



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 și +4 021 8900745 www.cnscc.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. 109/23.09.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .../24.09.2015, depusă de SC ..., cu sediul în ..., ..., ..., privind procedura de cerere de oferte online, organizată de ..., cu sediul în ..., str. ...nr. ..., sector ..., pentru atribuirea contractului de *servicii de recrutare a unui expert independent - persoană fizică sau juridică specializată în recrutarea resurselor umane, care va furniza asistență de specialitate pentru ... (consiliul de administrație/comitetul de nominalizare) în implementarea în mod rapid, complet și transparent a prevederilor OUG nr. 109/2011, cod CPV 79600000 – 0 – Servicii de recrutare (Rev. 2)*, contestatoarea a solicitat, în principal, anularea documentației de atribuire și obligarea autorității contractante să comunice prin documentația de atribuire informații privind clauzele obligatorii ale modelului de contract propus, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante să comunice motivele pentru care clauza menționată în art. 12.3. din modelul de contract propus ca parte a documentației de atribuire nu poate fi negociată.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (1) și (5) 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, respinge ca tardivă contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. 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, SC ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, criticând răspunsul autorității contractante nr. 1186/18.09.2015 la solicitarea de clarificări referitoare la clauza aflată la art. 12.3 din modelul de contract de servicii propus ca parte a documentației de atribuire nu poate fi negociată.

Astfel, contestatoarea precizează că, prin caietul de sarcini, parte integrantă a documentației de atribuire, la punctul 7, achizitoarea a specificat faptul că *Fiecare ofertant trebuie să îndeplinească toate cerințele de calificare solicitate de Achizitor prin fișa de date, parte integrantă din documentele de atribuire.*

De asemenea, arată că, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, a solicitat achizitoarei lămuriri cu privire la art. 12.3 din contract, pe care l-a considerat abuziv, solicitând eliminarea acestuia, motivat de faptul că articolul în discuție îndreptățește achizitoarea să denunțe unilateral contractul de servicii în baza unui preaviz de 30 de zile.

Ulterior solicitării de clarificări, contestatoarea a primit adresa nr. 1186/18.09.2015, prin care C... a informat-o că *nu poate renunța la vreo prerogativă conferită de lege într-o procedură de achiziție publică, sens în care menține prevederile art. 12.3 din modelul de contract de servicii.*

SC ... afirmă că a fost nevoită să depună *documentația tehnică împreună cu o propunere de act adițional la modelul de contract de prestări servicii*, prin care a propus modificarea respectivei clauze astfel: *Prin denunțare unilaterală făcută de achizitor înainte de împlinirea termenului, cu un preaviz de 30 de zile și cu obligația plății de către Achizitor a contravalorii serviciilor prestate până la data denunțării*, asumându-și riscul descalificării ofertei ca neconforme.

Totodată, contestatoarea susține că răspunsul achizitoarei încalcă interesele sale legitime, conform prevederilor art. 33 din Ordonanța de urgență a Guvernului, pe care îl citează.

În susținerea celor afirmate sunt citate prevederile art. 15 din Codul civil și prevederile art. 36 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Mai mult, achizitoarea menționează că denunțarea unilaterală este reglementată de codul civil ca fiind o clauză neuzuală, ce trebuie acceptată în mod expres de părți, iar în contextul în care plata serviciilor se face doar după atingerea rezultatului, este evident că denunțarea unilaterală a contractului din partea autorității contractante fără plata serviciilor prestate până la momentul denunțării este abuzivă.

Prin adresele nr. 9801 și 9802/.../.../25.09.2015, Consiliul a pus în discuția părților excepția tardivității depunerii contestației, raportat la prevederile art. 271 alin. (1) coroborat cu art. 256² alin. (1) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și având în vedere că cerința contestată, clauză aflată la art. 12.3 din modelul de contract de servicii, se regăsește în documentația de atribuire, act de care contestatoarea a luat cunoștință la data de ... (data publicării acesteia în SEAP), precum și faptul că, prin răspunsul nr. 1186/18.09.2015 la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a menținut prevederile art. 12.3 din modelul de contract de servicii.

Prin adresa nr. 1224/28.09.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 18616/28.09.2015, achizitoarea a solicitat respingerea ca tardivă a capătului de cerere referitoare la anularea documentației de atribuire și obligarea autorității contractante să comunice prin documentația de atribuire informații privind clauzele obligatorii ale modelului de contract propus.

În susținerea excepției tardivității, autoritatea contractantă arată că a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... la data de ... și documentația de atribuire nr. 206143/07.09.2015, astfel că, raportat la prevederile art. 256² din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, termenul pentru contestarea documentației de atribuire a expirat la data de 15.09.2015.

Prin adresa nr. 110/28.09.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 18666/29.09.2015, contestatoarea a solicitat respingerea ca neîntemeiată a excepției tardivității depunerii contestației.

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

Procedura de atribuire aplicată de C..., în vederea atribuirii contractului de *servicii de recrutare a unui expert independent - persoană fizică sau juridică specializată în recrutarea resurselor umane, care va furniza asistență de specialitate pentru C...(consiliul de administrație/comitetul de nominalizare) în implementarea în mod rapid, complet și transparent a prevederilor OUG nr. 109/2011, cod CPV 79600000 - 0 - Servicii de recrutare (Rev. 2)*, este cererea de oferte online. Conform invitației de participare nr. .../..., publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 22.09.2015, ora 15⁰⁰, iar criteriul de atribuire *prețul cel mai scăzut*.

Ulterior luării la cunoștință de documentația de atribuire și răspunsului la solicitarea de clarificări emis de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, SC ... a depus la Consiliu contestația în analiză.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, în contextul ridicării de către Consiliu a excepției tardivității formulării acesteia, se constată că societatea contestatoare a luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire la data de ..., data publicării în SEAP a acesteia, atașată invitației de participare nr. .../....

Conform dispozițiilor art. 256² alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță ..., reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării, orice dovadă contrară neputând fi primită. Data de ... reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, stabilit în textul art. 256² alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice.

Conform acestui text legal, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), contestația poate fi depusă în cel mult cinci zile de la data luării la cunoștință de către contestatoare de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Față de valoarea estimată a contractului de servicii de 151.667 lei [sub pragul de 130.000 euro, fără TVA, fixat de art. 55 alin. (2) lit. b) invocat mai sus], Consiliul determină că termenul de depunere la Consiliu a contestațiilor privind procedura de atribuire este de cel mult cinci zile începând cu cea următoare datei luării la cunoștință de către contestatoare despre actele apreciate ca nelegale, moment de la care se va calcula termenul de depunere a contestației înregistrate la Consiliu în 24.09.2015. Astfel, socotind termenul conform dispozițiilor procedurale aplicabile [art. 3 lit. z) din ordonanță], se constată că acesta era depășit la data transmiterii prin poștă a contestației (23.09.2014), ultima zi pentru depunerea contestației împotriva documentației de atribuire fiind luni, 14.09.2015.

Purtarea unei corespondențe de clarificare cu autoritatea contractantă și publicarea unui răspuns la clarificări nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic *cunoștea aspectele reclamate din cuprinsul invitației de participare respectiv de la data publicării documentației - ...* - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal clauza în discuție, dacă dorea clarificarea, completarea sau eliminarea ei, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de ordonanță. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest mod, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/ modificări, operatorii economici ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la adresa de clarificări. De altfel, solicitarea de clarificări, nici nu este de clarificare a documentației, ci cuprinde o solicitare de eliminare a unei clauze contractuale.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță Consiliul reține incidența tardivității reclamării cerințelor din documentația de

atribuire, inclusiv sub aspectul comunicării motivelor pentru care clauza criticată nu poate fi negociată, contestația față de acestea urmând a fi respinsă ca atare.

Fiind ținut de excepția tardivității, Consiliul *nu va analiza pe fond criticile formulate cu privire la clauzele contractuale.*

Continuând cu verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației față de adresa de răspuns la clarificări, nr. 1186/ 18.09.2015, publicată în SEAP la data de 18.09.2015 (dată la care se prezumă că autoarea contestației a luat cunoștință de aceasta), Consiliul reține că, prin respectiva clarificare, achizitoarea a precizat următoarele:

Întrebare:

Referitor la punctul 12.3. din Contractul de servicii, nu suntem de acord cu denunțarea unilaterală a contractului făcută de Achizitor posibilitate ce rezultă din interpretarea art. 36 alin. (2) din HG 925/2006 și care dă dreptul ofertantului de a negocia anumite clauze ale contractului de achiziție publică. Sunteți de acord să eliminați această clauză?"

Răspuns întrebare:

Întrucât modelul de contract instituit de Autoritatea contractantă este asimilat, conform prevederilor în materia achizițiilor publice, actului administrativ de gestiune care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice, ... SA nu poate renunța la vreo prerogativă conferită de lege într-o procedură de achiziție publică, sens pentru care mențin prevederile art. 12.3. din modelul de contract de servicii.

Prezentul răspuns la clarificări aduce lămuriri/explicitări/limpeziri necesare la unele prevederi ale documentației de atribuire nr. 206143/ 07.09.2015 și se va comunica de către ... SA cu respectarea dispozițiilor art. 78, alin. (2) și alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Se observă așadar că, prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă nu a adus modificări cerințelor din documentația de atribuire.

Referitor la adresa de clarificări prezintă relevanță normele art. 78 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, conform cărora orice *operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată [...], respectată de autoritatea contractantă.*

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației și, nici atât, obligația autorității contractante de a o modifica după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica documentația după voința operatorului economic. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând

sanționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor cuprinse în documentație.

Criticarea cerințelor din documentație considerate nelegale trebuie efectuată cu respectarea termenelor legale.

În plus față de cele de mai sus, după cum a arătat și societatea contestatoare, 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.*

O solicitare sub aspectul stabilirii conformității/neconformității ofertei contestatoarei din punctul de vedere al propunerilor de modificare a clauzelor contractuale este prematură la momentul pronunțării prezentei decizii, câtă vreme nu există o evaluare a ofertei de către comisia de evaluare a celor invocate. Propunerile de modificare a clauzelor contractuale trebuie cuprinse în propunerea tehnică, aceasta urmând a fi analizată de comisie în cadrul ședințelor de evaluare.

În considerarea celor prezentate, în conformitate cu prevederile art. 278 alin. (1) și (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca tardivă contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

....