizavi de ansamblul considerentelor expuse mai sus, ... observă că, prin decizia nr. ..., organismul de soluționare nu s-a pronunțat cu privire la clauzele contractuale, reținând doar că, prin clarificarea nr. 14 din 06.06.2012, *nu au fost modificate condițiile privitoare la modul de întocmire a ofertei, ci a reconfirmat informația potrivit căreia operatorii economici nu pot să prevadă în oferta lor alte condiții contractuale decât cele ce, prin neatacare în termenul legal, sunt opozabile tuturor (inclusiv autorității contractante), iar în privința posibilității negocierii unor clauze contractuale, Consiliul a apreciat ca fiind prematură orice cerere a contestatoarei înainte de evaluarea ofertei sale și de desemnarea ei câștigătoare, privitoare la obligarea autorității contractante să accepte negocierea unora din clauzele viitorului contract.*

Așadar, prin decizia anterioară, Consiliul nu s-a pronunțat în sensul obligării autorității să accepte sau nu negocierea unora dintre clauzele viitorului contract.

Sub acest aspect este de remarcat că, potrivit art. 36 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, o ofertă este considerată neconformă în cazul în care 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.

Se observă că, în textul citat, legiuitorul nu face distincție după cum propunerile de modificare a clauzelor contractuale stabilite în documentația de atribuire sunt clauze obligatorii sau nu. Oricare operator economic poate face propuneri de modificare a clauzelor contractuale, autoritatea contractantă putând să nu le accepte în cazul în care sunt în mod evident dezavantajoase pentru ea, iar ofertanta nu renunță la respectivele clauze.

Caracterul dezavantajos este stabilit de autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată să își motiveze decizia de a nu accepta respectivele clauze. De altfel, Consiliul s-a mai pronunțat în acest sens și prin decizia nr. ..., invocată de contestatoare, în care s-au reținut, între altele:

«Chiar dacă textul în discuție nu arată expressis verbis că autoritatea contractantă are obligația de a motiva caracterul evident dezavantajos al obiecțiunilor la contract, este în spiritul întregii ordonanțe de urgență și a principiilor care guvernează această materie că autoritatea contractantă nu acționează la simpla dorință și la bunul plac al membrilor comisiei de evaluare, fiind obligată, pe parcursul întregii proceduri, să-și motiveze deciziile. Astfel, simpla afirmație nemotivată a membrilor comisiei de evaluare cu privire la caracterul dezavantajos al obiecțiunilor formulate, întemeiat doar pe faptul că ceilalți ofertanți au renunțat la obiecțiuni și, pentru respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, ar fi necesar să renunțe și contestatoarea, nu concordă cu prevederile legale citate mai sus și nici cu documentația de atribuire, fiind, astfel, justificată susținerea contestatoarei cu privire la obligativitatea motivării deciziei de a considera nejustificate obiecțiunile sale la contract.

Astfel, Consiliul consideră întemeiată susținerea contestatoarei potrivit căreia în situația în care s-ar admite dreptul autorității contractante de a refuza negocierea și de a respinge oferta ca neconformă, fără nicio justificare obiectivă, fără a o mai supune procesului de evaluare, motivat de aplicarea prevederilor art. 36 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, se introduce un element de apreciere ce ar deveni discreționar, aleatoriu, necondiționat de niciun element obiectiv, având un impact direct asupra procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică și utilizării fondurilor publice aflate la dispoziția autorității contractante, generând abuzuri și deturnând scopurile și principiile Ordonanței de urgență.

Potrivit art. 2 din OUG nr. 34/2006, „(1) Scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie:

- a) promovarea concurenței între operatorii economici;
- b) garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici;
- c) asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică;
- d) asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante.

(2) *Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt:*

- a) nediscriminarea;*
- b) tratamentul egal;*
- c) recunoașterea reciprocă;*
- d) transparența;*
- e) proporționalitatea;*
- f) eficiența utilizării fondurilor publice;*
- g) asumarea răspunderii.”*

În aplicarea principiilor și scopurilor ordonanței de urgență, pentru asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, motivarea caracterului evident dezavantajos al obiecțiunilor la contract este obligatorie.»

În cauza de față, fără a-și motiva decizia de considerare ca dezavantajoasă a clauzelor propuse de asocierea ... – SC ... autoritatea contractantă a cerut renunțarea la acestea, prin adresa din 30.07.2012, asocierea exprimându-și doar „disponibilitatea” de a le retrage. Ulterior, prin adresa din 22.10.2012, asocierea a reconfirmat însușirea necondiționată, fermă și irevocabilă a condițiilor contractuale postate în SEAP, în conformitate deplină cu dispozițiile legale și jurisprudența aplicabile, în vigoare la nivel național și european.

Fără a lămuri cu ofertanta înțelesul termenilor, autoritatea contractantă a declarat-o câștigătoare, iar la momentul semnării contractului, s-a constatat că fiecare dintre părțile semnatare aveau o altă interpretare asupra renunțării la propunerile de modificare a clauzelor contractuale. Astfel, autoritatea contractantă a considerat că asocierea contestatoare a renunțat ferm și necondiționat la propunerile de modificare, în timp ce aceasta din urmă a apreciat și a susținut, inclusiv în contestația formulată, intenția sa de a-și însuși ferm, necondiționat și irevocabil, clauzele contractuale, dar în conformitate deplină cu dispozițiile legale și jurisprudența aplicabile, în vigoare la nivel național și european.

Așadar, refuzul autorității contractante de a semna contractul, reclamat în cauză de societatea contestatoare, pornește de la neînțelegerea cu privire la acceptarea clauzelor contractelor, pe care asocierea a înțeles să și le însușească condiționat de respectarea dispozițiilor legale și a jurisprudenței naționale și europene.

De altminteri, niciuna dintre părți nu a indicat care sunt clauzele contractuale ce ar trebui amendate pentru a se respecta dispozițiile legale și jurisprudența. Nici măcar nu au fost identificate la care dispoziții legale și jurisprudență concretă se face referire și la care urmează a se conforma părțile. Este evident că, în contextul în care părțile nu au prefigurat înțelesul sau întinderea clauzelor contractuale, astfel încât să fie în deplină cunoștință de cauză asupra contractului pentru care își manifestă acordul de voință, ele nu pot fi

obligate să semneze un asemenea contract, ținând cont și de valoarea lui.

Astfel fiind, achizitoarea trebuie să clarifice cu asocierea ofertantă termenii în care va încheia contractul. În susținerea celor de mai sus, se reține și aspectul că, prin adresa nr. 647/ 13.03.2013, contestatoarea a informat Consiliul că a fost stabilită o nouă întâlnire pentru clarificarea aspectelor semnalate de asociere în legătură cu contractul și pentru semnarea contractului.

În contextul celor de mai sus, sunt relevante și dispozițiile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 "La soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care *principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public*" și cele ale art. 15 Noul Cod Civil potrivit cărora "niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe".

Vizavi de cererea contestatoarei de declinare a competenței de la completul 9 la completul 3, Consiliul o va respinge dat fiind că, odată cu intrarea în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 77/2012, potrivit art. 264 alin. (3) lit. c¹) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, *membrii Consiliului nu au dreptul de a participa la soluționarea unei contestații dacă în cadrul aceleiași proceduri de atribuire au soluționat o altă contestație*. Or, în condițiile în care membrii completului 3 s-au pronunțat anterior asupra altor contestații formulate în cadrul aceleiași proceduri, aceștia nu mai pot lua parte la soluționarea contestației în analiză.

În soluționarea cauzei, raportat la cererea de a fi prezentate concluzii orale, Consiliul o găsește a fi nejustificată, întrucât conform art. 275 alin. (5) și (6) din ordonanța antemenționată, *"Procedura în fața Consiliului este scrisă, iar părțile vor fi audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de către completul de soluționare a contestației. Părțile pot fi reprezentate de avocați și pot depune concluzii scrise în cursul procedurii. De asemenea, părțile pot solicita să depună concluzii oral în fața Consiliului, fără ca prin aceasta să fie afectate termenele prevăzute la art. 276"*, texte din care rezultă fără echivoc că depunerea de concluzii orale este lăsată la aprecierea Consiliului. Pentru soluționarea cauzei nu se impune primirea de concluzii orale din partea părților, documentele depuse la dosarul cauzei fiind suficiente pentru soluționarea cauzei.

În considerarea celor prezentate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestația formulată de asocierea ... - ... va anula adresa nr. 1555/06.02.2013 și va obliga autoritatea contractantă să clarifice cu asocierea contestatoare termenii în care va încheia contractul, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță, va respinge ca nefondate capetele de cerere referitoare la obligarea autorității

contracte la semnarea contractului în conformitate cu condițiile ofertei asocierii, sub sancțiunea obligării autorității la plata de penalități de întârziere în cuantum de 0,1% din valoarea contractului, având în vedere cele ce preced.

De asemenea, pentru aceleași considerente, va respinge solicitarea de prelungire a termenului de soluționare a contestației.

..... PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...