C.N.S.C.

..... NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Bucureşti, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, 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 şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea .....ui Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, ... adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ....

Prin contestaţia nr. 271/16.03.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 10802/16.03.2018, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în localitatea ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr....., având CUI RO ....., împotriva rezultatului procedurii, comunicat cu adresa nr. 4826/09.03.2018, de către ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Modernizare DJ .....”*, cod CPV 45233120-6 lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2), se solicită anularea actului atacat și reevaluarea ofertei depusă de SC ..... SRL.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
..... Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestaţia nr. 271/16.03.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 10802/16.03.2018, formulată de SC ..... SRL împotriva rezultatului procedurii comunicat cu adresa nr. 4826/09.03.2018 de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Modernizare DJ .....”*, se solicită anularea actului atacat și reevaluarea ofertei depusă de SC ..... SRL.

SC ..... SRL menționează că a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire susmenționată, iar autoritatea contractantă, considerând că

trebuie lămurite anumite aspecte din cadrul ofertei, i-a transmis mai multe solicitări de clarificări, la care societatea sa a răspuns, în termenul legal, oferind clarificări.

Petenta arată că, în pofida faptului că răspunsurile sale au fost *„pertinente și la subiect*", comisia de evaluare a considerat că doar un aspect din cadrul propunerii financiare nu a fost clarificat, și anume: în lista de cantități, în cadrul devizului „Lucrări de drumuri clasificate", poziția 28, articolul 6202806, în urma clarificărilor, cantitatea solicitată a fost 214 m^3, iar SC ..... SRL a ofertat 251 m^3.

Astfel, pentru lămurirea acestui aspect, comisia de evaluare a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. 1367/19.01.2018, la care SC ..... SRL a răspuns prin adresa nr. 145/25.01.2018, după cum urmează:

„Cantitatea ofertată de subscrisa, SC ..... SRL, pentru art. 28 din cadrul devizului «Lucrări de drumuri clasificate» a fost făcută în conformitate cu lisele de cantități inițiale. Astfel, în concordanță cu cele declarate de subscrisa, în răspunsul de clarificări au fost atașate doar formularele care s-au modificat, rezultate în urma corecției aritmetice de la art. 28, și anume: Formularul de ofertă, Formularul F1, Formularul F2, Formularul F3, extrasul de materiale".

Totodată, în cuprinsul aceluiași răspuns, SC ..... SRL a evidențiat faptul că valoarea ofertei se modifică într-un mod nesemnificativ, cu 16,39 de lei, reprezentând doar 0,003%.

Petenta mai menționează că, prin adresa nr. 4263/01.03.2018, comisia de evaluare a arătat faptul că SC ..... SRL *„trebuia să țină cont de această modificare în momentul întocmirii ofertei, iar corectura nu poate fi considerată eroare aritmetică, astfel că modificarea efectuată nu poate fi considerată abatere tehnică minoră".*

În opinia contestatoarei, *„vis a vis de această neconcordanță devin incidente dispozițiile art. 134 alin. (9) din H.G. nr. 395/2016*".

Autoarea contestației apreciază că modificarea pe care a efectuat-o se încadrează în categoria abaterilor tehnice minore, deoarece, astfel cum a arătat, valoarea ofertei se modifică nesemnificativ, cu doar 0,0003%, iar potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016 *„oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege".*

Contestatoarea precizează că, în comunicarea nr. 4926/09.03.2018 privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă a precizat că a declarat oferta SC ..... SRL neconformă, aplicând prevederile art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, deși modificările care au survenit în cadrul ofertei intră sub incidența alin. (7) din același art. al H.G. nr. 395/2016.

Concluzionând, autoarea contestației afirmă: *„deși oferta modificată de noi are aceeași dată cu oferta depusă inițial, acest lucru*

reprezintă un viciu de formă, un impediment care, potrivit dispozițiilor alin. (7) de mai sus, nu duce la declararea ofertei ca fiind neconformă. La fel putem spune și despre cealaltă nelămurire privind modificarea ofertei".

Reiterează faptul că oferta sa este modificată doar cu 0,003%, deci poate fi încadrată la abatere tehnică minoră, iar modificarea aceasta, reprezentând suma de 16,39 lei, nu ar conduce, în niciun caz, la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

Raportat la cele de mai sus, SC ..... SRL consideră că, prin neacceptarea completării ofertei cu informațiile privind poziția 28, articolul 6202806, din cadrul devizului "Lucrări la drumuri clasificate", conform legislației specifice corespunzătoare, autoritatea contractantă nu asigură o concurență reală.

Considerând abuzivă atitudinea comisiei de evaluare, petenta solicită anularea adresei nr. 4826/09.03.2018 prin care autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii și reevaluarea ofertei sale.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 134 alin. (7), (9) și (10) din H.G. nr. 395/2016.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

Prin punctul de vedere nr. 5578/21.03.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 11615/21.03.2018, ... a solicitat, respingerea contestației formulată de SC ..... SRL, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, prin prisma faptului că Notificarea prealabilă nr. 256/09.03.2018, depusă de ofertant, se referă la anularea comunicării nr. 4263/01.03.2018, comunicare ce a avut ca scop informarea cu privire la finalizarea etapei de analiză a propunerii financiare, iar prin contestație ofertantul a solicitat anularea comunicării nr. 4826/09.03.2018, prin care i-a fost transmis rezultatul procedurii de atribuire, cele două comunicări vizând momente diferite ale procesului de evaluare.

Precizând că anterior contestației nr. 271/16.03.2018, petenta nu a depus o notificarea prealabilă care să aibă același obiect, autoritatea contractantă consideră că SC ..... SRL nu a ținut cont de dispozițiile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, întrucât Notificarea prealabilă nr. 256/09.03.2018, precum și răspunsul autorității contractante nr. 4960/13.03.2018, anexate contestației, nu fac obiectul acesteia.

Prin adresa nr. 5618/21.03.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 11713/21.03.2018, ... a transmis documentul intitulat „În completare la punctul de vedere nr. 5578/21.03.2018", în care precizează că, dintr-o eroare, în cuprinsul comunicării nr. 4263/01.03.2018, a indicat termenul de 10 zile cu privire la dreptul ofertantului de a formula Notificare prealabilă, respectiv contestație, indicând dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, deși valoarea estimată a contractului de lucrări

este sub pragul valoric în raport cu care este obligatorie transmiterea anunțului de participare spre publicare în JOUE.

Autoritatea contractantă susține că Notificarea prealabilă nr. 256/09.03.2018 privind comunicarea nr. 4263/01.03.2018, a fost transmisă de ofertantul SC ..... SRL după expirarea termenului legal reglementat de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În considerarea art. 15 din Legea nr.101/2016, ... a solicitat contestatoarei punct de vedere cu privire la excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, raportat la prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din același act normativ, invocată de către autoritatea contractantă în adresa nr. 5618/21.03.2018 (completare la punctul de vedere nr. 5578/21.03.2018) prin prisma tardivității depunerii notificării prealabile.

Prin adresa nr. 296/22.03.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 11767/22.03.2018, SC ..... SRL a răspuns punctului de vedere nr. 5618/21.03.2018, formulat de către ....., apreciind că acesta este abuziv.

Petenta menționează că, în cuprinsul anunțului de participare, publicat în SEAP, autoritatea contractantă a specificat, în clar, faptul că procedura de atribuire aplicată este cea de licitație deschisă, fapt pentru care, în opinia sa, termenul legal în care poate fi formulată Notificarea prealabilă și contestația este de 10 zile.

Mai arată că, ulterior, în urma unor neconcordanțe în privința solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor transmise de SC ..... SRL, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei, ca neconformă, fapt pentru care s-a văzut obligată să depună Notificarea prealabilă și, ulterior, contestația. Precizează că *„ambele proceduri au fost realizate în acest termen de 10 zile, fiind, încă o dată vorba de o licitație deschisă, lucru stipulat clar atât în anunțul de participare publicat în SEAP, cât și în fișa de date a achiziției”.*

Petenta precizează că, având în vedere cele expuse, nu poate fi decât „consternată” de faptul că, doar după atâta timp, autoritatea contractantă și-a dat seama că este într-o eroare.

Susține că, în calitate de ofertant în cadrul procedurii de atribuire, a respectat dispozițiile .....ui .... și a acționat întocmai, împrejurare în care apreciază că *„punctul de vedere al autorității contractante relevă o atitudine vădit abuzivă care denotă o oarecare neglijență, (...)”.*

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, ... reține următoarea situație de fapt:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Modernizare DJ .....”*, cod CPV 45233120-6 lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2). În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire ....

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. **4826/09.03.2018**, SC ..... SRL a formulat contestația

care formează obiectul dosarului nr. 890/2018, solicitând anularea actului atacat și reevaluarea ofertei.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... urmează să se pronunţe cu întâietate asupra excepţiei inadmisibilităţii contestaţiei.

..... reţine că în speţă sunt incidente următoarele prevederi legale din Legea nr. 101/2016:

- **art. 6 alin. (1),** conform cărora:

„(1) ***Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă****, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa .....ui sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată* ***are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere,*** *în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de:*

a) ***10 zile****, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;*

b) ***5 zile****, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care* ***valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică 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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii";*

- **art. 6 alin. (10),** care dispune că:

„(10) Sesizarea .....ui sau a instanţei, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă".

- **art. 11 alin. (2)** care precizează:

„(2) Contestatorul ataşează la contestaţie dovada notificării prealabile a autorităţii contractante şi copia răspunsului autorităţii contractante, dacă există, dovada înaintării contestaţiei către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum şi mijloacele de probă de care dispune".

Din conţinutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea .....ui se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma „***se poate face numai după***", utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă.

De asemenea, din textul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, rezultă că notificarea prealabilă se realizează în termenul expres indicat

de legiuitor, respingerea contestaţiei, ca inadmisibilă, intervenind în cazul în care nu este îndeplinită obligaţia integrală de notificare.

Prin urmare, verificarea îndeplinirii etapei de notificare prealabilă privește atât existența unei astfel de notificări, cu un conținut minimal impus de lege, dar și respectarea termenului de sesizare, fiind în competența organului administrativ-jurisdicțional sau a instanței, funcție de calea urmată de contestator, să analizeze condițiile de fond ale înaintării contestației.

De interes în dezlegarea excepției ..... are în vedere următoarele informații:

- tipul contractului – contract de lucrări;
- valoarea estimată, fără TVA, a contractului de lucrări – **8.402.933,60** lei , valoare care este **mai mică** decât pragul **valoric de 23.227.215 lei**, prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr.98/2016;
- termenul de 5 zile pentru promovarea notificării prealabile, care se calculează conform metodologiei reglementată de art. 5 alin. (2) din Legea nr.101/2016.

Din analiza documentelor depuse la dosar, ... constată că la data de **01.03.2018**, ora 15:59, autoritatea contractantă a publicat în SEAP comunicarea nr. **4263/01.03.2018** privind finalizarea analizei financiare a operatorului economic SC ..... SRL, conform căreia oferta sa a fost respinsă ca neconformă. Nemulțumită de acest rezultat, SC ..... SRL a formulat și transmis, în data de **09.03.2018**, notificarea prealabilă având nr. 256/09.03.2018, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr.4792/09.03.2018, solicitând *„anularea adresei de comunicare privind finalizarea ofertei financiare, comunicată nouă în SEAP în data de 02.03.2018, prin adresa dvs. nr.**4263/01.03.2018***".

Astfel, termenul de promovare a notificării prealabile în raport de data de ***01.03.2018***, a postării în SEAP a adresei nr. 4263/01.03.2018 de comunicare privind evaluarea financiară s-a împlinit în data de ***06.03.2017***, termen calculat conform dispozițiilor art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Cum notificarea prealabilă înregistrată la contestatoare sub nr. **259/09.03.2018**, a fost comunicată și înregistrată la ..... sub nr. **4792/09.03.2018**, rezultă că aceasta s-a promovat după expirarea termenului legal reglementat de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2017, când petenta era decăzută din dreptul de a mai întreprinde un astfel de demers sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă.

Prin adoptarea acestei atitudini, respectiv îndeplinirea, în afara termenului, a acestei obligații procedurale, contestatoarea și-a asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situație, respectiv respingerea contestației, ca inadmisibilă [art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016].

Întrucât, excepția lipsei procedurii de notificare prealabilă este o excepție de fond (aceasta vizând o cerință pentru declanșarea procedurii de soluționare a contestațiilor), peremptorie (tinzând la stingerea procesului) și absolută (privind norme imperative de ordine publică), ... nu va proceda la analiza pe fond a criticilor formulate de contestatoare.

Prin urmare, ... stabilește că SC ..... SRL nu s-a conformat dispozițiilor legale, cu privire la îndeplinirea, în termen, a obligației de notificare prealabilă a autorității contractante, înainte de a se adresa .....ui.

..... nu va reține în soluționare susținerile contestatoarei potrivit cărora a înaintat notificarea prealabilă **259/09.03.2018** în *„termenul legal de 10 zile*", respectând data limită menționată de ..... în comunicarea nr. **4263/01.03.2018** privind finalizarea analizei financiare, întrucât nici un operator economic, care intenționează să participe la o procedură de atribuire sau care a depus oferta în cadrul unei asemenea proceduri nu este absolvit de obligația ce îi incumbă, de a contesta un act al autorității contractante, considerat a fi nelegal, în condițiile imperative prevăzute de dispozițiile Legii nr. 101/2016, în cauză, operând principiul fundamental de drept potrivit căruia ***„Nemo ignorare legem censitur",*** ceea ce înseamnă că „***Nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii***", pentru a-și apăra dreptul său.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 6 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 .....ui Național de Soluționare a Contestațiilor, ... urmează să respingă, ca inadmisibilă, contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din lege.

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

..... DECIDE:

Admite excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, invocată de ....., şi respinge contestaţia formulată de către SC ..... SRL, cu sediul în localitatea ....., în contradictoriu cu ....., cu sediul în ....., ca inadmisibilă.

Obligatorie.

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