



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / ... /

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. / 02.12.2019, înaintată de SRL, în calitate de lider al asocierii SRL – SRL, cu sediul în, județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având, reprezentată legal prin - administrator, împotriva adresei nr. / 26.11.2019 – comunicare rezultat, emisă de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „rețea de alimentare cu apă și brânșamente de apă în comuna Bixad, localitățile Bixad,, Boinești, județul, cod CPV 45232150-8 – Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. / 26.11.2019, a adresei nr. / 26.11.2019, în ceea ce privește decizia autorității contractante de a declara inadmisibilă și neconformă oferta sa, a actelor subsecvente acestora, continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei sale și ulterior emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SRL critică adresa nr. /26.11.2019, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că interesul său, în formularea prezentei contestații, rezultă din faptul că a depus o ofertă conformă și admisibilă, dar în urma evaluării, aceasta a fost declarată neconformă și inacceptabilă, modul de evaluare aducându-i mari prejudicii.

Astfel, autoarea contestației invocă art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, considerând că actul vătămător este rezultatul/raportul procedurii prin care în mod eronat și cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă, motiv pentru care justifică un interes născut, direct și actual în formularea prezentei contestații.

În opinia SRL, motivele de nelegalitate și netemeinicie a raportului procedurii nr. /26.11.2019 și a rezultatului procedurii nr. /26.11.2019 sunt următoarele:

Societatea sa, în perioada de întocmire a ofertei pentru această procedură, a purtat negocieri cu SRL, privind execuția lucrărilor în zona căilor ferate, aferente proiectului de investiție.

Datorită nefinalizării negocierilor, contestatoarea a desemnat pentru execuția lucrărilor în zona căilor ferate, un nou subcontractant care este atestat, respectiv operatorul economic SRL.

Raportat la aceste aspecte, în cadrul ofertei nu s-au depus documente pentru operatorul economic SRL, ci doar documente pentru subcontractorul SRL.

Autoritatea contractantă, după cum arată SRL, a solicitat societății sale clarificări, privind operatorul economic SRL și calitatea acestuia în cadrul procedurii.

Societatea contestatoare precizează că, prin răspunsul la clarificări, a menționat, în mod expres, faptul că operatorul economic SRL, nu are nicio calitate în cadrul procedurii, precum și conjunctura în care acesta a ajuns să completeze formularul DUAE în SEAP. Deși a arătat că societatea SRL nu are nicio calitate în procedură, autoritatea contractantă a declarat oferta ca inacceptabilă și neconformă.

Au fost depuse documente relevante pentru subcontractorul SRL, respectiv atestatul, autorizare necesară pentru execuția lucrărilor.

..... SRL apreciază că măsura declarării ca inacceptabilă a ofertei depuse este o măsură excesivă, raportat la faptul că prin răspunsul la

clarificări a precizat, în mod expres, că operatorul economic EUROSKEY SRL nu are nicio calitate în procedură.

Raportat la inadvertența din cadrul formularului DUAЕ, prin coroborare cu răspunsul la clarificări, societatea contestatoare consideră că, anterior declarării ofertei ca inacceptabilă și neconformă, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita comunicarea unui formular DUAЕ revizuit, și doar ulterior să purceadă la evaluarea ofertei.

În sensul celor expuse anterior, SRL invocă, ca și jurisprudență, decizia Consiliului nr., precum și o serie de decizii ale curților.

Ca temei de drept, sunt invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 394/2016 și Legii nr. 101/2016.

În probațiune, sunt prezentate o serie de înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. /09.12.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. /10.12.2019, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulate de SRL, ca tardivă și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă invocă excepția tardivității în ce privește formularea contestației potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. a), art. 5 alin. (1) și alin. (2) din același act normativ, având obligația de a depune contestația în termen legal de 5 zile de la luarea la cunoștință a actului autorității contractante, adică cel târziu până în data de 18.11.2019.

Se arată, de către autoritatea contractantă, că actul vătămător a fost publicat în SEAP în data de 04.11.2019, și transmis electronic ofertantului. Data finalizării evaluării documentelor de calificare și a propunerilor tehnice, conform cronologiei etapelor de evaluare și consemnate în dosarul achiziției este 04.11.2019, ora 09:25. Comunicarea transmisă ofertantului este rezultatul procesului de evaluare al ofertelor, fiind o concluzie a comisiei de evaluare, și comunicată ofertantului prin intermediul platformei SEAP, în consecință este un act al autorității contractante.

Astfel, susține autoritatea contractantă, în raport cu dispozițiile legale menționate anterior, este incontestabil că evaluarea realizată de comisia de evaluare a avut ca efect rezultatul comunicat contestatoarei, fiind de natură a produce efecte juridice clare în privința ofertei depusă de contestator.

De asemenea, ulterior acestei date, SRL nu mai are calitatea de ofertant, acesta nefiind evaluat în cadrul etapei de evaluare financiară, oferta sa fiind declarată inacceptabilă, așa cum i-a fost transmis prin platforma SEAP. Se menționează că modalitatea de desfășurare este exclusiv on-line, toate documentele, informațiile și/sau comunicările fiind transmise exclusiv on-line prin platforma SEAP, indiferent de modul lor de redactare, atât înainte de depunerea

ofertelor cât și după această dată, fiind documente și acte/concluzii oficiale, elaborate și întocmite în cadrul procesului de evaluare, iar modalitatea de aducere la cunoștință a acestei concluzii, prin platforma on-line SEAP, este reglementată prin ordinul președintelui ANAP nr. 1581/2018 privind aprobarea formularelor standard ale proceselor verbale intermediare de evaluare aferente procedurilor de atribuire a contractelor, fiind astfel create premisele contestării.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă menționează că a transmis detaliat în comunicarea nr. /26.11.2019, faptul că oferta depusă de SRL a fost declarată inacceptabilă, deoarece nu respectă prevederile fișei de date a achiziției, coroborate cu prevederile legale în vigoare.

Autoritatea contractantă susține că SRL are calitatea de subcontractant al SRL, a fost nominalizat în DUAE-ul depus și a completat propriul DUAE conform dispozițiilor ANAP. Astfel, conform fișei de date a achiziției s-a impus obligația de a transmite și acordul de subcontractare pentru SRL. Astfel, autoritatea contractantă nu a analizat și nu a pus în discuție niciodată calificările acestui subcontractant și nici faptul că acesta, ar fi fost înlocuit cu alt subcontractant, ci faptul că odată cu includerea acestui subcontractant, nu sunt respectate prevederile documentației de atribuire privind depunerea documentelor obligatorii conexe: declarații și în mod obligatoriu prezentarea acordului de subcontractare, indiferent de calificările sau lucrările ce urmează a fi executate de acesta.

Autoritatea contractantă a fost în imposibilitate de a solicita un DUAE revizuit, după cum arată, ținând cont și de faptul că platforma SEAP nu permite revizuirea formularelor DUAE după data și ora limită de depunere a ofertelor. Subcontractantul SRL și-a completat propriul DUAE conform prevederilor notificărilor ANAP în vigoare.

În cazul în care contestatoarea nu ar mai fi dorit includerea subcontractantului în oferta sa, apreciază, ar fi trebuit să-l șteargă din platforma SEAP care pune explicit la dispoziția ofertantului posibilitatea de a șterge orice membru participant invitat din grupul său.

Autoritatea contractantă consideră că sunt aplicabile și prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016 care stabilesc că riscurile transmiterii ofertei sunt strict în sarcina ofertantului, acesta având obligația de a se asigura de corectitudinea și de modalitatea transmiterii tuturor informațiilor solicitate prin documentația de atribuire.

Opinează aceasta că și-a îndeplinit obligațiile legale și a solicitat clarificarea aspectelor menționate anterior, însă raportat la răspunsul ofertantului, decizia luată de comisia de evaluare nu poate fi considerată nelegală, atâta timp cât însuși contestatoarea nu-și însușește informațiile prezentate. Comisia de evaluare nu poate să nu

țină cont de DUAЕ-ul completat care respectă prevederile ANAP menționate anterior, și nici să modifice informațiile transmise de ofertanți.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază că raportul procedurii nr. /26.11.2019 este legal și temeinic întocmit, comunicarea nr. /26.11.2019 este motivată corespunzător, și solicită respingerea contestației depusă de SC SRL, în baza considerentelor de mai sus.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Ulterior, prin adresa nr. /12.12.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. /12.12.2019, contestatoarea a transmis un „*răspuns la întâmpinare*”. Cu privire la excepția tardivității sunt invocate prevederile art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și raportat la obligația instituită în sarcina autorității contractante, actul prin care i se comunică motivele concrete este raportul, rezultatul procedurii nr. /26.11.2019 și adresa nr. /26.11.2019.

Contestatoarea susține că mențiunea din SEAP privind respingerea ofertei în etapa de evaluare, nu reprezintă un act al autorității contractante în sensul art. 3 lit. a) din Legea nr. 101/2016, deoarece până la comunicarea motivelor concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei nu a avut cunoștință de acestea.

Raportul procedurii nr. /26.11.2019 și adresa nr. /26.11.2019, au fost comunicate la data de 26.11.2019.

Raportat la această dată, în conformitate cu prevederile art. 8 și art. 5 din Legea nr. 101/2016, a formulat și comunicat contestația în termenul legal, sens în care excepția tardivității contestației este nefondată.

Pe fondul cauzei, contestatorul reiterează aspectele menționate în cuprinsul contestației.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „rețea de alimentare cu apă și bransamente de apă în comuna Bixad, localitățile,,, județul, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. /31.07.2019. Valoarea estimată a contractului este de 18.619.873 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este „cel mai bun raport calitate – preț”.

Nemulțumită fiind de rezultatul în privința ofertei sale, SRL, în calitate de lider al asocierii SRL – SRL, (denumit în continuare SRL) a investit Consiliul cu prezenta contestație, consemnând și cauțiunea aferentă.

În continuare, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția tardivității contestației vizând decizia de respingere a ofertei

SRL, invocată de către autoritatea contractantă, dat fiind că rezultatul în privința ofertei sale a fost publicat în SEAP la data de 04.11.2019.

Se reține că oferta acestei societăți a fost respinsă de autoritatea contractantă, ca inacceptabilă, rezultat comunicat prin intermediul SEAP, la data de 04.11.2019, în etapa de *evaluare calificare/tehnică*, cu următoarea motivare:

Motiv respingere: inacceptabilă în raport cu prevederile art. 134 alin. (20 lit. b) din HG nr. 395/2016. Ofertantul nu depune acordul de subcontractare pentru subcontractantul declarat SC SRL, conform solicitărilor documentației de atribuire, a art. 150 alin. (2) din HG nr. 395/2016 și conform DUAЕ completat de acest subcontractant. Totodată, acesta nu răspunde concludent solicitărilor de clarificări adresate. Menționăm că, conf. art. 125 din HG nr. 395/2016 Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.

Așadar, motivul de respingere a fost clar prezentat, ofertantul fiind în posesia tuturor informațiilor care au justificat decizia de respingere.

Același motiv de respingere constând în *lipsa depunerii acordului de subcontractare pentru subcontractantul declarat SC SRL*, răzbate și din adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr./26.11.2019 (act la care se raportează contestatoarea și față de care a calculat termenul de depunere a contestației), chiar dacă, în acest înscris, autoritatea contractantă a oferit mai multe detalii, făcând trimitere la notificările ANAP privind utilizarea DUAЕ.

Consiliul constată că, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim **printr-un act al unei autorități contractante** sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi, iar actul autorității contractante este definit de art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 ca fiind **orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice**, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, **în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (...)**

Totodată, definiția persoanei vătămate reiese din coroborarea prevederilor art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din aceeași lege, ca fiind orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și
- (ii) 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 termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

Or, în raport de aceste definiții legale ale noțiunilor de persoană vătămată și de act al autorității contractante, este incontestabil că evaluarea realizată de autoritatea contractantă și comunicată prin intermediul SEAP, cu indicarea motivului de respingere, se încadrează în sfera acestor norme legale, fiind de natură a produce efecte juridice clare în privința ofertei SRL, în sensul respingerii acesteia din procedură.

Este limpede, din definiția dată de legiuitor, că reprezintă act al autorității, contestabil, și actul care nu este administrativ, legiuitorul extinzând sfera la orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, cum este și situația de față.

La data de 04.11.2019, în SEAP, nu se regăsea simpla mențiune *respins ca inacceptabil*, ci și o justificare a acestei decizii, în sensul precizării clare a motivului de respingere, cu încadrarea acestuia în textele legale.

Deosebit de mesajul generat automat de SEAP, cel în speță este unul care a presupus intervenția autorității contractante, aspect ce rezultă din detalierea existentă la nivelul acestuia, cum s-a arătat în cele ce preced.

..... SRL dispunea de argumente concrete care să îi susțină atacarea măsurii respingerii ofertei sale în termenul legal, potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 [(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii], dacă dorea revenirea și controlul jurisdicțional asupra ei.

Așteptarea finalizării procedurii de atribuire pentru a îi fi comunicat același rezultat, constând în respingerea ofertei sale, nu își găsește nicio justificare, mai cu seamă că în contestație, reclamanta nu

aduce critici pe care nu le-ar fi putut invoca începând cu momentul aflării rezultatului din 04.11.2019.

Toate părțile din litigiu recunosc postarea în SEAP a informării că oferta a fost respinsă ca inacceptabilă pe motiv că nu a fost depus *acordul de subcontractare pentru subcontractantul declarat SC SRL*, informare în urma căreia contestatoarea nu a reacționat.

Aspectul că în comunicarea nr. /26.11.2019 se repetă faptul cunoscut din 04.11.2019, al respingerii ca inacceptabilă a ofertei sale, nu este de natură să o repună în termen pe SRL. Cu sau fără comunicarea din 26.11.2019, ofertantul știa, încă din 04.11.2019, că oferta sa a fost respinsă și care este motivul, iar dacă urmărea să reintre în competiție avea obligația de a ataca măsura, începând cu 04.11.2019, fără a aștepta ca autoritatea să comunice același rezultat, ca urmare a aprobării raportului procedurii.

Bizuindu-se pe raportul din 26.11.2019, contestatoarea încearcă, practic, să nege existența informării precedente de la autoritate exact pe același subiect, prin postarea motivului de respingere în SEAP, ceea ce contravine realității faptice.

În contextul de fapt expus și ținând cont de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) coroborate cu cele ale art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, [Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare], se constată că, în speță, contestația înaintată împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, de care contestatoarea a luat cunoștință în data de 04.11.2019, data publicării acesteia în SEAP, este, la acest moment, tardivă. Operând excepția tardivității contestării actului de stabilire a rezultatului evaluării ofertei contestatoarei, Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului evaluării ofertei SRL.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca tardivă, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....