

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /, ...
Data:

Pe rolul CNSC au fost înregistrate, sub nr. / și nr. /, contestațiile formulate de SC SA și SC SRL, cu privire la „procedură simplificată online – într-o singură etapă”, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având drept obiect: „.....”, cod CPV:, organizată de autoritatea contractantă, cu sediul în, ...

Prin contestația nr. / 16.07....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SA, cu sediul în, ..., ..., având CUI:, înregistrată la ORC sub nr., împotriva documentație de atribuire, incluzând toate clarificările emise de către autoritatea contractantă, până la data redactării prezentei contestații și răspunsul nr. 14067/ 15.07....., la notificarea nr. 13786/....., s-a solicitat: „.....”.

Prin contestația nr. EM 160722033178/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, ..., ..., având CUI:, înregistrată la ORC sub nr., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „.....”.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/....., cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. / și nr. /, au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr./16.07....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., formulată de SC SA, împotriva documentație de atribuire, incluzând toate clarificările emise de către autoritatea contractantă, până la data redactării prezentei contestații și răspunsul nr. 14067/15.07....., la notificarea nr. 13786/....., s-a solicitat: „.....”.

În fapt, contestatorul precizează următoarele aspecte cu privire la prezenta procedură de atribuire:

- la cap. II.1.5 din fișa de date a achiziției - *„Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor”*, se menționează: *„Valoarea minimă estimată (1.758.021,00 lei) reprezintă valoarea estimată a prezentei proceduri, în funcție de care se vor elabora și evalua ofertele, iar valoarea maximă (2.101.504,80 lei) include și eventualele suplimentări (...). Valoarea reprezentând cheltuieli diverse și neprevăzute, conform deviz general, este în procent de 2,3%, echivalentul sumei de 40.602,00 lei fără TVA care vor fi evidențiate distinct în formularul de oferta (...)”*;
- la cap. IV.4.2 din fișa de date a achiziției – Modul de prezentare a propunerii financiare, se menționează: *„Atenție!!! La modul de întocmire al propunerii financiare operatorul economic trebuie să aibă în vedere ca potrivit art. 5.3. lit. a) din HG nr. 28/2008 aplicarea procentului de diverse și neprevăzute, se va face la valoarea propunerii financiare constituită/depusă (fără diverse și neprevăzute și fără organizare de șantier); Propunerea financiară va fi elaborată prin completarea formularului de ofertă (Formular 11 și anexa) care reprezintă elementul principal al propunerii financiare. Propunerea financiară va fi făcută în lei. Prețul unitar din oferta va fi exprimat în lei fără TVA din max. 2 zecimale. Ofertantul va include în propunerea financiară toate costurile legate de procurarea, transportul, depozitarea și punerea în opera a materialelor și echipamentelor necesare funcționării obiectului contractului, conform cerințelor impuse prin caietul de sarcini, astfel niciun fel de cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de astfel de motive, nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante. Ofertantul va cuprinde ca element constitutiv și distinct valoarea rezultată în urma aplicării procentului de diverse și neprevăzute (2.3%) la val. propunerii financiare constituite / depuse (fără diverse și neprevăzute și fără organizarea de șantier)”; „Propunerea financiară detaliată pe obiecte se va prezenta sub forma de devize analitice având la baza listele de cantități de lucrări și listă utilaje, aferente categoriilor de lucrări ofertându-se inclusiv organizarea de șantier. Prezentarea propunerii tehnice și financiare se face conform fișei de date a achiziției. Nu se acceptă depunerea de oferte alternative”*;

- prin notificarea nr. DPM 620 din 11.07....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 13786/....., SC SA a solicitat autorității contractante să comunice în cuprinsul descrierii succinte a contractului, valorile cuprinse în devizul general care compun valoarea estimată a achiziției pe categorii de cheltuieli în conformitate cu dispozițiile legale invocate chiar de autoritatea contractantă în documentația de atribuire și anume HG nr. 28/2008, adică inclusiv valoarea organizării de șantier prevăzută de dispozițiile Cap. 5 Alte cheltuieli Secțiunea 5.1. din acest act normativ; solicitarea a fost justificată de obligația prevăzută în sarcina ofertanților în documentația de atribuire de a prezenta propunerea financiară, detaliat pe obiecte, sub formă de devize analitice având la baza listele de cantități de lucrări și lista utilaje, aferente categoriilor de lucrări, ofertându-se inclusiv organizarea de șantier (cap. IV.4.2 teza finală din Fișa de date);
- din analiza documentației de atribuire și a răspunsului la notificare având nr. 14067/15.07....., rezultă în mod cert următoarele: Valoarea totală minimă estimată cuprinde exclusiv: valoarea lucrărilor, valoarea utilajelor și cheltuielile diverse și neprevăzute în procent de 2,3% (40602.00 lei fără TVA);
- în acest sens, rezultă că din valoarea minimă estimată a achiziției (VME) de 1.758.021 lei, fără valoarea cheltuielilor „*diverse și neprevăzute*” (CDN) de 2,3% (39.525,39 lei, iar nu 40.602 lei, cum în mod greșit este menționată valoarea în cuprinsul fișei de date), rezultă suma de 1.718.495,60 lei, sumă care reprezintă, conform răspunsului, valoarea lucrărilor și a utilajelor (VLU) prevăzute la cap. 4 din HG nr. 28/2008, situație în care, valoarea organizării de șantier (prevăzută distinct la cap. 5 din HG nr. 28/2008, așadar, fără a exista posibilitatea de a fi inclusă în valoarea lucrărilor și a utilajelor prevăzute la cap. 4 – cheltuieli pentru investiția de bază), este în mod obligatoriu de 0 lei; astfel VME - 1.758.021 lei compusă exclusiv din: VLU -1.718.495,60 lei și CDN-39.525,39 lei; OS - 0 lei;
- ori, ca urmare a refuzului autorității contractante de a detalia compunerea pe categorii de cheltuieli, raportat în mod direct la calculul greșit al valorii cheltuielilor diverse și neprevăzute coroborat cu indicarea explicită în documentația de atribuire și în răspuns, că valoarea totală minimă estimată nu cuprinde și valoarea organizării de șantier, deși ofertanții trebuie, conform legii și documentației de atribuire (inclusiv conform conținutului formularelor atașate fișei de date), să cuprindă în propunerea tehnică și financiară și organizarea de șantier, pentru o corectă ofertare societatea este obligată să cuprindă organizarea de șantier cu valoare 0 (zero), situație care poate conduce la descalificarea nejustificată a ofertanților pentru neîndeplinirea cerințelor cuprinse în documentația de atribuire (de a menționa valoarea reală a

cheltuielilor cu organizarea de șantier) și mai ales la imposibilitatea decontării ulterioare a acestei categorii de cheltuieli și care este în contradicție evidentă cu dispozițiile legale cuprinse în Anexa nr. 4 a HG nr. 28/2008, art. 1 lit. a) pct. 4 din Instrucțiunile din 2 iulie 2008 de aplicare a unor prevederi din HG nr. 28/2008, privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, precum și cu prevederile art. 2 din Legea nr. 98/.....

Față de argumentele mai sus menționate, contestatorul apreciază că se impune obligarea autorității contractate să remedieze documentația de atribuire, în sensul identificării corecte a valorii minime estimate prin raportare la compunerea acesteia (în considerarea și cu respectarea în totalitate a legislației aplicabile – HG nr. 28/2008) astfel încât să se permită în mod efectiv ofertanților să prezinte oferte financiare corecte și complete din punct de vedere legal. În subsidiar, în măsura în care remediarea documentației de atribuire va fi considerată de Consiliu ca imposibil de realizat și, pe cale de consecință, va fi respinsă, contestatorul solicită anularea documentației de atribuire și, pe cale de consecință, a procedurii de atribuire a acesteia pentru abateri grave de la prevederile legislative care reglementează procedurile de achiziție publică.

Prin contestația nr. EM 160722033178/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: „.....”

Contestatorul susține că în cuprinsul documentației de atribuire s-a prevăzut dotarea Compartimentului de Sterilizare al spitalului cu următorul produs - sterilizator cu abur și formaldehidă; în data de 08.07....., a fost depusă în SEAP solicitarea de clarificări cu privire la acceptarea de soluții alternative, în sensul de a se prezenta două echipamente distincte, sterilizator cu abur și sterilizator cu formaldehidă, putându-se realiza cicluri de sterilizare simultan, conferind totodată o soluție de rezervă în cazul defectării unuia dintre cele două echipamente. În acest sens, autoritatea contractantă publică în SEAP răspunsul nr. 13.681/11.07/....., prin care aduce la cunoștința operatorilor economici interesați faptul că „Nu se acceptă soluții alternative ce prezintă două echipamente distincte, sterilizator cu abur și sterilizator cu formaldehidă, în conformitate cu fișa de date, secțiunea 11.1.9”. Prin detaliile solicitate de autoritatea contractantă în fișa tehnică FT 3S - Sterilizator cu abur și formaldehidă la joasă temperatură de 460 L, se restrânge artificial participarea altor furnizori la aceste proceduri, singurul care va putea depune oferta comună fiind producătorul acestui echipament.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită eliminarea acestei fișei tehnice (echipament) sau înlocuirea acestora cu altele, care să se concentreze pe rezultatul final, în speță, sterilizarea produsului, și mai puțin pe detaliile constructive, atât de detaliate ale aparatului. În opinia contestatorului, au fost încălcate prevederile art. 49 și art. 50 din Legea nr. 98/.....

Întrucât în SEAP, autoritatea contractantă a continuat să respingă orice altă soluție tehnică legată de modificarea/remedierea acestei specificații tehnice, contestatorul precizează că a depus o Notificare prealabilă, în data de 15.07....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 14141/18.07....., autoritatea contractantă transmitând răspunsul nr. 14315/....., prin care comunică următoarele: „ 1. Capacitățile pentru sterilizare nu sunt restrictive, ci reprezintă valori minime. 2. Se acceptă variante de sterilizatoare care îndeplinesc simultan condițiile: a) sterilizatorul de min. 460 L va fi cu abur și formaldehidă (dual), b) sterilizatorul de min. 280 L din fișă, va fi cel puțin cu abur.”

Raportat la afirmațiile autorității contractante, contestatorul invocă dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/....., considerând totodată, faptul că autoritatea contractantă încalcă și dispozițiile art. 156 alin. (2) din același act normativ.

În vederea soluționării contestațiilor în cauză, prin adresa nr. 22460/.....-...../....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției publice în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 18, art. 20 din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/....., precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei, sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat. De asemenea, în situația în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23873/04.08....., autoritatea contractantă transmite documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestațiile în cauză.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SA, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23877/ 04.08....., autoritatea contractantă formulează următorul punct de vedere:

- în valoarea totală minim estimată, așa cum rezultă și din fișa de date, sunt incluse următoarele: valoarea lucrărilor, valoarea utilajelor ce trebuie furnizate, procentul de 2,3% ce reprezintă cheltuieli diverse și neprevăzute, conform HG nr. 28/2008 (răspuns notificare prealabilă);
- explicația autorității contractante cuprinsă la cap. IV.4.2 din fișa de date a achiziției, cu privire la modul de întocmire a propunerii financiare, nu se contrazice, așa cum susține contestatorul, cu

explicația data în cuprinsul aceluiași articol, deoarece sintagma este: *„Atenție!!! La modul de întocmire al propunerii financiare operatorul economic trebuie să aibă în vedere că potrivit art.5.3. lit. a) din HG nr.28/2008, aplicarea procentului de diverse și neprevăzute se va face la valoarea propunerii financiare constituită/depusă (fără diverse și neprevăzute și fără organizare de șantier)”*; așadar, aici s-a avut în vedere modul de calcul al procentului de diverse și neprevăzute, iar în sintagma *„Propunerea financiară detaliată pe obiecte se va prezenta sub forma de devize analitice având la bază listele de cantități de lucrări și lista utilaje, aferente categoriilor de lucrări ofertându-se inclusiv organizarea de șantier”*, autoritatea contractantă a explicat modul de întocmire a ofertei financiare finale, în care sunt incluse toate elementele ce trebuie oferite;

- de asemenea, în mod eronat, contestatorul susține că în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă, s-ar fi menționat faptul că valoarea minimă estimată cuprinde exclusiv valoarea lucrărilor, valoarea utilajelor și cheltuielile diverse și neprevăzute;
- astfel, la modul de calcul a valorii minime estimate, s-au respectat prevederile HG nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, mai exact: *„Cap. 4 din HG nr. 28/2008 - „Cheltuieli pentru investiția de bază, subcapitol 4.6. la total și total general din devizul general, se precizează partea de cheltuieli care reprezintă construcții-montaj (C+M). Lucrările de construcții montaj, sunt cele prevăzute la capitolele/subcapitolele: 1.2., 1.3., 2, 4.1, 4.2 și 5.1.1 din devizul general”*;
- conform dispozițiilor art. 16 din Legea nr. 98/....., valoarea totală estimată reprezintă suma costurilor lucrărilor, iar costul lucrărilor din care rezultă valoarea estimată este constituit din: construcții + montaj + utilaje + diverse și neprevăzute (conform deviz general elaborat de proiectant). În ceea ce privește calculul cheltuielilor diverse și neprevăzute, conform art. 5.3 lit. a) din HG nr. 98/2008, estimarea se va face procentual din valoarea cheltuielilor prevăzute la capitolele / subcapitolele 1.2, 1.3, 2, 3 și 4 ale devizului general, în funcție de natura și complexitatea lucrărilor;
- în cuprinsul contestației, în mod eronat se susține faptul că *„urmare a unui calcul matematic simplu, rezultă că din valoarea minimă estimată a achiziției (VME) de 1.758.021 lei, fără valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute de 2,3%”,* valoarea de 40.602 lei (CDN) ar fi greșită, deoarece, tot printr-un calcul matematic simplu, realizat în acord cu prevederile din cuprinsul HG nr.

28/2008 menționate mai sus, suma de 40.602 lei, reprezintă întocmai procentul de 2,3%;

- valoarea organizării de șantier este inclusă în valoarea totală minimă estimată, deoarece este cuprinsă în calculul C+M;
- de asemenea, în notificarea prealabilă se solicită doar explicații și valori cu privire la elementele constitutive ale valorii minime estimate, pe categorii așa cum apar în devizul general, iar în contestația de față, se solicită anularea procedurii pentru abateri grave de la prevederile legislative, mai exact pentru erori în modul de calcul al elementelor ce compun valoarea minimă estimată.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SRL, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23875/04.08....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere, solicitând, pe cale de excepție, respingerea ca inadmisibilă a contestației, din următoarele considerente:

- în conformitate cu dispozițiile art. 6, alin. (1), lit. b), sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, ofertantul avea obligația de a notifica autoritatea contractantă în termen de 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință, despre actul considerat nelegal;
- în speța de față, ofertantul contestă specificații tehnice prevăzute în caietul de sarcini, publicat în data de, formulând notificare prealabilă în data de 15.07....., ora 18:43, aceasta fiind înregistrată luni, pe data de 18.07....., sub nr. 14141.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 24380/....., autoritatea contractantă depune dovada transiterii și atașării în SEAP, de către SC SRL a notificării prealabile, din care rezultă că aceasta a fost transmisă astfel:

- în data de 11.07....., ora 19:28, notificarea prealabilă a fost postată în SEAP;
- în data de 11.07....., ora 19:33:16, notificarea prealabilă a fost transmisă prin fax, către autoritatea contractantă, la numărul: 0332.410.774.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat „procedură simplificată” online – într-o singură etapă, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având drept obiect: „.....”, cod CPV:, documentația de atribuire fiind publicată în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat nr., în data de

Conform cap. II.2.1) din anunțul de participare simplificat mai sus menționat, valoarea estimată fără TVA este cuprinsă între: 1.758.021 – 2.101.504,8 lei fără TVA.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/....., Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției inadmisibilității contestației formulată de SC SRL,

invocată de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat.

La data de 15.07..... (după cca. 9 de zile de la postarea documentației de atribuire în SEAP), contestatorul a formulat notificarea nr. EM 160715013166, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 14141/18.07....., prin care solicita printre altele: „acceptarea de soluții alternative, prin reprezentarea a două echipamente distincte, sterilizator cu abur și respectiv sterilizator cu formaldehidă; concentrarea pe rezultatul final (în speță, sterilizarea produsului) și mai puțin pe modul foarte detaliat al modului în care se face acest lucru”.

La data de, autoritatea a formulat adresa nr. 14315/....., în care se menționează următoarele: „capacitățile pentru sterilizatoare nu sunt restrictive ci reprezintă valori minimale; se acceptă variante de sterilizatoare care îndeplinesc simultan condițiile: sterilizatorul de min. 460 l va fi cu abur și formaldehidă (dual), sterilizatorul de min. 280 l din fișa, va fi cel puțin cu abur.”

Ca urmare a acestui răspuns, contestatorul, la data de depune, în original, contestația nr. EM 160722033178/..... înregistrată la CNSC sub nr./....., prin care acesta solicită modificarea documentației de atribuire.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele tehnice criticate, încă de la data de

Conform art. 6, alin. (3) din Legea nr. 101/....., „în cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”, în speță, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre conținutul documentației la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

În speță, contestatorul stă în pasivitate cca. 9 zile iar, ulterior, alege să formuleze notificarea prealabilă, în data de 15.07....., ignorând cu desăvârșire dispozițiile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/..... care prevede în mod expres și imperativ faptul că „în cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/..... pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1), (3) și (10) din Legea nr. 101/..... rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatorul fiind ținut

ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-juridictională în fața CNSC, să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 5 zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate deoarece, dacă nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate, de notificare prealabilă a autorității contractante în termenul legal și de așteptare a răspunsului la acesta, transmis de către autoritatea contractantă, Consiliul va respinge contestația pe calea excepției, fără să cerceteze pe fond motivele acesteia.

Prin urmare, notificarea prealabilă a autorității contractante într-un anumit termen constituie o condiție de admisibilitate pentru sesizarea Consiliului, dovada depunerii acesteia la autoritatea contractantă trebuind să fie atașată la contestație împreună cu copia răspunsului autorității contractante, dacă acesta există.

În cazul în care Consiliul investit cu o contestație, constată neîndeplinirea obligației stabilită în sarcina sa, de a notifica prealabil autoritatea contractantă în termenul legal, va respinge contestația ca inadmisibilă potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Având în vedere faptul că SC SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr./....., notificarea autorității contractante fiind formulată la data de 15.07..... prin care solicită „acceptarea de soluții alternative, prin reprezentarea a două echipamente distincte, sterilizator cu abur și respectiv sterilizator cu formaldehidă; concentrarea pe rezultatul final (în speță, sterilizarea produsului) și mai puțin pe modul foarte detaliat al modului în care se face acest lucru”, solicitări aferente documentației de atribuire care a fost publicată la data de (anterior formulării notificării cu cca. 9 zile), Consiliul constată că acesta nu a respectat termenul legal de 5 zile de formulare a notificării prealabile care privește conținutul documentației de atribuire, termen care începe să curgă de la data publicării acesteia în SEAP.

Având în vedere data depunerii contestației, respectiv data de și data publicării Legii nr. 101/....., Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*” potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;
- principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul legii nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația notificării prealabile a autorității contractante.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, notificarea prealabilă a autorității contractante a fost transmisă de către SC SRL, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 alin. (3) din

Legea nr. 101/..... coroborat cu prevederile art. 5 alin. (1) din același act normativ.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (documentul înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13966/.....), prin care un operator economic interesat a solicitat modificarea specificațiilor tehnice aferente celor două sterilizatoare, modificări ce nu au fost acceptate de autoritatea contractantă, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva lor sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune faptul că o solicitare de clarificări, respectiv adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 13966/..... sau răspunsul la o solicitare de clarificări (în speță adresele nr. 13681/11.07..... și nr. 14069/15.07....., emise de autoritatea contractantă, reprezentând răspunsul la clarificările solicitate de alți operatori economici), întrerupe termenul de depunere a notificării prealabile, potrivit principiului de drept principiul „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că CNSC nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul persoanei care se consideră vătămată de a notifica prealabil autoritatea contractantă, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a notificării prealabile privind conținutul documentației. Astfel, solicitarea unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula notificare prealabilă cu privire la documentația de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 6 din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 236 alin. (1) din Legea nr. 98/....., prin cererea de clarificare nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei notificări prealabile și ulterior a unei contestații cu privire la documentații de atribuire considerate de contestator incomplete, incorecte, nelegale.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare și ulterior de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate cu privire la documentația de atribuire încă de la data publicării ei - - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea completarea/modificarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest

fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei clarificări formulate ea însăși la distanță de 8 zile de la cunoașterea cerințelor din documentație de atribuire, operatorul economic ar putea să notifice și ulterior să conteste faptul că documentația de atribuire este incompletă/incorrectă/nelegală, invocând curgerea termenului de la răspunsul autorității contractante.

Așadar, raportat la normele art. 6 alin. (3) din ordonanță, este incidentă tardivitatea notificării prealabile a autorității contractante cu privire la conținutul documentației de atribuire.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse sau prin punerea la dispoziție a unor informații incomplete, însă, dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivei documentații de atribuire, operatorul economic trebuia să efectueze demersurile premergătoare contestării înainte de expirarea termenelor legale, iar nu să aștepte împlinirea lor.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 6 alin. (1), (3) și alin. (10) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC SRL, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SA, Consiliul va reține că, ulterior publicării în SEAP a anunțului de participare simplificat, acest operator economic a transmis autorității contractante înscrisul „notificare prealabilă” nr. DPM 620/11.07....., înregistrat la sediul autorității contractante sub nr. 13786/....., prin care a solicitat acesteia, printre altele „să precizați în mod expres din ce este alcătuită valoarea minimă estimată și ce valori din fiecare categorie prezentată în devizul general, inclusiv organizarea de șantier. De asemenea, vă solicităm să precizați cum este calculată valoarea reprezentând cheltuieli diverse și neprevăzute”.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a răspuns la notificarea SC SA prin adresa nr. 14067/15.07....., potrivit căreia „în valoarea totală minim estimată, așa cum rezultă și din fișa de date, sunt incluse următoarele: valoarea lucrărilor, valoarea utilajelor ce trebuie furnizate, procentul de 2,3% ce reprezintă cheltuieli diverse și neprevăzute, conform HG nr. 28/2008. Susținerea dumneavoastră cu privire la „nu rezultă în mod explicit din ce este alcătuită valoarea minim estimată, valorile categoriilor astfel cum sunt ele prezentate în devizul general (...)” nu este întemeiată, întrucât evaluarea financiară se va face la valoarea totală estimată și nu pe categorii de produse”; ulterior, SC SA a formulat contestația dedusă soluționării, susținând că „se impune obligarea autorității contractante să remedieze documentația de atribuire în sensul identificării corecte a valorii minime estimate prin raportare la compunerea acesteia”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația analizând modalitatea în care a determinat autoritatea contractantă valoarea estimată, luând în considerare prevederile legislației incidente din domeniul achizițiilor publice și susținerile părților.

Potrivit prevederilor secțiunii II.2.1) din anunțul de participare simplificat, valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură de atribuire este: „1.758.021 – 2.101.504,8 ron”.

Totodată, Consiliul va reține că, la secțiunea II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat:

„Modernizare compartiment central de sterilizare - contract multianual. Valoarea minimă estimată (1.758.021,00 lei) reprezintă valoarea estimată a prezentei proceduri, în funcție de care se vor elabora și evalua ofertele, iar valoarea maximă (2.101.504,80 lei) include și eventualele suplimentări.

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a achiziționa noi lucrări similare, prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în conformitate cu prevederile art. 104 alin. (8) din Legea nr. 98/....., valoarea totală estimată a contractului poate ajunge până la 2.101.504,80 lei fără TVA care va fi și valoarea maximă estimată a intervalului.

Valoare reprezentând cheltuieli diverse și neprevăzute, conform deviz general, este în procent de 2,3%, echivalentul sumei de 40.602,00 lei fără TVA care vor fi evidențiate distinct în formularul de ofertă.

Achiziționarea de lucrări similare conf. art. 104 alin. (8) din Legea nr. 98/..... va face obiectul unei alte proceduri distincte de negociere fără publicarea a unui anunț de participare.

Eventualele lucrări suplimentare se vor face conform cu art. 104 alin. (8) din Legea nr. 98/..... și art. 221 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/.....”.

Având a verifica corectitudinea calculului valorii estimate, Consiliul va reține că, la paginile 74 – 84 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, se află înscrisul „strategia de contractare” nr. 13348/05.07....., potrivit căruia „s-a estimat costul investiției la o valoare 1.758.021,00 lei fără TVA, din care quantum cheltuieli diverse și neprevăzute: 2,3% în valoare de 40.602,00 lei, conform deviz (...)

Valoare estimată contract este 1.758.021,00 lei fără TVA, din care:

- *C+M cu suma de 352.060,00 lei fără TVA (conform deviz) format din:*
 - o *Modernizare compartiment central de sterilizare în valoare de 348.574,00 lei fără TVA și*
 - o *Organizare de șantier în suma de 3.486,00 lei fără TVA*
- *Utilaje, echipamente tehnologice și funcționale cu suma de 1.365.359,00 lei fără TVA;*
- *Dotari în suma de 0,00 lei fără TVA;*

- *Cheltuieli diverse și neprevăzute cu suma de 40.602,00 lei fără TVA (în procent de 2,3%)”.*

Totodată, Consiliul va reține că, în devizul general aflat la pagina 14 din dosarul achiziției, sunt evidențiate următoarele costuri aferente prezentei investiții:

- cheltuieli pentru investiția de bază (capitolul 4) în valoare de 1.713.933 lei, fiind formate din „*construcții și instalații*” (capitolul 4.1) în valoare de 348.574 lei și „*utilaje, echipamente tehnologice și funcționale cu montaj*” (capitolul 4.3) în valoare de 1.365.359 lei;
- alte cheltuieli (capitolul 5) în valoare de 52.453 lei, din care „*organizare de șantier*” (capitolul 5.1) în valoare de 3.486 lei și „*cheltuieli diverse și neprevăzute*” (capitolul 5.3) în valoare de 40.602 lei.

Ori, întrucât totalul cheltuielilor prevăzute în devizul general la capitolele 4 și 5 sunt în cuantum de $348.574 + 1.365.359 + 3.486 + 40.602 = 1.758.021$ lei, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a calculat în mod corect limita inferioară a valorii estimate (fără opțiunea de achiziționare de lucrări similare conform art. 104 alin. (8) din Legea nr. 98/.....), comunicată potențialilor ofertanți la secțiunea II.2.1) din anunțul de participare simplificat.

Mai mult, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a precizat, în mod corect, la secțiunea II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, din fișa de date a achiziției că „*Valoarea reprezentând cheltuieli diverse și neprevăzute, conform deviz general, este în procent de 2,3%, echivalentul sumei de 40.602,00 lei fără TVA care vor fi evidențiate distinct în formularul de ofertă*”, deoarece calculul aferent este $40.602 \times 100 / 1.758.021 = 2,3 \%$.

Faptul că autoritatea contractantă nu a comunicat potențialilor ofertanți valoarea estimată a lucrărilor de organizare de șantier nu este de natură a restrânge participarea la procedura de atribuire deoarece, publicând centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv, în structura căruia se regăsește această categorie de lucrări (pagina 308 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), aceasta a pus în sarcina ofertanților obligația de a calcula valoarea organizării de șantier prin cuantificarea cheltuielilor necesare în vederea creării condițiilor de desfășurare a activității de construcții montaj, în raport de obiectul, natura și amplasamentul obiectivului, precum și de echipamentele de care dispun (vestiare pentru muncitori, grupuri sanitare, rampe de spălare auto, depozite pentru materiale etc), și nu prin raportare la estimarea acestei activități, de către proiectant, în devizul general.

Mai mult, Consiliul va reține că legislația incidentă din domeniul achizițiilor publice nu prevede în sarcina autorităților contractante obligația de a comunica, în SEAP sau în fișa de date a achiziției, structura valorii estimate, defalcată pe capitolele din devizul general.

Scopul stabilirii valorii estimative a achiziției este de a cunoaște care este suma ce urmează a fi disponibilizată prin raportare la cerințele de calitate și necesitățile autorității contractante și de a servi autorității contractante drept barometru valoric în procesul de evaluare a ofertelor depuse; pe de altă parte, ofertanții au obligația de a elabora oferte reale, sustenabile, ferme, în funcție de tarifele/prețurile proprii, pentru a duce la bun sfârșit contractul și nu prin raportare la valoarea estimată/stabilită de către autoritatea contractantă.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de SC SA, în contradictoriu cu

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC SRL, în contradictoriu cu

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.