CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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 Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 250/08.05.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ..., formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ... - administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire și, implicit, a raportului procedurii, despre care a luat cunoştinţă în data de 27.04.2017, conform comunicării nr. 404 din 26.04.2017, transmisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică de lucrări de „**...**”, petenta consideră că „*autoritatea contractantă a respins în mod abuziv oferta sa, ca inacceptabilă, deoarece au fost transmise clarificari cu referire strict la capacitatea tehnică, în raport cu cerinţele art. 176 din OUG 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare, iar aceste clarificări nu modifică sub niciun aspect oferta tehnică sau/şi oferta financiară, iar oferta SC OANA SRL nu se încadrează în niciuna dintre prevederile art. 36 din HG nr. 925/2006, fiind o ofertă admisibilă şi acceptabilă*”.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 468/12.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de către S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ... s-a solicitat respingerea contestației formulată de către S.C. ... S.R.L., menținerea rezultatului procedurii și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor

reţine următoarele:

Prin contestaţia nr. 250/08.05.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ..., S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., critică adresa nr. 404 din 26.04.2017, prin care autoritatea contractantă i-a comunicat decizia de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, și consideră că *„autoritatea contractantă a respins în mod abuziv oferta sa, ca inacceptabilă, deoarece au fost transmise clarificari cu referire strict la capacitatea tehnică, în raport cu cerinţele art. 176 din OUG 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare, iar aceste clarificări nu modifică sub nici un aspect oferta tehnică sau/şi oferta financiară, iar oferta SC ... SRL nu se încadrează în niciuna dintre prevederile art. 36 din HG nr. 925/2006, fiind o ofertă admisibilă şi acceptabilă*".

Reluând istoric situația procedurii, petenta arată că:

- o contestație anterioară a sa, depusă sub nr. 890 din 12.10.2015, cu privire la aceleaşi aspecte menţionate în comunicarea rezultatului procedurii de atribuire cu nr. 404 din 26.04.2017, atacată cu contestația pendinte, a fost admisă prin Decizia Consiliului nr. 1811 din 28.10.2015, prin care s-a dispus continuarea procedurii cu luarea în considerare a informaţiilor prezentate de contestatoare în răspunsul la solicitarea de clarificări;

- prin Decizia CNSC nr. 32/C6/2465 din 11.01.2016, s-a respins, ca nefondată, contestaţia SC … SRL nr. 477/16.12.2016 ;

- prin Decizia civilă nr. ***399 din 17.03.2016***, pronunțată de a Curtea de Apel, a fost modificată Decizia Consiliului nr. …, în sensul reluării procedurii de la etapa evaluării ofertelor;

- prin Decizia Consiliului nr. … din 13.06.2016, a fost respinsă contestaţia nr. 220/02.06.2016, formulată de SC … SRL, fără a se fi analizat fondul acesteia din lipsa îndeplinirii procedurii prealabile;

- prin Decizia civilă nr. 1560 din 05.10.2016, pronunțată de Curtea de apel, s-a dispus anularea deciziei CNSC nr. … din 13.06.2016 şi reluarea procedurii de achiziţie publică de lucrări.

Contestatoarea menționează că motivele respingerii, ca inacceptabilă, a ofertei sale, comunicate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 404/26.04.2017, atacată prin contestația în soluționare, punctele 1-4, au fost soluţionate prin decizia CNSC nr. 1811/28.11.2015, prin care s-a dispus luarea în considerare a informaţiilor prezentate în răspunsul la clarificări, decizie care nu a fost contestată sau anulată de Curtea de Apel Cluj.

Cele două decizii ale Curţii de Apel Cluj, respectiv 399 din 17.03.2016 şi nr. 1560 din 05.10.2016, nu dispun stabilirea câştigătorului, ci doar reluarea procedurii de la etapa evaluării ofertelor, autoritatea contractantă emițând 4 decizii privind rezultatul procedurii, oferta sa fiind respinsă, ca inacceptabilă, în baza aceloraşi considerente, declarând câştigător ofertantul SC RUSTIC CONSTRUCT SRL, ca și în situația conținută de comunicarea nr. 1318/07.10.2015, care, în urma

contestaţiei sale nr. 890 din 12.10.2015 şi a deciziei Consiliului nr. 1811 din 28.10.2015, câştigătoare a fost declarată SC OANA SRL, reiterând și rezultatele proedurii stabilite în urma deciziilor ulterioare în succesiunea lor.

Menționând că, în motivarea deciziei nr. 1811/C8/2008 din 28.10.2015, CNSC a invocat dispoziţiile art. 11 alin. (3) și art. 35 din HG nr. 925/2006, contestatoarea susține că CNSC nu a luat în considerare susţinerea autorităţii contractante referitoare la încălcarea cerinţei *„în caz de neprezentare (lipsă) a oricărui document menţionat ca cerinţă de calificare nu este permisă completarea ulterioară, neprezentarea având ca efect respingerea ofertei ca inacceptabilă*", deoarece acestă prevedere nu se referă la dreptul autorităţii contractante de a nu lua în considerare documentele transmise de ofertanţi ca urmare a unei solicitări de clarificări a acesteia, mai ales, în condiţiile în care existau în cadrul documentelor depuse iniţial suficiente elemente care să confirme posibilitatea ca ofertantul în cauza să îndeplinească cerinţele de calificare respective.

Față de cele arătate contestatoarea afirmă că *„SC OANA SRL consideră că autoritatea contractantă a respins în mod abuziv oferta ca inacceptabilă deoarece au fost transmise clarificari cu referire strict la capacitatea tehnică, în raport cu cerinţele art. 176 din OUG 34/2006 cu modificările şi completările ulterioare, iar aceste clarificări nu modifică sub niciun aspect oferta tehnică sau/şi oferta financiară. Oferta SC OANA SRL nu se încadrează în niciuna dintre prevederile art. 36 din HG 925/2006 fiind o ofertă admisibilă şi acceptabilă*".

În probaţiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 473/15.05.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. ... a solicitat respingerea contestaţiei formulată de SC ... SRL, ca nelegală şi netemeinică, menţinerea rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. 404 din 26.04.2017, continuarea procedurii de atribuire și constatarea existenţei autorităţii de lucru judecat în legătură cu situația ofertei contestatoarei.

În susținerea solicitărilor sale, autoritatea contractantă menționează istoricul deciziilor Consiliului și celor ale instanței de control judiciar, susținând că, la punerea în executare a Deciziei CNSC nr. ... din 28.10.2015, s-a interpretat eronat dispozitivul acesteia, fiind acceptată completarea ofertei iniţiale a SC ... SRL cu noi documente, depuse odată cu răspunsurile la clarificările solicitate în mod repetat de către autoritate contractantă, aspect referitor la care Curtea de Apel Cluj, prin Decizia Civilă nr. 399/2016, a statuat că *„au fost cerute noi documente, dar şi compliniri a lipsurilor ofertei, ceea ce nu este permis din perspectiva normelor, a principiilor enunţate*" și astfel s-a creat un avantaj şi un tratament inegal în favoarea SC ... SRL, fapt pentru care instanța a dispus anularea rezultatului procedurii şi a obligat autoritatea contractantă la reluarea procedurii de achiziţie de la etapa evaluării ofertelor.

Autoritatea contractantă menționează că a procedat în consecinţă, iar comisia de evaluare a decis că oferta depusă de SC OANA SRL a fost inacceptabilă conform art. 36 alin. 1 litera b) din HG nr. 925/2006, fiind *respinsă* în baza art. 81 din acelaşi act normativ, susţinerile contestatoarei cu privire la invocarea aceloraşi motive care au fost deja soluţionate fiind contrare Deciziei definitive nr. 399/17.03.2016 a Curţii de Apel Cluj, situația ofertei petentei intrând sub autoritatea de lucru judecat prin respectiva decizie.

În drept, dispoziţiile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 430- 432 din Codul de procedură civilă, art. 201 alin (1) şi (2) din OUG nr. 34/2006.

În probaţiune, au fost depuse documente ale dosarului achiziţiei publice.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 468/12.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., formulată de către S.C. ... S.R.L., s-a solicitat respingerea contestației formulată de către S.C. OANA S.R.L., menținerea rezultatului procedurii și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

În calitate de ofertant declarat câștigător, S.C. ... S.R.L. prezintă argumente în privința admisibilității cererii de intervenție, a excepției de lucru judecat în ceea ce privește oferta contestaoarei, precum și asupra fondului cauzei.

Faţă de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarea situaţie de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin cerere de oferte offline, a contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect *„...”*, cod CPV 45212314-0 lucrări de construcţii de monumente istorice sau memoriale (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a invitaţiei de participare nr. ..., criteriul de atribuire a contractului fiind „preţul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului fiind de 2.310.266 lei.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 1315/07.10.2015, desemnând câştigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L.

S.C. ...S.R.L. a cărei ofertă a fost respinsă ca inacceptabilă, a contestat acest prim rezultat al procedurii, contestaţia fiind admisă de Consiliu prin Decizia nr. ..., prin care s-a dispus anularea rezultatului procedurii de atribuire consemnat în raportul procedurii nr. 1315/07.10.2015 în ceea ce priveşte oferta contestatoarei, precum şi obligarea autorităţii contractante la continuarea procedurii de achiziţie publică, prin reevaluarea ofertei contestatoarei, cu luarea în considerare a informaţiilor prezentate de aceasta în răspunsul la solicitarea de clarificări.

Ulterior primirii Deciziei Consiliului nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului S.C. ... S.R.L., iar în urma reanalizării ofertei acesteia, comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii nr. 1644/09.12.2015, potrivit căruia oferta S.C. ... S.R.L., cu o propunere

financiară de 1644144,27 lei, fără TVA, a fost declarată câştigătoare, oferta petentei S.C... S.R.L. clasându-se pe locul al doilea, rezultatul respectiv fiind contestat de către S.C. ... S.R.L.

Decizia nr. ... din 11.01.2016, prin care contestaţia S.C. ... S.R.L. a fost respinsă, ca nefondată, a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel Cluj, instanţă care, prin Decizia civilă nr. 339 din 17.03.2016, pronunţată în dosarul nr. 80/33/2016, a admis acţiunea şi a modificat decizia Consiliului în sensul că a admis contestaţia S.C. ... S.R.L., iar autoritatea contractantă a fost obligată la reluarea procedurii de achiziţie de la etapa evaluării ofertelor.

Spre a dispune astfel, instanța a reținut următoarele aspecte:

„Actele însă nu atestă că vreuna dintre părţi ar fi cerut înainte şi nici chiar în condiţiile reluării procedurii vreo solicitare de lămurire a deciziei în baza căreia s-a procedat la reluare, context în care concluzia ce se deduce este aceea ca reluarea procedurii se impunea a se face ţinând seama de oferta depusă şi documentele ataşate acesteia, răspunsurile deja date înainte de reluare. Că este aşa rezultă şi din aceea că ulterior depunerii ofertei nu se poate solicita prin intermediul clarificărilor alte documente care nu existau şi care pot să conducă la modificarea ofertei sau crearea unui avantaj.

(...)

Cum în cauză nu a fost vorba de vreo solicitare de lămuriri a deciziei anterioare ci de o solicitare/contestare punctuală ulterioara în reevaluare a unor aspecte ce vizau o încălcarea a normelor din perspectiva inexistenţei documentelor, a nerespectării cerinţelor documentaţiei de atribuire, a normelor, nu se poate reţine că au fost analizate motivele aduse prin contestaţie, că au fost aduse în discuţie aspecte deja tranşate printr-o decizie. Ori de vreme ce motivele sunt altele susţinerile petentei referitor la greşita reţinere a celor tranşate/inadmisibilitate şi se vădesc fondate.

(...)

Actele dosarului evidenţiază că, la reluarea procedurii, au fost solicitate repetat clarificări intimatei, că la răspunsurile date au fost depuse şi documente precum: *liste materiale, oferte preţ - material lemnos, ţigle. Mai atestă actele că pe lângă clarificări legate de justificarea unor cerinţe punctuale au fost solicitate de autoritate şi repetate evidenţieri, precizări tehnologice pentru execuţie lucrări.*

(...)

În atari condiţii ale respectării principiilor în jurisprudenţa CJUE - Cauza C599/10 s-a statuat că nu pot fi solicitate clarificări unui ofertant a cărui ofertă este imprecisă sau nu corespunde cerinţelor documentaţiei de atribuire. Cu alte cuvinte solicitarea de clarificări nu trebuie să conducă, în nici un caz la prezentarea unei oferte care putea fi considerată ca fiind o ofertă nouă şi nu trebuie să favorizeze sau să defavorizeze unul sau mai mulţi ofertanţi. Or în cauză a fost solicitată o descriere tehnică care era solicitată a fi depusă în contextul elaborării ofertei. O acceptare/permitere a unor completării cu propuneri de

modificări ulterioară depunerii ofertei duce la încălcarea principiului tratamentului egal,al transparenţei câtă vreme cerinţa prin documentaţie a fost impusă tuturor operatorilor potenţiali ofertanţi şi respectată de către aceştia. Aşadar tratamentul egal trebuia respectat de vreme ce documentaţia a fost asumată.

Afirmă însă intimata că nu poate fi vorba de un avantaj. ***Această afirmaţie nu poate fi reţinută întrucât completarea prin detalierea celor cerute prin documentaţia de atribuire conduce la o modificare a soluţiei. Ca atare, nu se poate reţine inexistenţa avantajului sau a unui tratament egal şi din această perspectivă reţinerea consiliului prin decizie este greşită****.*

Aşadar faţă de cele arătate în temeiul art.285 alin 1 din OUG 34/2006 Curtea urmează a da o soluţie de admitere a plângerii şi de modificare a deciziei conform dispozitivului".

În situația în care instanța de control judiciar a reținut că „***la reluarea procedurii, au fost solicitate repetat clarificări intimatei, că la răspunsurile date au fost depuse şi documente***", situație în care „***nu se poate reţine inexistenţa avantajului sau a unui tratament egal***", prin Decizia civilă nr. 339 din 17.03.2016, pronunţată în dosarul nr. 80/33/2016, instanța competentă să exercite controlul de legalitate asupra deciziilor Consiliului, în speță Curtea de Apel Cluj, a stabilit definitiv și irevocabil că oferta contestatoarei S.C. OANA S.R.L. a fost inadmisibilă, fiind nelegală solicitarea și acceptarea completării respectivei oferte cu noi documente pe timpul evaluării și reevaluării ofertelor.

Încercării petentei de reluare a litigiului tranșat definitiv prin decizia antemenționată îi sunt incidente dispozițiile art. 431 din C.pr.civ. conform cărora *„(1) Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeaşi calitate, în temeiul aceleiaşi cauze şi pentru acelaşi obiect. (2)* ***Oricare dintre părţi poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluţionarea acestuia din urmă***", în interpretarea dată de Decizia nr. 3845 din 8 noiembrie 2013 pronunţată în recurs de Secţia a II-a civilă a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie*,* prin care s-a reținut că, în manifestarea sa de excepţie procesuală, care corespunde unui efect negativ, extinctiv, de natură să oprească a doua judecată, *autoritatea de lucru judecat presupune tripla identitate de elemente (de părţi, obiect şi cauză)*, însă, ***nu la fel se întâmplă atunci când acest efect al hotărârii se manifestă pozitiv***, demonstrând modalitatea în care au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părţi, ***fără posibilitatea de a mai fi contrazis, el impunându-se într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior***, din nevoia de ordine şi stabilitate juridică. Prin urmare, întrucât în relaţia dintre părţi, ***prezumţia puterii de lucru judecat are caracter absolut***, înseamnă că nu se poate introduce o nouă acţiune în cadrul căreia să se pretindă stabilirea contrariului a ceea ce s-a statuat judecătoreşte anterior.

Întrucât situația ofertei depusă de către S.C. ... S.R.L. a fost tranșată definitiv prin Decizia civilă nr. 339 din 17.03.2016, pronunţată în dosarul nr. 80/33/2016, de către Curtea de apel Cluj, dezlegarea dată prin respectiva hotărâre beneficiind de autoritate de lucru judecat în forma sa de prezumție absolută, iar prin actele atacate autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să pună în executare Decizia civilă nr. 339 din 17.03.2016 astfel cum aceasta a fost pronunțată, contestația formulată de către S.C. ...S.R.L. este neîntemeiată, urmând a fi respinsă ca atare în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Urmare a respingerii contestației formulată de S.C. ... S.R.L., se va admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de S.C. ... S.R.L., în calitatea sa de ofertant declarat câștigător în urma reevaluării ofertelor.

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:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de către S.C... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ....

Admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ...

Obligatorie.

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

Președinte complet, **Membru,** **Membru,**
... **...** **...**

Redactată in 5 exemplare originale, conţine 7 pagini.