



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.cnscl.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 ... cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare bitum, cod CPV 44113610-4, cu data de deschidere a ofertelor 05.06.2013, organizată de ... cu sediul în ... județul ... CUI ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea actului de anulare a procedurii de atribuire și obligarea autorității la semnarea contractului de achiziție publică cu termenul de plată a produselor 60 de zile.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... anulează adresele autorității contractante de comunicare a anulării procedurii de atribuire și obligă autoritatea la continuarea acesteia, cu semnarea contractului de achiziție publică sau cu anularea ei în

conformitate cu dispozițiile legale, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii.

În baza art. 278 alin. (5) din aceeași ordonanță, respinge ca nefondat capătul de cerere de obligare a autorității contractante la semnarea contractului cu un termen de plată de 60 de zile.

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:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... reclamă decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că oferta sa a fost declarată câștigătoare, iar în urma invitației de semnare a contractului, la 09.08.2013 s-a prezentat la sediul autorității și a semnat contractul propus cu observații privind termenul de plată, respectiv ca acesta să fie de 60 de zile, conform Legii nr. 72/2013. La data de 16.09.2013, autoritatea a comunicat că procedura urmează să fie anulată, deoarece prin acceptarea termenului de plată de 60 de zile s-ar încălca prevederile ordonanței de urgență privind achizițiile publice.

Contestatoarea arată că, la întocmirea ofertei sale de preț, a avut în vedere Legea nr. 72/2013, care era în vigoare și obligatorie pentru autoritățile contractante. În condițiile în care legea impune un termen maxim de plată, prin convenția părților nu se poate deroga de la acesta. Obligația cunoașterii și respectării legii aparține tuturor persoanelor, chiar dacă în fișa de date sau în caietul de sarcini era solicitat un termen de plată mai mare de 60 de zile.

Nu se poate vorbi despre încălcarea principiului tratamentului egal în condițiile în care se respectă legea.

Cum ... a semnat contractul de achiziție, rezultă că este posibilă încheierea acestuia, astfel că nu sunt îndeplinite condițiile pentru anularea procedurii în baza art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță.

În punctul său de vedere nr. 7690/24.09.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 32287/25.09.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că întrucât societatea declarată câștigătoare (...) a semnat contractul de furnizare nr. 86/09.08.2013 "cu obiecțiuni la termenul de plată, termenul

conform legii este de 60 zile", i-a răspuns prin adresa nr. 6481/19.08.2013 în sensul neacceptării obiecțiunii.

Întrucât societatea nu a fost de acord cu termenul impus prin documentația de atribuire, s-a luat decizia anulării procedurii de atribuire, autoritatea aflându-se în imposibilitate de a semna un contract în alte condiții decât cele impuse.

Având în vedere că toți operatorii care au depus oferte au fost în aceeași situație, iar toți au acceptat caietul de sarcini, fișa de date și cerințele privind obligațiile contractuale, precum și faptul că ... nu a solicitat nicio clarificare, nu a formulat contestație pentru remedierea documentației de achiziție în scopul conformării ei la Legea nr. 72/2013, în faza de semnare a contractului nu se poate adopta o decizie corectivă.

Autoritatea este singura în măsură să decidă cum își repartizează și cheltuiește fondurile alocate, neputând fi obligată să achiziționeze produse cu plata la 60 de zile, în timp ce contractele de lucrări cu finanțare europeană încheiate cu Primăria Municipiului ... au plata la 120 zile.

Prin acceptarea unui alt termen de plată decât cel inițial declarat s-ar crea un avantaj evident pentru ... în raport cu ceilalți ofertanți, aducându-se atingere principiului tratamentului egal.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării a 1.700 tone de bitum D50/70 (lotul 1) și a 300 tone de bitum D70/100 (lotul 2), estimate valoric la ... lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat patru operatori economici, între care și ... a cărei ofertă pentru ambele loturi a fost declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă, iar societatea ofertantă a fost chemată să semneze contractul de furnizare. Întrucât societatea a semnat contractul cu obiecțiunea că termenul de plată este de 60 de zile, iar nu cel de 120 de zile prevăzut la clauza 16.2, autoritatea a inițiat o corespondență cu ofertanta, punându-i în vedere că nu poate accepta termenul propus de 60 de zile. Deoarece ofertanta nu a renunțat la obiecția sa, autoritatea a luat decizia anulării procedurii de atribuire. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul reține că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care

toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. a), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de societatea ofertantă impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Principiile egalității de tratament și transparenței au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47, Curtea de Justiție a Comunităților Europene).

Depășind această scurtă introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că oferta acesteia a fost declarată câștigătoare, prin raportul procedurii nr. 6194/05.08.2013, raport care nu este contestat în prezenta cauză.

În caietul de sarcini, parte integrantă a documentației de atribuire, autoritatea a prevăzut, la pct. 11, că plata se va realiza cu ordin de plată, la 120 de zile de la data facturii, termen care, astfel, a fost determinat de autoritate și a devenit obligatoriu de respectat atât de către ea, cât și de către ofertanți. În ipoteza în care ... nu ar respecta acest termen, consecința ar consta în respingerea ofertei ca neconformă, fiindu-i incidente dispozițiile art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface cerințele caietului de sarcini) și cele ale art. 81 din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele

neconforme). Întocmirea deficitară a ofertei ar fi imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație este de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor caietului de sarcini.

La acest moment, în discuție nu se poate aduce neconformitatea ofertei ... deoarece contestatoarea nu atacă raportul procedurii nr. 6194/05.08.2013, demers care, de altminteri, ar fi și lipsit de interes pentru ea. Pe de altă parte, este de remarcat că ... nu a contestat anterior termenul de plată stabilit de autoritate în documentație și nici nu a formulat obiecții cu prilejul depunerii ofertei, deși avea această posibilitate în baza art. 36 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Însă, chiar dacă ar fi formulat asemenea obiecții, textul normativ prevede că este considerată neconformă o ofertă 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.

Problema care se pune este dacă termenul de 120 de zile prevalează în aplicare față de termenul maxim de plată fixat de Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante. În această privință, Consiliul subliniază că, indiferent dacă este sau nu legal, termenul de 120 de zile impus de autoritate este un termen obligatoriu pentru toți ofertanții care aspiră la încheierea contractului de achiziție publică. Legalitatea acestui termen de plată se putea judeca doar în cazul contestării lui în perioada de contestare de zece zile de la publicarea în SEAP a documentației de atribuire, iar nu la acest moment. Cu alte cuvinte, Consiliul nu poate verifica în procesul de față dacă termenul de 120 de zile respectă sau încalcă Legea nr. 72/2013, căci este ținut de excepția tardivității contestării lui, care împiedică cercetarea pe fond – art. 278 alin. (1) din ordonanță: *"Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei."*

În condițiile necontestării documentației de atribuire și a depunerii ofertei se consideră că ofertanta a acceptat rigorile documentației, pe care, ca atare, trebuie să le respecte, indiferent dacă sunt sau nu legale. După cum judicios a remarcat și autoritatea contractantă, nimic nu a împiedicat-o pe ... să invoce aplicarea termenului din Legea nr. 72/2013 fie în etapa preofertare, fie prin includerea în propria ofertă a unei rezerve față de cele 120 de zile impuse de autoritate. Potrivit definiției date de ordonanță,

oferta reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică, iar dacă ea nu cuprinde rezerve, se prezumă că actul juridic al ofertantei este de a se angaja în relația contractuală în condițiile impuse de autoritate.

Necontestarea documentației în termenul legal și participarea cu ofertă la procedură echivalează cu acceptarea conținutului documentației s-a afirmat constant și de instanțele de judecată – în acest sens sunt relevante decizia civilă nr. 2667 din 17 noiembrie 2008 a Curții de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, și decizia civilă nr. 1457 din 27 iunie 2011 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal.

Într-o atare situație, oferta ... fiind declarată câștigătoare, autoarea ei era obligată să semneze contractul de achiziție publică cu ... în condițiile date și pe baza cărora a fost declarată câștigătoare, respectiv cu termenul de plată impus, de 120 de zile, nu cu alt termen. În caz contrar, devin incidente următoarele dispoziții din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

a) art. 87 alin. (1): Autoritatea contractantă are dreptul de a reține garanția pentru participare, ofertantul pierzând astfel suma constituită, atunci când acesta din urmă se află în oricare dintre următoarele situații: [...] c) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei;

b) art. 97 ind. 1: (6) Refuzul ofertantului declarat câștigător de a semna contractul/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 181 lit. c ind. 1) din ordonanța de urgență. Documentele constatatoare se emit în acest caz în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia.

Obiecțiile pe care orice ofertant declarat câștigător le aduce pe marginea contractului prestabilit de autoritate, cum este și cea formulată de ... au valoare de refuz din partea acestuia de a semna contractul în forma obligatorie dată de autoritate, situație în care ofertantul riscă să piardă garanția de participare la licitație și, mai mult, să fie respins de la orice procedură de achiziție publică în următorii doi ani, în baza art. 181 lit. c ind. 1) din ordonanță.

Drept urmare, ... nu avea niciun temei să refuze semnarea contractului ce cuprindea termenul de plată de 120 de zile, pe care și l-a asumat implicit prin depunerea ofertei pe baza documentației primite de la autoritatea contractantă. După cum s-a menționat, obiecțiunea pe care a ridicat-o pe ultima filă a contractului are semnificația unui refuz de a semna contractul în condițiile prestabilite de autoritate și acceptate implicit prin depunerea fără rezerve a ofertei.

Cu toate acestea, contestația se vădește a fi întemeiată față de măsura anulării procedurii luată de autoritatea contractantă în temeiul art. 209 din ordonanță, pentru imposibilitatea încheierii contractului. Acesta poate fi semnat de autoritate cu ... cu termenul de plată prestabilit, de 120 de zile, făcând abstracție de obiecțiunea inoportună și contrară documentației de licitație din partea reprezentantului Obiecția unilaterală nu creează nicio obligație pentru ... câtă vreme nu este însușită de aceasta, ceea ce înseamnă că ... nu era ținută să efectueze plățile către furnizor la termenul propus de acesta, ci la termenul de 120 de zile pe care și l-a asumat în contract.

Mai mult, ca dovadă că încheierea contractului nu este imposibilă, prin înscrisul nr. 183/..., ... a informat Consiliul că, în situația în care se va stabili că Legea nr. 72/2013 nu se aplică în speță, va semna contractul fără obiecțiuni.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod eronat autoritatea a apreciat că se află în imposibilitatea încheierii contractului, motiv pentru care, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, va admite în parte contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... va anula adresele autorității de comunicare a anulării procedurii de atribuire și va obliga autoritatea contractantă la continuarea acesteia cu semnarea contractului sau cu anularea ei în conformitate cu dispozițiile legale.

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...