CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) 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: ...

Prin contestaţia nr. 1950/13.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., împotriva deciziei de respingere, ca inadmisibilă, a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 6500/09.05.2017, de către ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii simplificată - într-o singura etapă, derulată online, prin intermediul SEAP, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect «„**...**», cod CPV 45453100-8 - Lucrari de renovare (Rev.2), s-a solicitat anularea procedurii de atribuire în temeiul art.212 alin.1 lit. c) din Legea nr.98/2016.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestaţia nr. 1950/13.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă în cadrul procedurii simplificată - într-o singura etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect «„**.**» s-a solicitat anularea procedurii de atribuire în temeiul art.212 alin.1 lit. c) din Legea nr.98/2016.

În argumentarea cererii formulate, contestatoarea precizează că actul autorității contractante atacat este constituit de adresa nr. 12025/06.09.2017, iar după ce prezintă istoricul procedurii în cadrul căruia menționează faptul că, prin Decizia Consiliului nr. **1312/C6/1622** din 06.06.2017, a fost respinsă, ca nefondată, o

contestație anterioară, formulată împotriva deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale, precum și că plângerea formulată împotriva respectivei decizii a fost, de asemenea, respinsă prin Hotararea nr. 1316/2016, pronunțată de Curtea de Apel Ploieşti, menționează că a solicitat un punct de vedere ANAP cu referire la motivul de excludere contestat la Consiliu, iar în baza răspunsului din data de 09.08.2017, remis de ANAP prin adresa nr. 10241/07.05.2017, ulterioară pronunţării Hotararii Civile nr. 1316/12.07.2017, a solicitat autoritatii contractante anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin (1) lit. c) si alin (2) din Legea nr. 98/2016.

Urmare a refuzului autorității contractante de anulare a procedurii, exprimat prin adresa nr. 11183/25.08.2017, petenta menționează că a notificat autoritatea contractanta in temeiul art. 2 si art. 6 din Legea nr. 101/2016, la care, prin adresa nr. 12025/06.09.2017, autoritatea i-a comunicat că nu adoptă masurile de remediere solicitate.

S.C. ... S.A. susține că motivele care stau la baza contestaţiei sunt bazate pe precizările conținute de adresa de consiliere metodologică emisă de ANAP, constituite de mențiunile conform cărora: *„(...) în Anexa 1 - Instrucţiuni a Regulamentului mai sus menţionat este precizat că atunci când pregătesc documentele achiziţiei pentru o anumită procedură de achiziţii publice, autorităţile contractante şi entităţile contractante trebuie să indice în invitaţia la o procedură concurenţială de ofertare, în documentele achiziţiei menţionate în invitaţia la procedura concurenţială de ofertare sau în invitaţiile de confirmare a interesului informaţiile pe care le vor solicita operatorilor economici, inclusiv o declaraţie explicită în care să precizeze dacă informaţiile prevăzute în părţile II si III ar trebui sau nu furnizate în ceea ce priveşte subcontractantii pe capacităţile cărora nu se bazează operatorul economic. Or, in situaţia in care autoritatea contractanta specifică faptul că are nevoie de informaţiile prevăzute în părţile II (secţiunile A şi B) şi III, solicitând în mod explicit aceste informaţii - aşa cum precizează şi Regulamentul la care ne raportăm, atunci operatorii vor furniza informaţiile solicitate pentru fiecare dintre subcontractantii în cauză, chiar si pentru subcontractantii pe capacităţile cărora nu se bazează operatorul economic.*

Pe de altă parte, în cazul în care aţi intenţionat să ne aduceţi la cunoştinţa că autoritatea contractantă nu a precizat în anunţul de participare şi în documentaţia de atribuire faptul că informaţiile prevăzute în părţile II şi III ale DUAE ar trebui să fie furnizate şi în ceea ce priveşte subcontractanţii pe capacităţile cărora nu se bazează operatorul economic (cu alte cuvinte - autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea câte unui DUAE separat si pentru „subcontractantii obişnuiţi"), considerăm că operatorul economic în cauză nu avea această obligaţie”.

Invocând atribuțiile ANAP reglementate prin art. 3 lit. b) din OUG 13/2015 – „*b) elaborarea politicilor si a legislaţiei în domeniul achiziţiilor publice, în conformitate cu legislaţia europeană şi asigurarea interpretărilor unitare în domeniu, pentru care are drept de iniţiativă legislativă*”, petenta, reiterând conținutul adresei redat în cele ce preced, apreciază că, în situația în care se „*face distinctia clara intre subantreprenorii pe a căror capacitate se bazeaza ofertantul pentru indeplinirea criteriilor de calificare si selecţie si cei pe care nu se bazeaza ofertantul*” și faptul că autoritatea contractanta nu a solicitat, în mod explicit, informaţii despre subantreprenorii pe ale căror capacitate nu se bazeaza ofertantul pentru indeplinirea criteriilor de calificare si selecţie (subcontractantii obişnuiţi), față de care opreratorul economic nu are nicio obligaţie in depunerea DUAE pentru aceştia, petenta consideră că a fost nedreptățită prin respingerea ofertei sale pe motivul nedepunerii DUAE pentru subantreprenorii pe ale căror capacitate nu s-a bazat pentru îndeplinirea criteriilor de calificare și selecţie și astfel oferta sa nu trebuia respinsă, apreciind astfel că se impune anularea procedurii de atribuire.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 12853/20.09.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. ... a solicitat respingerea contestației formulată de către SC ... SA, în principal, ca inadmisibilă, iar, în subsidiar, ca nefondată.

Autoritatea contractantă menționează că, întrucât S.C.... S.A. a depus ofertă la procedura simplificată, dar nu a depus D.U.A.E. pentru subcontractanţii pe a căror capacitate „*afirmă contestatoarea că nu se bazează, dar cărora le-a subcontractat 2,80% din lucrări, subscrisa, prin comisia de evaluare, a declarat ca inadmisibilă oferata astfel depusă de S.C. ...S.A. Buzău, potrivit dispoziţiilor art. 137, alin. (2), lit. b) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, deoarece potrivit prevederilor art. 170, alin.(1) şi (3) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere prevăzute de 164, 165 şi 167 in cu subcontractanţii propuşi, prevederi preluate de altfel din Regulamentul de punere în aplicare (U.E.) 2016/7 al comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european*”.

Autoritatea contractantă mai precizează că decizia sa de declarare inadmisibilă a oferatei depusă de S.C. Integral S.A. Buzău a fost contestată de petentă, contestaţia fiind soluţionată definitiv, prin respingere, atât de căte Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor - Decizia nr. 1312/C6/1622 din 06.06.2017 - cât şi în calea de atac a plângerii, de către Curtea de Apel Ploieşti - Secţia a II-a Civilă de Contencios Administrativ şi Fiscal, prin Decizia definitivă nr. 1316 din 12 iulie 2017, pronunţată în dosarul nr. 445/42/2017.

Astfel, arată autoritatea contractantă, *„la momentul formulării prezentei contestaţii, dar şi al înscrisurilor prealabile acesteia, oferta depusă S.C. Integral S.A. Buzău a fost declarată inadmisibilă în mod definitiv, având autoritate de lucru judecat după ce decizia de declarare ca inadmisibilă a ofertei - actul administrativ al autorităţii contractante - a fost supus tuturor căilor legale de atac*”, petenta încercând reformarea unei decizii judecătorești definitive prin invocarea unui act administrativ emis de Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice ca fiind un înscris nou, demerrs care, în opinia autorității contractante, excedează cadrului legal aplicabil domeniului achiziţiilor publice.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Din documentele depuse la dosarul cauzei şi din susţinerile părţilor, Consiliul constată următoarele:

CONSILIUL ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de execuție a lucrărilor constând în «*„**...***»*, cod CPV 45453100-8 - Lucrari de renovare (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. 398773/12.01.2017, atașat căreia a fost publicată documentația de atribuire sub formă de fișiere de date.

Valoarea estimată a contractului este de 18.536.777 lei, fara TVA, iar criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În urma evaluării ofertelor depuse la procedură, prin adresa nr. 6500/09.05.2017, autoritatea contractantă a comunicat S.C.... S.A. decizia de respingere a ofertei acesteia, pe care a considerat-o inadmisibilă, pe motiv că „(...) *în urma fazei de verificare a DUAE, oferta a fost declarată inadmisibilă conform art. 137 alin (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece ofertantul* ***nu a depus, pentru subcontractanti, DUAE si nici declaraţie privind neincadrarea acestora în prevederile art. 59-60 din Legea nr. 98/2016***”.

Decizia autorității contractante antemenționată a fost atacată cu contestație la Consiliu, contestație care a fost respinsă, ca nefondată, prin Decizia nr. 1312 /C6/1622 din 06.06.2017.

Motivarea contestației a constat, în esență, în invocarea considerentului petentei conform căruia *„numai in situatia in care există un subcontractant pe ale cărui capacitati se sprijină ofertantul pentru a demostra îndeplinirea criteriilor de calificare si/sau selecţie, este necesara depunerea a doua DUAE diferite, cel al ofertantului si cel al subcontractantului*”, fapt pentru care, în cadrul procedurii derulată de către ..., SC ... SA a înțeles să nu depună DUAE pentru subcontractanții declarați, motivat de faptul că nu s-a bazat pe capacitatile acestora pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare sau selecţie.

Decizia Consiliului nr. 1312 /C6/1622 din 06.06.2017 a fost atacată de către SC ... SA cu plângere, acțiune care a fost respinsă,

în mod definitiv, prin Hotarârea nr. 1316/2017 din 12.07.2017, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, în cadrul dosarului nr. 445/42/2017.

Invocând o corespondență ulterioară pronunţării Hotararii Civile nr. 1316/12.07.2017, purtată cu ANAP, prin adresa nr. 1704/11.08.2017, SC ... SA a solicitat autorității contractante *„ori anularea procedurii; ori să intreprindeți demersurile necesare pentru revizuirea Hotărârii Curții de Apel Ploiești nr. 1316/2016 în temeiul art. 509 alin. (1) pct. 5 din codul de procedură civilă*", iar, ulterior, prin adresa nr. 1874/04.09.2017, invocând *„refuzul de anulare a procedurii (...)*", SC ... SA a promovat o notificare prealabilă prin care a reiterat solicitarea de anulare a procedurii.

Urmare a răspunsului la notificarea prealabilă, remis de ... prin adresa nr. 12025/06.09.2017, SC ... SA a promovat contestația ce constituie obiect al prezentei analize, prin care se solicită *„anularea procedurii de atribuire în temeiul art.212 alin.1 lit. c) din Legea nr.98/2016*".

Relativ la situația descrisă, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale:

- Legea nr. 101/2016, art. 29 alin. (1) – *„Deciziile Consiliului privind soluţionarea contestaţiei pot fi atacate de către oricare dintre părţile cauzei, cu plângere la instanţa de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât şi de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare*"; art. 35 alin. (2) – „***Hotărârea prin care instanţa soluţionează plângerea este definitivă***";

- C.pr.civ., art. 430 alin. (1) și (5) – „***Hotărârea judecătorească*** *ce soluţionează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepţii procesuale ori asupra oricărui alt incident* ***are, de la pronunţare, autoritate de lucru judecat*** *cu privire la chestiunea tranşată;* ***Hotărârea atacată cu contestaţia în anulare sau revizuire îşi păstrează autoritatea de lucru judecat până ce va fi înlocuită cu o altă hotărâre***"; art. 431 alin. (1) – „***Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeaşi calitate, în temeiul aceleiaşi cauze şi pentru acelaşi obiect***";

- Constituția României, art. 1 alin. (4) – *„Statul se organizează potrivit* ***principiului separaţiei şi echilibrului puterilor*** *- legislativă,* ***executivă şi judecătorească*** *- în cadrul democraţiei constituţionale*".

- OUG nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice, art. 2 – *„Principalele obiective ale ANAP sunt elaborarea, promovarea şi implementarea politicii în domeniul achiziţiilor publice, stabilirea şi implementarea sistemului de verificare şi control al aplicării unitare a dispoziţiilor legale şi procedurale în domeniul achiziţiilor publice, precum şi monitorizarea funcţionării eficiente a sistemului de achiziţii*

publice"; art. 3. – „*În vederea realizării obiectivelor prevăzute la art. 2, ANAP* ***are următoarele atribuţii****: c)* ***consilierea metodologică*** *a autorităţilor contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziţie publică şi de concesiune, cu rol de suport operaţional în aplicarea corectă a legislaţiei în acest domeniu*".

Se reține astfel că petenta, invocând competența unei instituții publice precum Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice (ANAP) de consiliere (***sfătuire***) metodologică, care se produce printr-o corespondență fără caracter normativ obligatoriu și/sau executoriu, dorește obținerea reformării unei hotărâri judecătorești definitive prin readucerea în discuție a unui litigiu care a fost dezlegat în mod definitiv prin Hotarârea nr. 1316/2017 din 12.07.2017, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, în cadrul dosarului nr. 445/42/2017, hotărâre care beneficiază de autoritate de lucru judecat, chiar dacă împotriva acesteia au fost exercitate căi extrordinare de atac.

Prin urmare, contestația petentei este, în mod evident, de neprimit de către Consiliu, cadrul procesual și contextul procedural instituit de aceasta fiind de natură a aduce serioasă atingere, suplimentar față de dispozițiile legale redate în cele ce preced, și principiului instituit prin art. 1 alin. (4) din Constituția României.

Întrucât, din cele reținute, rezultă în mod inechivoc faptul că decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatoarei nu mai poate face obiectul unei noi analize, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va admite excepția și va respinge contestația formulată de către S.C. ...S.A., în contradictoriu cu CONSILIUL ..., ca fiind formulată împotriva unui act al autorității contractante asupra căruia Consiliul și instanța de control judiciar s-au pronunțat în mod definitiv, fără a mai analiza excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă și nici fondul cauzei.

Deciza este obligatorie, potrivit dispoziţiilor art. 28 alin. (1) din lege.

Pentru cele constatate,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția autorităţii de lucru judecat și respinge astfel contestația formulată de S.C. ..., în contradictoriu cu CONSILIUL ....

Obligatorie.

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

Preşedinte, **Membru,** **Membru,**

... ...

Redactat în 4 exemplare originale, conţine 7 pagini.