

DECIZIE
BO2010_0374
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■ din 02.01.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■ din 04.01.2010, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, CUI ■, împotriva propunerii de contract, elaborat de către ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Mansardare grădinița ■”, s-a solicitat obligarea autorității contractante de a preciza în contract termenul de plată, a penalităților de neplată la termen și să se precizeze dacă scisoarea de garanție induce obligativitatea acordării avansului.
Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În temeiul art. 278 al. 2 și 4 din OUG 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, admite, contestația formulată de SC ■ SRL în contradictoriu cu ■. Obligă autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire în termen de maxim 15 zile de la primirea deciziei Consiliului în sensul completării mențiunii “cu/fără obiecțiuni” cu sintagma “nu se aplică în cazul clauzelor contractuale obligatorii” din solicitarea prevăzută la cap. V.6) din fișa de date a achiziției, și modificarea prevederilor modelului de contract, respectiv să stabilească termene de efectuare a plății, să precizeze care sunt condițiile ce trebuie îndeplinite de către ofertant pentru a primi avansul solicitat, să prevadă penalități egale pentru ambele părți contractante.

Obligă autoritatea contractantă în termen de maxim 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să modifice documentația de atribuire și să comunice tuturor ofertanților interesați la procedura de atribuire, măsurile luate în baza prezentei decizii.

În temeiul art. 278 al. 6 din OUG 34/2006 dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este executorie și obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 1 și 3 din OUG 34/2006.

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 depusă, SC ■ SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de cerere de oferte, organizată de către autoritatea contractantă ■, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Mansardare grădinița ■”, s-a solicitat obligarea autorității contractante de a preciza în contract termenul de plată, a penalităților de neplată la termen și să se precizeze dacă scrisoarea de garanție induce obligativitatea acordării avansului.

Prin adresa nr. ■/05.01.2010, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ■ SRL la CNSC, și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, a copiei dosarului achiziției publice, a punctului de vedere cu privire la contestație și solicitările de clarificări existente în dosarul achiziției publice.

■ a transmis, prin fax, și ulterior prin poștă, punctul său de vedere cu privire la contestație, cu nr. ■ din 07.01.2010, înregistrat la Consiliu cu nr. ■ din 11.01.2010.

În motivarea contestației sale, SC ■ SRL arată că, propunerea de contract conține prevederi neclare.

Cu privire la acestea, susține că la art. 18.1 autoritatea contractantă precizează că plata facturii se va face funcție de alocația bugetară, adică în funcție de realizarea bugetului Primăriei Cluj-Napoca, fără precizarea termenului de plată, și fără posibilitatea „acționării achizitorului” în caz de neplată la termen, termen care nu este stipulat, pe cale de consecință în raport cu prevederile OUG 34/2006, HG 925/2006 și Ordinul 155/2006, solicită precizarea termenului de plată.

Mai arată că, la art. 18.2 se prevede că „achizitorul” are dreptul de a acorda avans, ceea ce nu „induce” și obligația acestuia de acordare, motiv pentru care solicită ca autoritatea contractantă să precizeze clar dacă prezentarea scrisorii de garanție induce obligativitatea acordării avansului.

Contestatorul critică faptul că în contractul cadru sunt stabilite penalități împotriva executantului fără aplicarea unei penalități privind neplata la termen a facturilor precum și pentru depășirea termenului de 5 zile de la verificarea situației de plată, motiv pentru care solicită „în baza prevederilor Ordinului 155/2006”, „înscrierea penalităților de neplată la termen”.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, cele ale HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare și Ordinul 155/2006.

În punctul său de vedere asupra contestației depusă de ■,

autoritatea contractantă precizează următoarele:

În vederea atribuirii contractului având ca obiect „Mansardare grădinița ■” a fost publicată în SEAP invitația de participare nr. ■/■.10.2009, urmând ca deschiderea ofertelor să aibă loc în 21.01.2020, ora 13:00, însă urmare a depunerii contestației de către SC ■ SRL, procedura de atribuire a fost suspendată în SEAP și a fost adus la cunoștința posibililor ofertanți contestația depusă.

În ceea ce privește contestația depusă, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de interes, a inadmisibilității și a prematurității introducerii contestației, deoarece nu sunt îndeplinite prevederile art. 255 din OUG 34/2006, și anume, prin atașarea alături de fișa de date a achiziției a unei propuneri de contract, propunere, în care se specifică, în mod clar, că va fi însușită „cu/fără obiecțiuni” de către ofertant, nu atinge niciun drept al unui posibil ofertant și nici măcar un interes legitim al acestuia.

Autoritatea contractantă arată de asemenea că ofertantul poate să semneze contractul cu obiecțiuni, în care să prevadă perioada de plată, penalități, etc., iar contractul nu se va încheia fără soluționarea acestor divergențe, urmând a se face concesiile de către ambele părți, motiv pentru care apreciază că nu există în mod clar o lezare a dreptului de a participa la procedura de achiziție, singurul motiv pentru care un posibil ofertant ar putea avea un interes de a contesta o documentație de atribuire.

Contestația depusă este considerată de către autoritatea contractantă nefondată pentru o serie de motive, printre care modelul de contract anexat invitației de participare a fost însușit de către contestator în urma participării în cadrul mai multor proceduri de achiziție publică, organizate de autoritatea contractantă, model de contract care este în proporție „covârșitoare” preluat din cadrul CD-ului anexat manualului ANRMAP pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, vol II.

Autoritatea contractantă mai arată că, SC ■ SRL a avut multe probleme în îndeplinirea obligațiilor față de autoritatea contractantă, motiv pentru care i-a fost atribuit calificativul „nesatisfăcător” pentru unele lucrări de reparații curente la unitățile de învățământ, contracte derulate în cursul anului 2009, motiv pentru care „oferta” sa depusă pentru alte proceduri de achiziție publică desfășurate de ■ a fost respinsă.

Se arată de asemenea că, există diferențe între modelul de contract de lucrări propus de ANRMAP și cel utilizat de ■, în privința efectuării plăților și a inexistenței penalităților pentru întârzierea la plată, dar aceste două prevederi sunt strict legate una de cealaltă, neputând exista independent.

Cu privire la clauzele contractuale propuse, acestea nu încalcă legislația privind achizițiile publice și nici legislația de contencios administrativ aplicabilă în situația emiterii unor acte administrative

sau contracte administrative așa cum sunt contractele de achiziție publică, clauze „uzitate” după cum susține și în alte contracte în derulare sau contracte executate deja, fără a exista neîndepliniri ale obligațiilor contractuale din partea vreuneia dintre părți.

Autoritatea contractantă arată de asemenea că, un contract este „legea părților”, prin prevederile acestuia putându-se face precizări, adăugiri sau adnotări care să fie respectate de părți, cu condiția ca acestea să nu fie interzise prin lege, or, prevederile cuprinse în modelul de contract, în opinia sa, sunt permise de lege, reprezentând o condiție simplă potestativă din partea celui care plătește, care în conformitate cu dreptul civil în materie este valabilă și își produce efectele.

Este adăugat de către autoritatea contractantă și faptul că atât în legea finanțelor publice cât și în legislația privind achizițiile publice un contract de achiziție publică nu poate fi încheiat fără existența prevederilor financiare în buget, fapt ce constituie, în opinia sa, încă o certitudine în ceea ce privește efectuarea plății.

Autoritatea contractantă afirmă că termenul „în funcție de alocații bugetare” reprezintă o siguranță și o obligație absolută a beneficiarului unei lucrări de a plăti lucrarea în cauză, după recepția lucrării de către comisia de recepție.

Se precizează de asemenea că trebuie ținut cont și de faptul că beneficiarul lucrează cu buget public, și stabilirea unui termen de plată este dificilă din cauza constrângerilor de ordin procedural al modalității de efectuare a plăților, apreciind că trebuie avut în vedere, în atare situație, interesul public înaintea interesului privat, principiu stabilit de Legea 215/2001, republicată.

În ceea ce privește acordarea avansului, în conformitate cu prevederile HG 264/2003 autoritatea contractantă are dreptul de a acorda avans, însă nu are obligația de a o face, dacă contractul încheiat nu precizează astfel.

Cu privire la scrisoarea de garanție la care se face referire în contestație, autoritatea contractantă susține că bănuiește că aceasta se referă la constituirea garanției de bună execuție solicitată de autoritatea contractantă, menționând că garanția de bună execuție asigură beneficiarul de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului, motiv pentru care apreciază că între acordarea avansului și prezentarea scrisorii de garanție bancară de bună execuție nu există nici o legătură, neputând fi acordate una în schimbul celeilalte.

În probațiune, au fost depuse: referatul nr. ■/30.12.2009, trei note justificative cu același număr de înregistrare, respectiv nr. ■/22.12.2009 privind determinarea valorii estimate, justificarea criteriilor de atribuire și a cerințelor de calificare și cu privire la selectarea procedurii de atribuire, fișa de date a achiziției însoțită de modelul de contract.

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

La ■.12.2009, ■, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Mansardare grădinița ■”, sens în care a publicat, în SEAP, invitația de participare nr. ■.

Conform invitației de participare criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 1.596.663 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, respectiv a modelului de contract, a formulat contestație, în termen, SC ■ SRL

Având în vedere dispozițiile art. 278 al. 1 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează a se pronunța, mai întâi, asupra excepției inadmisibilității contestației, a lipsei de interes și a interesului actual și a prematurității acesteia, invocate de autoritatea contractantă, prin raportare la dispozițiile art. 255 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Examinând excepțiile, Consiliul urmează a le respinge, pentru următoarele considerente:

Din analiza înscrisurilor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, în ceea ce privește excepția prematurității aceasta nu poate fi reținută, având în vedere că prezenta contestație este formulată împotriva documentației de atribuire, drept urmare contestatorul poate formula critici și cu privire la prevederile contractului, prevederi considerate de acesta ca fiind nelegale.

Nu vor fi reținute susținerile autorității contractante cu privire la faptul că prin fișa de date a achiziției, cap. V.6, "Modul de prezentare a ofertei", "Ofertantul va prezenta însușirea modelului de contract prin semnare și parafare cu/fără obiecțiuni", având în vedere că acestea nu pot constitui un argument în sensul respingerii ca premature a contestației, față de criticile "obiecțiunile" legate de prevederile contractului, acestea putând fi formulate și înainte de depunerea ofertei.

În ceea ce privește excepția lipsei interesului și a interesului actual, Consiliul constată că, raportat la dispozițiile art. 255 al. 2 din OUG 34/2006, potrivit cărora „În sensul prevederilor al. 1, prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termen legal a unei cereri privind respectiva procedură de atribuire”, SC ■ SRL are un interes legitim cu privire la procedura de atribuire, prin intenția sa de a participa la procedura în cauză, interes care este actual, procedura aflându-se în desfășurare, motiv pentru care va respinge excepția.

Analizând excepția inadmisibilității introducerii contestației, Consiliul constată raportat la dispozițiile art. 255 din OUG 34/2006, invocate de contestator, atât față de prevederile al. 1 cât și față de prevederile al. 2 și 3 ale acestuia, contestația este admisibilă.

Astfel, față de dispozițiile art. 255 al. 1 din OUG 34/2006, contestatorul este îndreptățit să formuleze contestație împotriva prevederilor din formularul de contract, în măsura în care consideră că prin acestea i s-a produs o vătămare într-un drept al său, respectiv acela de a participa la procedura de atribuire.

De asemenea nu poate fi reținut de către Consiliul, în sensul inadmisibilității contestației, faptul că Ordinul 155/2006, invocat de contestator a fost abrogat, având în vedere că prezenta contestație nu se întemeiază exclusiv în baza acestor prevederi ci și în baza OUG 34/2006 și a HG 925/2006, motiv pentru care și această excepție urmează a fi respinsă.

Pe fondul cauzei, cu privire la critica contestatorului referitoare la lipsa termenului de plată, Consiliul constată că în modelul de contract, la art. 18.1 este prevăzută ca modalitate de plată astfel, "Achizitorul va efectua plata sumelor prevăzute la art. 2.2 către prestator în RON, în funcție de alocațiile bugetare", drept urmare autoritatea contractantă nu stabilește un termen sau termene de plată pentru lucrările executate.

Dealtfel, Consiliul constată că în conținutul modelului de contract nu se regăsesc prevederi din care să rezulte termenul clar în care autoritatea contractantă va face plata pentru lucrările executate.

În acest sens, reține că la art. 2.2 din modelul de contract, este prevăzut faptul că "Achizitorul se obligă să plătească executantului prețul de ___ lei fără TVA, ___ lei cu TVA, durata de realizare ___ luni (maxim 6 luni), din care:", fără însă a preciza în ce termen va face plata pentru lucrarea executată, prezumându-se, prin raportare la prevederile art. 18.1, care prevede că plata se va efectua în funcție de alocațiile bugetare, că plata pentru lucrările executate în cadrul contractului se va face numai în funcție de alocațiile bugetare, fără ca executantul să cunoască data exactă la care urmează să primească prețul.

Consiliul reține de asemenea că, potrivit art. 18.3 al. 3 din modelul de contract, plățile parțiale se efectuează, de regulă, la intervale lunare, fără a se stabili în mod clar data din lună la care se va face plata, la art. 18.4 este prevăzut faptul că plata facturii finale se va face după verificarea și acceptarea situației de plată definitive, fără însă a se preciza termenul în care autoritatea contractantă se obligă să verifice situația de plată definitivă, așa cum a stabilit în cazul situațiilor de plată provizorii, pentru care s-a stabilit un termen de 5 zile.

Condiția potestativă, invocată de autoritatea contractantă, nu poate fi reținută în cazul contractului de achiziție publică, având în

vedere că realizarea acestei condiții, respectiv plata prețului, depinde de un eveniment viitor despre care nu se cunoaște dacă și când se va întâmpla, urmând ca în lipsa alocațiilor bugetare executantul să nu primească prețul, situație în care nu poate stabili data de la care creanța a devenit certă lichidă și exigibilă, să nu poată stabili eventuale penalități de întârziere, etc.

Afirmația autorității contractante din punctul de vedere, potrivit căreia "(...) ofertantul poate să semneze contractul cu obiecțiuni – în care să prevadă perioada de plată, penalități, etc. – iar contractului nu se va încheia fără soluționarea acestor divergențe, urmând a se face concesii de către ambele părți, (...)", nu poate fi reținută de Consiliul având în vedere faptul că prin modificarea prevederilor contractului după data depunerii ofertelor sunt încălcate, în raport cu ofertanții care nu au depus oferte din cauza clauzelor contractuale criticate, principiile transparenței și a tratamentului egal, statuate de art. 2 al. 2 din OUG 34/2006.

Consiliul reține de asemenea că, potrivit dispozițiilor art. 33 al. 2 din OUG 34/2006, documentația de atribuire trebuie să cuprindă, fără a se limita la cele ce urmează, cel puțin: (...) h) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii", or, în speță autoritatea contractantă a depus în cadrul documentației de atribuire model de contract, fără a preciza care sunt clauzele contractuale obligatorii.

În acest sens, Consiliul reține că eventualele modificări ale clauzelor contractuale obligatorii trebuie aduse la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire înainte de depunerea ofertelor, mai mult decât atât, modificarea acestora după deschiderea ofertelor poate crea un avantaj în favoarea unui/unor ofertanți, de exemplu prin stabilirea ulterioară a termenului de plată, termen care era condiționat conform modelului de alocațiile bugetare, condiție în lipsa căreia este posibil să fi fost interesați de participare la procedura de atribuire mai mulți operatori economici.

Mai mult decât atât, Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 33 al. 1 din OUG 34/2006, "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 aplicarea a procedurii de atribuire", dispozițiile legale de care autoritatea contractantă trebuia să țină seama la întocmirea documentației de atribuire, în speță în ceea ce privește prevederile contractului, în sensul precizării în mod clar a termenului de plată, a faptului că se acordă avans sau nu, și nu numai precizarea faptului că autoritatea contractantă are acest drept, fiind astfel nerelevantă o astfel de prevedere în cadrul contractului în măsura în care aceasta din urmă nu dorește să acorde aceste avans, și nu în ultimul rând și sub aspectul penalităților, cu condiția stabilirii unui

termen (unor termene) de plată față de care să se stabilească aceste penalități.

Drept urmare, Consiliul va admite critica ca fiind fondată și va obliga autoritatea contractantă să stabilească termene de efectuare a plății.

Referitor la critica adusă art. 18.2 din modelul de contract, Consiliul constată că, autoritatea contractantă a prevăzut ca "Achizitorul are dreptul de a acorda avans executantului, dacă acesta solicită, numai contra unei scrisori de garanție bancară și a graficului de returnare avansului și numai în limita valorică de 30% din valoarea contractului".

Conform art. 1 din HG 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, autoritatea contractantă are dreptul de a acorda avans executantului lucrărilor, însă, autoritatea contractantă avea obligația de a preciza în mod clar dacă va acorda sau nu acest avans, prevederea de la art. 18.2 din modelul de contract este ambiguă, în sensul că din aceasta rezultă doar faptul că "achizitorul are dreptul de a acorda avans" fără a preciza care sunt condițiile ce trebuie îndeplinite de către ofertant pentru a primi avansul solicitat, critica fiind reținută astfel ca fondată și cu privire la această prevedere.

În ceea ce privește criticile referitoare la faptul că modelul de contract nu prevede aplicarea unei penalități pentru neplata la termen a facturilor, precum și pentru depășirea termenului de 5 zile de verificare a situației de plată, Consiliul constată că la art. 23 "Penalități, daune-interese", autoritatea contractantă a stabilit penalități numai în sarcina executantului, pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate prin contract, încălcând astfel tratamentul egal, raportat la semnării unui contract.

Față de această împrejurare, Consiliul reține că autoritatea contractantă trebuia să prevadă penalități egale pentru ambele părți contractante și nu doar în sarcina uneia dintre părți, deoarece neplata la termen a facturilor acceptate la plată poate influența negativ activitatea executantului contractului de achiziție publică și implicit derularea contractului în cauză, critica SC ■ SRL fiind reținută ca întemeiată.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că, potrivit fișei de date a achiziției, cap. V.6, "Modul de prezentare a ofertei", "Ofertantul va prezenta însușirea modelului de contract prin semnare și parafare cu/fără obiecțiuni".

Față de considerentele reținute mai sus, Consiliul constată că prin menținerea, în fișa de date a achiziției, a solicitării de mai sus, în sensul că ofertanții pot prezenta obiecțiuni la prevederile contractului la data depunerii ofertelor, și prin acceptarea unor eventuale obiecțiuni prin care se modifică prevederile contractului sunt încălcate

scopul și principiile statuate de art. 2 din OUG 34/2006, motiv pentru care va dispune înlăturarea mențiunii "cu/fără obiecțiuni" din solicitarea prevăzută la cap. V.6 din fișa de date a achiziției, această prevedere trebuind să fie limitată la clauzele contractuale neprecizate ca fiind obligatorii.

În baza dispozițiilor art. 278 al. 2 și 4 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată de SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■. Obligă autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire în termen de maxim 15 zile de la primirea deciziei Consiliului în sensul completării mențiunii "cu/fără obiecțiuni" cu sintagma "nu se aplică în cazul clauzelor contractuale obligatorii" din solicitarea prevăzută la cap. V.6) din fișa de date a achiziției, și modificarea prevederilor modelului de contract, respectiv să stabilească termene de efectuare a plății, să precizeze care sunt condițiile ce trebuie îndeplinite de către ofertant pentru a primi avansul solicitat, să prevadă penalități egale pentru ambele părți contractante.

În temeiul dispozițiilor art. 278 al. 6 din ordonanța de urgență aplicabilă, Consiliul dispune continuarea procedurii de atribuire, decizia fiind, conform art. 280 al. 1 și 3 din OUG 34/2006, obligatorie și executorie pentru părți.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU COMPLET,

MEMBRU COMPLET,

Redactată în 3 exemplare originale, conține 9 (nouă) file