



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art.266 alin.2) 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 înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... cu sediul în ... înregistrată la ONRC cu nr. ... și având CUI ... reprezentată legal prin ... - ... împotriva răspunsului la solicitările de clarificări nr. 3, postat în SEAP în data de 04.07.2013, elaborată de către autoritatea contractantă cu sediul în ... județul ... în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin „licitație deschisă”, având drept obiect: „CENTRU DE AFACERI MULTIFUNCȚIONAL LUMINA VERDE”, s-a solicitat anularea condiției privind cash-flow de 4.000.000 lei pentru 4 luni și a clauzelor contractuale privind termenele de plată și penalitățile minime, ce contravin Legii nr. 72/2013.

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... cu sediul în ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă cu sediul în ... județul ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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 CNSC sub nr. ... formulată de ... împotriva răspunsului la solicitările de clarificări nr. 3, postat în SEAP în data de 04.07.2013, elaborată de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin „licitație deschisă”, având drept obiect: „CENTRU DE AFACERI MULTIFUNCȚIONAL LUMINA VERDE”, s-a solicitat anularea condiției privind cash-flow de 4.000.000 lei pentru 4 luni și a clauzelor contractuale privind termenele de plată și penalitățile minime, ce contravin Legii nr. 2013.

În fapt, contestatorul precizează că, în clarificare, se precizează că plata se va face conform punctelor 19.1 și 19.2 din modelul de contract, care contravin art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 care stabilește că termenul de plată este cel târziu la 30 zile de la data primirii facturii sau a oricărei alte asemenea cereri echivalente de plată.

În concluzie, acesta arată că stabilirea unui cash-flow pe o perioadă de timp nu are suport cât timp autoritatea contractantă are obligația de a face plata lunar, iar penalitățile de întârziere pentru neexecutarea lucrărilor cât și pentru neefectuarea plății să fie conform art. 20 din Legea nr. 72/2013, adică nivelul de referință al BNR plus 8 puncte procentuale.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 13446/.../... 10.07.2013, transmiterea dosarului achiziției publice în copie și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Prin adresa nr. 11927/12.07.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 23294/12.07.2013, a transmis punctul de vedere privind contestația formulată de ...

Autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu prevederile art. 184 alin. (1) și art. 185 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și ale Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, are dreptul de a solicita cash-flow.

În ceea ce privește criticile contestatorului cu privire la modelul de contract, autoritatea contractantă consideră că sunt tardive, iar prevederile Legii nr. 72/2013 nu stabilesc facturarea și plata lunare, termenul legal de 30 de zile curgând de la data la care obligația de plată devine exigibilă, acceptând însă o reformulare a acestor clauze contractuale.

Referitor la penalizările de întârziere, autoritatea contractantă arată că solicitarea contestatorului nu poate fi acceptată, deoarece conduce la sancțiuni neechivalente.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin „licitație deschisă” offline, având drept obiect: „CENTRU DE AFACERI MULTIFUNCȚIONAL LUMINA VERDE”, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ... conform căreia valoarea estimată este de 29.608.263,14 lei, fără TVA.

Contestatorul formulează critici cu privire la condiția privind cash-flowul și a punctelor 19.1 și 19.2 din modelul de contract și solicită eliminarea acestora.

Consiliul reține că ... precizează, ca act atacat, adresa nr. 3, postat în SEAP în data de 04.07.2013, prin care s-a răspuns unor solicitări de clarificări cu privire la motivația legală a solicitării la punctul III.2.2. “Capacitatea economică și financiară” a unui cash flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 4 luni, în valoare de 4.000.000 lei, în condițiile în care Legea nr. 72/2013 prevede termenele mai lungi de plată ca fiind clauză abuzivă și nulă de drept, la care autoritatea contractantă a precizat că solicitarea sa este legală și că perioada a fost stabilită în funcție de prevederile art. 19 din modelul de contract.

Având în vedere faptul că, în actul atacat, autoritatea contractantă a răspuns unor întrebări punctuale, nu unor întrebări de ordin general, clarificând, explicit, elementele considerate neconcludente de către cel care a formulat întrebările respective, Consiliul constată că, în realitate, contestatorul formulează critici cu privire la conținutul documentației de atribuire, respectiv modelul de contract.

În acest sens, Consiliul reține că nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege, disp[rând cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție.

Prin urmare, Consiliul va reține faptul că ... a transmis, în data de ... contestația, înregistrată la CNSC sub nr. ...

De asemenea, Consiliul ia în considerare faptul că principala solicitare a contestatorului se referă la documentația de atribuire, act de al cărui conținut a luat la cunoștință în data de 21.06.2013, odată cu publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ...

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă, în invitația de participare, la cap. II.2.1) a estimat că valoarea contractului de achiziție publică în cauză este de 29.608.263,14 lei, fără TVA.

Prin urmare, având în vedere faptul că, în contestația înaintată CNSC spre soluționare, este vorba despre un contract de achiziție publică de lucrări, iar valoarea estimată este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată, Consiliul apreciază că, în cauză sunt incidente prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) din același act normativ, potrivit căruia „persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)”.

De asemenea, art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată, stipulează că „ (...) termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc evenimentul sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului (...)”.

În același sens, Consiliul va reține și prevederile Ordinului ANRMAP nr. 171/2012 cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire.

În susținerea celor de mai sus, sunt și dispozițiile art. 256² alin. (2) din ordonanța de urgență, potrivit căreia, în cazul în care contestația „privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP (...) data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi reținută.

Față de cele precizate și ținând cont că data luării la cunoștință, de către, despre aspectele criticate din conținutul documentației de atribuire, a fost 21.06.2013, iar contestația acestuia a fost depusă la CNSC în data de ... în mod evident, termenul de 10 zile în care contestația putea fi transmisă, a fost depășit, ultima zi a termenului legal fiind data de 02.07.2013; contestatorul neavând dreptul de a se repune în termen prin contestarea răspunsului la clarificări.

În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării prevederilor documentației de atribuire, postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Existența răspunsurilor la clarificări și criticarea acestora nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației în cauză sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiitorul nu dispune, în mod expres, faptul că o solicitare de clarificare făcută în temeiul prevederilor art. 78 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi data răspunsului la solicitările de clarificări, întrucât legiitorul nu dispune, imperativ, că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel, cererea unor clarificări, la care autoritatea contractantă a răspuns, nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

De asemenea, având în vedere prevederile art. 256², raportat la art. 78 din ordonanța de urgență de mai sus, prin criticarea unui răspuns la solicitarea de clarificări, formulată la documentația de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințe impuse de către autoritatea contractantă.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al documentației de atribuire, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiitor.

Consiliul reține, în sarcina autorității contractante, obligația de a publica, în SEAP, modificarea propusă în punctul de vedere, pentru punctele 19.1 și 19.2 din modelul de contract.

Astfel, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (5) și alin. (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 6 (șase) pagini.