



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; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../C.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 442/07.10.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 30313/07.10.2016 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 30499/10.10.2016, S.C. ...S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ...S.R.L. – S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ... a contestat comunicarea rezultatului procedurii nr. 8478/29.09.2016, emisă în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare și modernizare DC 75 ...”, cod CPV 45233120-6 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., str. ... și a solicitat anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 8478/29.09.2016, a tuturor actelor din procedură și a actelor ulterioare declarării acestei oferte ca inacceptabilă, anularea răspunsului formulat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 8602/05.10.2016, precum și remedierea procedurii de atribuire în cauză.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 2008C/11.10.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 30704/11.10.2016 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 30854/12.10.2016, prin care S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ..., a contestat comunicarea rezultatului procedurii nr. 8480/29.09.2016 și a solicitat anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente, printre care comunicarea rezultatului procedurii nr. 8480/29.09.2016, cu respectarea autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ..., în ceea ce privește oferta sa, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în condițiile statuate în decizia CNSC, pentru a se constata caracterul admisibil al ofertei sale.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor 2 (două) contestații.

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

Prin contestația nr. 442/07.10.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 30313/07.10.2016 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 30499/10.10.2016, formulată de S.C. ...S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ...S.R.L. – S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 8478/29.09.2016, emisă în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare și modernizare DC 75 ...”, cod CPV 45233120-6 (Rev.2), s-a solicitat anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 8478/29.09.2016, a tuturor actelor din procedură și a actelor ulterioare declarării acestei oferte ca inacceptabilă, anularea răspunsului formulat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 8602/05.10.2016, precum și remedierea procedurii de atribuire în cauză.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 2008C/11.10.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 30704/11.10.2016 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 30854/12.10.2016, formulată de S.C. ...S.R.L. împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 8480/29.09.2016, prin care s-a solicitat anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente, printre care comunicarea rezultatului procedurii nr. 8480/29.09.2016, cu respectarea autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ..., în ceea ce privește oferta sa, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în condițiile statuate în decizia CNSC, pentru a se constata caracterul admisibil al ofertei sale.

În susținerea contestației sale, contestatoarea S.C. ...S.R.L. aduce la cunoștință că derularea procedurii de achiziție publică a avut loc fără a fi luată în considerare și oferta sa, raportat la deciziile Consiliului nr. ...și nr. Contestatoarea arată că decizia nr. ...din data de 11.08.2016 a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel Cluj, plângere ce face obiectul dosarului nr. ..., iar ca urmare a soluționării favorabile a acesteia se va impune reanalizarea procedurii de achiziție publică prin cuprinderea, în analiză, a ofertei sale.

În acest sens, contestatoarea solicită suspendarea judecării prezentei contestații până la soluționarea dosarului nr. ... al Curții de Apel Cluj, urmând ca, în cazul unui rezultat favorabil societății sale, să se anuleze actele de procedură efectuate cu eliminarea ofertei sale, inclusiv rezultatul contestat expres prin contestație.

În dovedirea contestației sale, S.C. ...S.R.L. nu a depus la dosarul cauzei, niciun înscris.

Prin adresa nr. 30478/2175 C5/10.10.2016, transmisă spre știință și autorității contractante ..., Consiliul a solicitat contestatoarei S.C. ...S.R.L., în temeiul art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016

comunicarea, în termen de cel mult 3 zile, începând cu cea următoare primirii adresei, a motivării în fapt și în drept a contestației, mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, actul atacat din care să reiasă data luării acesteia la cunoștință, așa cum este stipulat la art. 10 din Legea nr. 101/2016, precum și dovada înaintării, către autoritatea contractantă, a precizărilor solicitate prin adresă.

De asemenea, în cadrul aceluiași termen mai sus menționat, Consiliul i-a solicitat contestatoarei comunicarea, în conformitate cu dispozițiile art. 11 alin. (2) și cele ale art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în copie, dovezii notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului acesteia, dacă există, cu menționarea datei primirii lui, cu precizarea că potrivit art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, sub sancțiunea inadmisibilității contestației, sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

Contestatoarea S.C. ...S.R.L. a răspuns solicitării Consiliului, prin adresa nr. 296/12.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 30927/12.10.2016, comunicând aceeași contestație, înregistrată sub nr. 442/07.10.2016, copia notificării prealabile nr. 432/04.10.2016, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 8602/04.10.2016, precum și adresa privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 8478/29.09.2016.

Autoritatea contractantă ... a răspuns prin adresa nr. 8712/13.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31015/ 13.10.2016, prin care a făcut precizarea că autoarea contestației nu a respectat cerințele obligatorii prevăzute la art. 10 din Legea nr. 101/2016 referitoare la motivarea în fapt și în drept a contestației, mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, considerând că această contestație trebuie anulată.

În ceea ce privește conținutul contestației, autoritatea contractantă face precizarea că s-a conformat dispozițiilor deciziei nr. ..., în sensul că a procedat la reevaluarea ofertelor depuse de S.C. ...S.R.L. și S.C. ... S.A., situație în care a comunicat operatorilor economici implicați în procedură rezultatul reevaluării ofertelor și desemnarea ofertei câștigătoare, considerând că existența plângerii nu are relevanță.

În susținerea contestației sale, contestatoarea S.C. ...S.R.L. susține că oferta sa a fost declarată ilegal ca fiind inacceptabilă și neconformă, arătând că prin decizia Consiliului nr. ..., definitivă prin neatacare, acesta a apreciat, între altele, faptul că „evaluarea ofertei contestatoarei nu a fost finalizată, în condițiile în care autoritatea contractantă trebuia să continue demersurile, în temeiul art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, în sensul verificării sustenabilității susținerilor contestatoarei din răspunsul nr. 1279/C din 06.07.2016, privind posibilitatea susținerii diferenței de manoperă din profitul prevăzut, precum și a verificării impactul valoric al susținerilor acesteia (contestatoarea indicând sursa din care urmează să fie suportate diferențe de tarif apărute), demers care nu este de natură să conducă la încălcarea prevederilor art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006”. Astfel, contestatoarea, făcând trimitere la prevederile art. 430 – 432 din Codul de procedură civilă, consideră că

decizia nr. ... se bucură de autoritate de lucru judecat, fiind obligatorie pentru autoritatea contractantă în procesul de reevaluare.

Astfel, contestatoarea arată că după emiterea deciziei antemenționată, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr. 8146/15.09.2016, referitoare la diferența de manoperă rezultată din aplicarea prevederilor HG nr. 1017/2015 (tarif orar), respectiv precizarea posibilității de susținere a acesteia, răspunsul fiind comunicat prin adresa nr. 1810C/16.09.2016, prin care s-a demonstrat că impactul valoric al majorării manoperei este de doar 15.454,36 lei, reprezentând doar 15,93% din profitul ofertat, aspecte deja tranșate definitiv de către Consiliu, singurul element ce trebuia verificat de către comisia de evaluare în etapa de reevaluare fiind încadrarea acestei majorări, ca sumă totală la nivelul devizului ofertă, în profitul total ofertat.

Contestatoarea consideră referirea autorității contractante, din comunicarea rezultatului procedurii, la alte decizii ale CNSC prin care s-a interzis suportarea majorării salariului minim garantat în plată din cota de profit, respectiv, de cheltuieli indirecte, ca fiind neavenită, în condițiile existenței unei decizii cu autoritate de lucru judecat în speță.

De asemenea, în ceea ce privește afirmația autorității contractante, conform căreia, acceptarea depunerii de situații de lucrări/plată în care majorarea salariului minim garantat în plată este suportată din cota de profit este contrară realității și ar duce la decontări eronate, contestatoarea susține că prin fișa de date a achiziției nu s-a acceptat ajustarea prețului ofertat pe parcursul execuției, nici situația de lucrări/plăți, pentru nici un ofertant/executant, nu doar pentru societatea sa nu va reflecta situația reală a costurilor directe ale constructorului, în condițiile în care pe parcursul a 14 luni de execuție fluctuează cel puțin următoarele:

- salariul minim garantat în plată, în funcție de actele normative emise;
- prețul motorinei folosite atât la transporturi cât și la utilaje, în funcție de cotația internațională a barilului de petrol și de actele normative emise;
- prețul bitumului folosit în cadrul mixturilor asfaltice, în funcție de cotația internațională a barilului de petrol și de actele normative emise;
- prețul materiilor prime și a materialelor la furnizori, niciunui furnizor neputându-i fi impus să își mențină prețurile ferme pentru o durată de execuție de 14 luni, durată care nu se știe de când începe să curgă.

Mai mult, contestatoarea subliniază că, în conformitate cu decizia nr. ... rezultă că solicitarea de clarificări și acceptarea suportării diferenței de manoperă din cota de profit, ca răspuns la solicitare, nu este în măsură să încalce prevederile art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Invocând prevederile art. 14 din Codul de procedură civilă, coroborate cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, art. 28 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, art. 153, art. 154, art. 170 din Codul de procedură civilă și cu cele ale art. 21 din Constituția României, S.C.

...S.R.L. solicită comunicarea tuturor actelor de procedură transmise de către autoritatea contractantă/eventuali intervenienți doar către CNSC, având în vedere drepturile sale la apărare.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ...S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 30886/2202 C5/12.10.2016, Consiliul a solicitat autorității contractante ... înaintarea documentelor necesare, respectiv cele întocmite/primate ulterior Deciziei Consiliului nr. ..., precum și dovada publicării în SEAP a contestației în conformitate cu art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă ... a comunicat, prin adresa nr. 8881/13.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31062/13.10.2016, punctul de vedere referitor la contestația formulată de S.C. ...S.R.L., prin care a arătat că s-a conformat dispozițiilor deciziei nr. ..., în sensul că a procedat la reevaluarea ofertelor depuse de S.C. ...S.R.L. și S.C. ... S.A.

Cu privire la oferta contestatoarei S.C. ...S.R.L., autoritatea contractantă face precizarea că a solicitat clarificări pentru lămurirea aspectului referitor la modul în care are posibilitatea susținerii diferenței de manoperă din profitul prevăzut, precum și a verificării impactului valoric al susținerilor ofertantului. În urma primirii răspunsului nr. 1810C/16.09.2016, comisia de evaluare a considerat că acesta este neconcludent, în sensul că tariful orar trebuia stabilit în conformitate cu prevederile HG nr. 1017/2015 care are aplicabilitate începând cu data de 01.05.2016, iar durata de desfășurare a contractului prevăzută în fișa de date a achiziției este de 14 luni, situație în care trebuia avut în vedere la stabilirea tarifului orar prevederile legale menționate.

Autoritatea contractată susține că în situația în care se acceptă suportarea diferenței de tarif orar din profit, comisia consideră că aceasta presupune întocmirea de situații de plată care nu corespund realității și care încalcă dispozițiile legale aplicabile la data efectuării plăților și elaborării înscrisurilor aferente.

În ceea ce privește susținerea Consiliului din decizia nr. ..., în sensul că „Referirile autorității contractante la practica/jurisprudența Consiliu și cea națională nu pot fi reținute având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, iar pe de altă parte de faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept”, autoritatea contractantă subliniază că, în spețe similare, CNSC au pronunțat soluții de respingere a contestațiilor cu privire la nerespectarea prevederilor HG nr. 1017/2015 referitoare la cuantumul salariului minim pe economie. De asemenea, se face trimitere la prevederile art. 62 din Legea nr. 101/2016.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca inadmisibilă și nefondată.

Prin adresa nr. 2044C/14.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31246/14.10.2016, contestatoarea S.C. ...S.R.L. a comunicat concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, prin care a subliniat că art. 62 din Legea nr. 101/2016 este invocat greșit, corect fiind art. 63 din același act normativ și adăugând faptul că în punctul său

de vedere autoritatea contractantă nu prezintă argumente procedurale sau pe fond care să atragă înlăturarea autorității de lucru judecat a deciziei nr.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă, ..., a inițiat procedura de atribuire, prin „cerere de oferte” online, fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare și modernizare DC75”, cod CPV 45233120-6, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. 384756/10.02.2016, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 03.03.2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată cuprinsă între 6.275.546 lei și 9.275.546 lei.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 10.02.2016, contestațiile fiind înregistrate la Consiliu la data de 07.10.2016 și 11.10.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia, *„La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare”* și a Legii 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 National de Soluționare a Contestațiilor. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării prezentelor contestații.

Rezultă că, în speță, sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform căreia *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*, astfel că procedura de soluționare a prezentei contestații urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, în vigoare la data depunerii acesteia.

Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, procedurii de atribuire în cauză [astfel cum este acesta definită de art. 3 lit. ș) din OUG nr. 34/2006] îi sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 12 operatori și asocieri de operatori economici, printre care și cele două contestatoare, așa cum rezultă din conținutul procesului verbal nr. 1888/09.03.2016 de constatare a depunerii documentelor de calificare și a propunerilor tehnice în SEAP.

În cadrul aceleiași procedurii de atribuire au mai fost formulate contestații de:

- S.C. ...S.R.L. împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 6399/14.06.2016, soluționată prin decizia nr. 1415/C5/1572/11.08.2016, în sensul că aceasta a fost respinsă ca

inadmisibilă. Decizia a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel Cluj, constituind obiectul dosarului nr. ..., plângerea fiind respinsă;

- S.C. ...S.R.L. împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 6298/14.07.2016, soluționată prin decizia nr. ..., în sensul că aceasta a fost admisă, în parte, s-a anulat, în parte, raportul procedurii nr. 6347/12.07.2016 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta declarată câștigătoare și oferta contestatoarei și la aplicarea criteriului de atribuire și a obligat autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze ofertele depuse de SC ...SRL și de SC ... SA. Decizia nu a fost atacată cu plângere la instanța competentă, astfel că și-a dobândit forța obligatorie.

Autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului nr. ... din 07.09.2016, a reevaluat oferta depusă de SC ...SRL și a stabilit noul rezultat al procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 8408/27.09.2016. Împotriva acestui rezultat al procedurii au formulat contestații atât S.C. ...S.R.L. cât și SC ...SRL.

În ceea ce privește contestația formulată de S.C. ...S.R.L., care face obiectul Dosarului nr. .../2016, Consiliul constată următoarele:

Din conținutul contestației formulată de S.C. ...S.R.L. în calitate de lider al asocierii S.C. ...S.R.L. și SC ...SRL, rezultă că aceasta este nemulțumită de faptul că derularea prezentei proceduri de atribuire a avut loc fără să fie luată în considerare și oferta asocierii din care făcea parte, ca urmare a Deciziei Consiliului nr. ...din 11.08.2016, în cadrul contestației autoarea acesteia solicitând: anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 8478/29.09.2016 a tuturor actelor subsecvente precum și a actelor ulterioare declarării ofertei sale ca inacceptabilă, anularea răspunsului formulat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 8602/05.10.2016, „remediarea procedurii de atribuire”, „suspendarea judecării prezentei contestații până la soluționarea dosarului nr. ... al Curții de Apel Cluj”.

Așa cum s-a reținut într-unul din paragrafele anterioare, în cadrul aceleiași proceduri, Consiliul a soluționat o altă contestație formulată de către aceeași contestatoare, în sensul că prin Decizia nr. 1415/C5/1572/11.08.2016, aceasta a fost respinsă ca inadmisibilă.

Această decizie a fost atacată cu plângere, de către S.C. ...S.R.L., la Curtea de Apel Cluj această decizie, constituind obiectul dosarului nr. La data de 13.10.2016, potrivit informațiilor publicate pe portalul justiției, prin Hotărârea nr. 1800/13.10.2016, instanța s-a pronunțat în legătură cu plângerea depusă, în sensul că a respins plângerea și a menținut în întregime decizia Consiliului, astfel că cererea contestatoarei de suspendare a soluționării contestației este rămasă fără obiect.

În aceste condiții, Decizia nr. ...din 11.08.2016, pronunțată de Consiliu în legătură cu contestația formulată de S.C. ...S.R.L. și-a dobândit caracterul „definitiv și executoriu”.

Analizând excepția nulității contestației formulată de S.C. ...S.R.L., invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, așa cum rezultă din motivele prezentate în continuare.

Întrucât, în cadrul contestației formulată de S.C. ...S.R.L. nu s-au regăsit toate elementele prevăzute de art. 10 din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 30478/2175 C5/10.10.2016, Consiliu a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, comunicarea, în termen de cel mult 3 zile, începând cu cea următoare primirii adresei, a motivării în fapt și în drept a contestației, a mijloacelor de probă pe care se sprijină contestația, a actului atacat din care să reiasă data luării acestuia la cunoștință, așa cum este stipulat la art. 10 din Legea nr. 101/2016, precum și dovada înaintării, către autoritatea contractantă, a precizărilor solicitate prin adresă.

Prin adresa nr. 296/12.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 30927/12.10.2016, S.C. ...S.R.L. a răspuns parțial solicitării Consiliului. Astfel, prin răspunsul transmis Consiliului, contestatoarea a comunicat aceeași contestație, înregistrată sub nr. 442/07.10.2016, copia notificării prealabile nr. 432/04.10.2016, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 8602/04.10.2016, precum și adresa privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 8478/29.09.2016, fără a prezenta motivarea în fapt și în drept a contestației prin raportare la actul atacat, respectiv prin raportare la adresa nr. 8478/29.09.2016 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii.

Acționând în acest fel, contestatoarea și-a asumat riscurile anulării contestației sale, în speță, fiind incidente dispozițiile art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, teza finală, potrivit căreia *„În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația este anulată”*.

Având în vedere cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) în Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă privind nulitatea contestației și va anula contestația formulată de S.C. ...S.R.L. în contradictoriu cu autoritatea contractantă

În ceea ce privește contestația formulată de SC ...SRL, care face obiectul Dosarului nr. .../2016, Consiliul constată următoarele:

Analizând conținutul contestației rezultă că aceasta este îndreptată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 8480/29.09.2016, rezultat potrivit căruia oferta depusă de SC ...SRL a fost declarată „inacceptabilă în baza art. 11 alin. (1) lit. d) din HG nr. 925/2006, neconformă în baza art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 și respinsă în baza art. 81 din același act normativ, din următoarele motive:

- tariful orar trebuia stabilit în conformitate cu prevederile art. HG 1017/2015 care are aplicabilitate începând cu 01.05.2016, iar durata de desfășurare a contractului prevăzută în fișa de date a achiziției este de 14 luni, situație în care trebuia avut în vedere la stabilirea tarifului orar prevederile legale anterior menționate;

- în situația în care se acceptă suportarea diferenței de tarif orar din profit, comisia consideră că aceasta ar presupune întocmirea de situații de plată care nu corespund realității și care încalcă dispozițiile

legale aplicabile la data efectuării plăților și elaborării înscrisurilor aferente”.

Contestatoarea este nemulțumită de acest rezultat, considerând că Decizia nr. ... din 07.09.2016, prin care Consiliul a dispus autorității contractante reevaluarea ofertei sale, „se bucură de autoritatea de lucru judecat, fiind obligatorie pentru autoritatea contractantă în procesul de evaluare”.

Atașat contestației, autoarea acesteia a depus notificarea prealabilă înregistrată sub nr. 1953C/04.10.2016, transmisă autorității contractante, prin care solicită revenirea asupra reevaluării ofertei sale, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente cu respectarea autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... din 07.09.2016, precum și reevaluarea ofertei sale cu constatarea caracterului admisibil al acesteia. La această notificare prealabilă, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 8618/05.10.2016, înregistrată la contestatoare sub nr. 1968C/06.10.2016, precizând că își menține decizia luată de comisia de evaluare.

Potrivit propunerii financiare a contestatoarei, valoarea ofertată de SC ...SRL a fost de 5.429.486,82 lei.

Din conținutul documentelor depuse la dosarul cauzei rezultă că, pentru a ajunge la concluzie atacată în prezenta cauză, autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului nr. ... din 07.09.2016. În acest sens, în cadrul procesului verbal intermediar de evaluare nr. 17, comisia de evaluare a decis solicitarea de clarificări referitoare la diferența de manoperă rezultată din aplicarea prevederilor art. HG 1017/2015 și posibilitatea de susținere a acesteia. Astfel, prin adresa nr. 8146/15.09.2016, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC ...SRL „clarificarea aspectului referitor la diferența de manoperă rezultată din aplicarea prevederilor HG 1017/2015 (tarif orar) și de asemenea să precizați posibilitatea de susținere a acesteia”.

SC ...SRL a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 1810 C/16.09.2016, comunicând următoarele: *„Diferența de tarif orar, de la 7 lei/oră, la 7,382 lei/oră, de 0,382 lei/oră, conform HG 1017/2015, o vom suporta din valoarea profitului ofertat, și anume 2%, respectiv din valoarea de 97.011,70 lei. Diferența de 0,382 lei/oră a tarifului orar, înmulțită cu 40.456,435 ore de manoperă, conform extrasului C7 reprezintă valoare de 15.454,36 lei, reprezentând doar 15,93% din profitul ofertat. Scăzând această valoare din valoarea totală a profitului nostru, rezultă un profit rămas de 81.557,37 lei. Aceste calcule demonstrează faptul că, impactul valoric al aplicării diferenței de 0,382 lei/oră, conform HG 1017/2015, este extrem de redus, evidențiind posibilitatea incontestabilă a societății noastre de a susține diferența de manoperă din profitul prevăzut în ofertă”.*

Autoritatea contractantă a analizat acest răspuns și, în cadrul raportului procedurii înregistrat sub nr. 8408/27.09.2016, a consemnat că acesta este „neconcludent raportat la faptul că trebuia să respecte prevederile legale în vigoare pe durata desfășurării contractului, respectiv HG 1017/2015 care are aplicabilitate începând cu data de 01.05.2016, iar durata de desfășurare a contractului prevăzută în fișa de

date a achiziției este de 14 luni, situație în care acesta avea obligația să aibă în vedere la stabilirea tarifului orar prevederile legale anterior menționate. În situația în care se acceptă suportarea diferenței de orar din profit, comisia consideră că aceasta ar presupune întocmirea de situații de plată care nu corespund realității și care încalcă dispozițiile legale aplicabile la data efectuării plăților și elaborării înscrisurilor aferente. La adoptarea acestei decizii, în aplicarea prevederilor art. 2 lit. b) din OUG nr. 34/2006 comisia de evaluare are în vedere faptul că într-o situație similară cu cea a ofertantului SC ...SRL se regăsesc și ceilalți ofertanți, respectiv Asocieria ... SRL și SC ... SRL și SC ... SA, care au fost respinși pe același motiv. Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare decide în unanimitate respingerea ofertei depusă de SC ...SRL ca inacceptabilă în baza art. 36 alin. 1 ind. d) și neconformă în baza art. 79 alin. 1 din HG 925/2006 și respinsă în baza art. 81 din același act normativ”.

În analiza criticii privind modul de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul apreciază relevante următoarele considerații din Decizia nr. ... din 07.09.2016.

„Analizând critica autoarei contestației referitoare la decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă și neconformă, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Astfel, verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare privind evaluarea ofertei contestatoarei, Consiliul constată că, în cadrul procesului-verbal intermediar de evaluare nr. 15, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 5984/30.06.2016, s-a constatat, în legătură cu oferta contestatoarei, faptul că tariful orar avut în vedere pentru plata personalului angajat este stabilit conform prevederilor HG nr. 1091/2014, în sumă de 6,225 lei/oră, iar procedura de atribuire s-a desfășurat pe parcursul mai multor luni iar la data de 01.05.2016 a intrat în vigoare HG nr. 10917/2015, care stabilește «tariful orar de 7,382».

Având în vedere acest aspect, prin adresa nr. 6170/06.07.2016 Dosar 9/G/2016, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei comunicarea tarifului orar avut în vedere pentru plata personalului angajat, raportat la faptul că HG nr. 1091/2014 pentru stabilirea salariului minim brut pe tara garantat în plată, art. 1 alin. (2) se stabilește suma de 6,225 lei/oră iar începând cu data de 1 mai 2016, potrivit prevederilor HG nr. 1071/2015 tariful orar este de 7,382 lei.

Contestatoarea a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr. 1279/C din 06.07.2016, comunicând următoarele: «Diferența de tarif orar de la 7 lei/oră conform HG nr. 1017/2015, de 0,382 lei, o vom suporta din valoarea profitului ofertat de 2%, respectiv din valoarea de 97.011,70 lei».

Autoritatea contractantă a considerat acest răspuns ca fiind neconcludent și a decis (în baza art. 81 din HG nr. 925/2006) respingerea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă în baza art. 36 alin. (1) lit. d) din HG nr. 925/2006 și neconformă în baza art. 79 alin. (1) din același act normativ aspect reținut în procesului-verbal intermediar de

evaluare nr. 15, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 6283/11.07.2016.

Consiliul apreciază ca fiind relevante în analizarea acestei critici următoarele prevederi legale:

- art. 1 alin. (2) din HG nr. 1091/2014 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe tara garantat în plată, potrivit căruia «Începând cu data de 1 iulie 2015, salariul de bază minim brut pe tara garantat în plată se stabilește la 1.050 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 168,667 de ore în medie pe lună în anul 2015, reprezentând 6,225 lei/oră»;

- art. 1 din Hotărârea nr. 1017/2015 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe tara garantat în plată, publicată în Monitorul Oficial la data de 31.12.2015, potrivit căruia «Începând cu data de 1 mai 2016, salariul de bază minim brut pe tara garantat în plată se stabilește la 1.250 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 169,333 ore în medie pe lună în anul 2016, reprezentând 7,382 lei/oră».

- art. 3 din Hotărârea nr. 1017/2015 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe tara garantat în plată, publicată în Monitorul Oficial la data de 31.12.2015, «La data prevăzută la [art. 1](#), Hotărârea Guvernului [nr. 1.091/2014](#) pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe tara garantat în plată, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 902 din 11 decembrie 2014, se abrogă».

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire la data de 10.02.2016 când a fost publicată în SEAP invitația de participare, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită la 03.03.2016.

Potrivit reglementărilor legale citate anterior, la data de 31.12.2015, a fost publicat actul normativ care modifică, începând cu 1 mai 2016, salariul minim brut pe tara de la 1.050 lei/lună (6,225 lei/oră) la 1.250 lei/lună (7,382 lei/oră), ceea ce coroborat cu faptul că prezentul contract urmează să se deruleze pe o perioadă de 14 luni, conduce la concluzia că ofertanții, deci inclusiv contestatoarea, trebuiau să elaboreze oferta cu luarea în considerare și a reglementărilor legale publicate la data de 31.12.2015, referitoare la salariul de bază minim brut pe tara garantat în plată, relevant în speță fiind adagiul «Nemo censitar ignorare lege» (nimeni nu poate invoca necunoașterea legii).

Întrucât la data de 31.12.2015 au fost publicate reglementări privind salarizarea muncii care modifică acest tarif începând cu data de 1 mai 2016 (dată la care se abrogă HG nr. 1091/2014) și având în vedere faptul că din cauza prelungirii desfășurării procedurii de atribuire contractul urmează a se derula sub imperiul prevederilor HG nr. 1017/2015, Consiliul constată că, în mod corect, autoritatea contractantă i-a transmis contestatoarei adresa nr. 6170/06.07.2016.

Așa cum rezultă din lucrările membrilor comisiei de evaluare, acest răspuns nu a fost considerat neconcludent, aceștia considerând că în speță sunt incidente prevederile art. 36 alin. (1) lit. d) din HG nr. 925/2006 [«oferta nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, atunci când această cerință este formulată în conformitate cu prevederile art. 34 alin. (2) din ordonanța de urgență»].

Consiliul apreciază că evaluarea ofertei contestatoarei nu a fost finalizată, în condițiile în care autoritatea contractantă trebuia să continue demersurile, în temeiul art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, în sensul verificării sustenabilității susținerilor contestatoarei din răspunsul nr. 1279/C din 06.07.2016, privind posibilitatea susținerii diferenței de manoperă din profitul prevăzut, precum și a verificării impactul valoric al susținerilor acesteia (contestatoarea indicând sursa din care urmează să fie suportate diferențe de tarif apărute), demers care nu este de natură să conducă la încălcarea prevederilor art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În aceste condiții, critica autoarei contestației privind aspectul analizat apare ca fiind întemeiată”.

Analizând decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei prin raportare la răspunsul acesteia și la considerentele Deciziei nr. ... din 07.09.2016, anterior citate, Consiliul constată că, în mod greșit comisia de evaluare a decis respingerea ofertei depusă de SC ... SRL.

Astfel, deși prin Decizia nr. ... din 07.09.2016, Consiliul a reținut necesitatea ca autoritatea contractantă să continue demersurile și să verifice atât sustenabilitatea susținerilor contestatoarei din răspunsul nr. 1279/C din 06.07.2016, privind posibilitatea susținerii diferenței de manoperă din profitul prevăzut, cât și impactul valoric al susținerilor acesteia, membrii comisiei de evaluare au ignorat explicațiile transmise de ofertant, potrivit cărora valoarea de 15.454,36 lei reprezentând diferența de manoperă va fi suportată din profitul în valoare este de 97.011 lei, considerându-le în mod eronat ca fiind neconcludente.

În situația în care, Consiliul ar fi apreciat că în nicio situație diferența de manoperă în discuție nu ar putea fi suportată din profit, soluția pronunțată cu privire la contestația care a făcut obiectul dosarului nr. 1645/2016 ar fi fost, în mod clar, cea de respingere a contestației sub acest aspect și nu de admitere a acesteia în parte.

În acest context, Consiliul constată că Decizia nr. ... din 07.09.2016 nu a fost atacată cu plângere la instanța competentă de către niciuna din părți, prin urmare nici de către autoritatea contractantă, decizia dobândind caracter obligatoriu pentru părți, iar autoritatea contractantă având obligația de a o aplica întocmai. Atât dispozitivul cât și considerentele acesteia se bucură de autoritate de lucru judecat conform dispozițiilor art. 430 alin. (2) din Noul Cod de Procedură Civilă, prin urmare susținerile autorității contractante referitoare la imposibilitatea suportării diferenței de manoperă din profit nu pot fi acceptate, în condițiile în care considerentele deciziei se bucură de autoritate de lucru judecat.

Verificările dispuse de Consiliu au avut în vedere faptul că procedura de atribuire a fost inițiată în luna februarie 2016, prin urmare după publicarea în Monitorul Oficial al României a HG nr. 1017/2015, dar înainte de 01.05.2016, dată la care salariul minim pe economie s-a modificat de la 1.050 lei/lună la 1.250 lei/lună, astfel încât, cel puțin teoretic, exista posibilitatea ca o parte din contract să fie executat înainte de data de 01.05.2016.

Analizând prevederile documentației de atribuire se constată că în cuprinsul acesteia, contrar dispozițiilor art. 33 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu a menționat obligația ofertanților de a întocmi propunerea financiară cu respectarea dispozițiilor art. HG nr. 1017/2015, act normativ care modifica salariul minim pe economie începând cu data de 01.05.2016, dată ulterioară inițierii procedurii de atribuire.

Analizând răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări pe care autoritatea contractantă i-a transmis-o în vederea punerii în aplicare a deciziei nr. ... din 07.09.2016, Consiliul constată că, impactul financiar asupra valorii propunerii financiare este „zero”, în condițiile în care ofertanta contestatoare a făcut dovada că poate suporta diferența de manoperă, respectiv suma de 15.454,36 lei (aproximativ 0,3% din valoarea propunerii financiare), din profitul prevăzut pentru lucrarea în discuție.

Pe cale de consecință, susținerea autorității contractante potrivit căreia diferența de manoperă nu se poate suporta din profit, nu poate fi reținută de Consiliul în condițiile în care ofertantul face dovada că profitul prevăzut este net superior acestei diferențe.

Față de această situație, Consiliul apreciază că, în cauză, sunt incidente dispozițiile art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006, teza finală, care stipulează că: *„(3) Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant **sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire**”.*

În aceste condiții, se impune ca autoritatea contractantă să aplice prevederile art. 80 alin. (1) din HG nr. 925/2006, potrivit cărora *„Comisia de evaluare are dreptul de a corecta erorile aritmetice sau viciile de formă numai cu acceptul ofertantului. În cazul în care ofertantul nu acceptă corecția acestor erori/vicii, oferta sa va fi considerată neconformă”*, iar în cazul în care ofertantul este de acord, să-i solicite acestuia redepunerea formularelor care sunt vizate de acest viciu de formă.

Astfel, Consiliul apreciază ca fiind nefondate susținerile autorității contractante referitoare la faptul că „în situația în care se acceptă suportarea diferenței de tarif orar din profit, comisia consideră că aceasta ar presupune întocmirea de situații de plată care nu corespund realității și care încalcă dispozițiile legale aplicabile la data efectuării plăților și elaborării înscrisurilor aferente”.

Referirile autorității contractante la practica CNSC nu pot fi reținute având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, iar pe de altă parte de faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante referitoare la situația altor ofertanți, Consiliul constată că aceștia nu au înțeles să depună în cadrul termenului legal notificare și contestație, iar Consiliul

nu se poate pronunța cu privire la acest aspect. Exercitarea sau nu a unei căi de atac împotriva unui act administrativ este o chestiune care ține exclusiv de voința (decizia) fiecărei persoane juridice în parte.

În acest context, Consiliul reține că în conformitate cu dispozițiile art. 206 alin. (1¹) din OUG nr. 34/2006: *„În sensul prevederilor alin. (1), se consideră operator economic implicat în procedura de atribuire orice candidat/ofertant pe care autoritatea contractantă nu l-a informat încă despre decizii care îi vizează direct candidatura/oferta proprie sau orice candidat/ofertant a cărui candidatură/ofertă nu a fost încă respinsă definitiv de autoritatea contractantă. O respingere este considerată definitivă dacă a fost comunicată operatorului economic în cauză și fie a fost considerată legală de către Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor sesizat în legătură cu acest aspect, fie nu a făcut ori nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.*

În aceste condiții, Consiliul constată ca fiind întemeiată contestația formulată de SC ... SRL, astfel că, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, va admite contestația, va anula în parte raportul procedurii și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de contestatoare, precum și la aplicarea criteriului de atribuire și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Anulează contestația formulată de S.C. ...S.R.L. în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă. Anulează, în parte, raportul procedurii înregistrat sub nr. 8408/27.09.2016 și actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la oferta depusă de SC ...SRL și la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 15 pagini.