C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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) 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 contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată în registrul comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ....., administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii nr. 825 din 11.02....., a raportului procedurii nr. 784/08.02..... și a deciziei de anulare nr. 783/08.02....., emise de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, inițiată cu anunț de participare simplificat nr. SCN 1033589, publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., ... SRL atacă actele amintite, emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, potrivit cărora s-a luat măsura anulării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul apreciază că motivarea autorității contractante, referitoare la anulare, este trunchiată și falsă:

- la data de 29.12.2018, în M.Of. nr. 1116, s-a publicat OUG nr. 114 privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene, prin care la art. 71. alin. (1) se

stipulează: «Prin derogare de la prevederile art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în perioada 1 ianuarie ..... - 31 decembrie ....., pentru domeniul construcțiilor, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de 3.000 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 17,928 lei/oră»;

- *având în vedere că valoarea estimată a contractului aferent prezentei proceduri este calculată la salariul minim pe economie de 1.900 lei, se consideră nu doar oportun dar și necesar să se revizuiască această valoare, în vederea formulării unor oferte unitare.*

Contestatorul învederează faptul că:

- data inițierii procedurii de atribuire a fost ....., anterior datei de publicare în M.Of. a OUG nr. 114/2018 prin care s-a stabilit salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată la 3.000 lei pentru perioada 01.01.....-31.12.....;

- data limită de depunere a ofertelor a fost 11.01....., ora 15:00;

- la data de 11 ianuarie ....., în M.Of nr. 32, s-a publicat Instrucțiunea nr. 2, în care, la art. 9 alin. (5), se prevede, fără echivoc, că "în cazul apariției unei situații de natura celor prevăzute la art. 7, prețul va fi actualizat, fie odată cu semnarea contractului/acordului-cadru de achiziție publică/sectorială, fie ulterior, prin act adițional la acesta."

Totodată, contestatorul arată că situația prevăzută la art. 7 alin. (1) și (2) este opozabilă situației din speță, în sensul că *"prin situație imprevizibilă se înțelege un eveniment care, fără a intra în sfera forței majore, nu putea fi prevăzut în momentul depunerii ofertei, fiind mai presus de controlul părților contractante, care nu se datorează greșelii sau culpei acestora și care are ca efect crearea unei disproporții de prestații între părți, afectând interesele comerciale legitime ale uneia dintre acestea.*

(2) Vor fi asimilate situațiilor imprevizibile, care determină actualizarea prețului contractului, după caz, și fără a se limita la, cele ce urmează:....

b) modificarea salariului minim aplicabil, toată valoarea manoperei va fi actualizată cu un procent egal cu cel cu care a fost indexat salariul minim...".

Contestatorul mai consideră că aceste măsuri sunt trunchiate și false întrucât intervin după adresarea solicitărilor de clarificări la faza de evaluare tehnică și după ce ofertanții și-au prezentat răspunsurile la aceste clarificări.

În contextul în care:

- având în vedere că proiectul se derulează pe fonduri europene, documentația de atribuire a fost verificată și aprobată de autoritatea de management, odată ce a fost postată pe platforma SEAP;

- Instrucțiunea nr. 2 prevede, clar și fără echivoc, că actualizarea prețului contractului se va face o dată cu semnarea contractului de execuție lucrări ori prin act adițional la acesta;
- are o ofertă completă, corectă și dedicată;
- solicitările de clarificări adresate sub nr. 670/05.02..... sunt formale și nu sunt de natură să o elimine din competiție;
- răspunsurile la solicitările de clarificări au fost furnizate în termenul precizat, sunt complete și nu sunt de natură să completeze sau să modifice propunerea tehnică;
- oferta financiară este formată prin luarea în considerare a majorării salariale prevăzută de art. 71 alin. (1) al OUG nr. 114/2018,

contestatorul consideră că nu s-au respectat principiile stipulate de art. 2 din Legea nr. 98/2016, nu se asigură o concurență loială și au fost create premisele unor circumstanțe artificiale de a anula procedura de achiziție.

De asemenea, susține că netemeinicia deciziei luate rezidă din însuși articolul invocat ca bază pentru anulare, respectiv art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, iar prevederile OUG nr. 114/2018 nu afectează procedura în sine, ci doar modul de încheiere a contractului, care, și acesta, a fost clarificat prin art. 9 alin. (5) din Instrucțiunea nr. 2, astfel încât se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Având în vedere existența anterioară a unor decizii ale CNSC la contestații similare, contestatoarea precizează că se probează afirmațiile sale, conform cărora autoritatea contractantă nu a săvârșit erori sau omisiuni și nu se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, măsuri corective ce constau în reevaluarea corectă a ofertelor, în baza documentației de atribuire postate la data de .....

De asemenea, contestatorul a arată că nu rezultă nici imposibilitatea încheierii contractului, având în vedere că există cel puțin un ofertant care are ofertă admisibilă (la această etapă), potrivit motivărilor arătate, iar, potrivit art. 137 alin (4) din HG nr. 395/2016, „ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile". În realitate, motivele ce pot sta la baza anularii unei proceduri sunt clar statuate la art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, or situația invocată de autoritatea contractantă nu este opozabilă niciuneia dintre acestea.

Din analiza raportului procedurii nr. 784/08.02..... nu rezultă existența unor motive pentru anularea procedurii, fiind astfel încălcat art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, în sensul că autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire.

În drept, contestatoare invocă dispozițiile art. 8 alin. (1), art. 10 alin. (1) din Legea 101/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 1013/21.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 6814/22.02....., autoritatea contractantă a transmis punctul de

vedere față de contestația formulată de ..... SRL, solicitând constatarea netemeiniciei contestației și respingerea ei, ca fiind fără obiect.

În prealabil, autoritatea contractantă susține că, prin evaluarea realizată, cât și prin solicitările de clarificări adresate, comisia de evaluare a încercat să prezinte, în mod cât mai clar și exhuastiv, astfel încât ofertanții să aibă posibilitatea de a furniza un răspuns corect și nicidecum nu a dorit să dea dovadă de rea-credință.

De asemenea, în lumina prevederilor art. 134. alin. (1) din HG nr. 395/2016 (pe care îl citează), autoritatea contractantă menționează că toate ofertele au fost analizate unitar și tuturor li s-au aplicat aceleași criterii, li s-au adresat solicitări de clarificări prin aceeași abordare, respectând principiile statuate de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă arată că au fost adresate solicitări de clarificări tuturor ofertanților, în scopul de a se edifica asupra situației de fapt privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de calificare/specificațiilor tehnice.

Mai mult, prin solicitările de clarificări adresate tuturor ofertanților, nu s-au solicitat documente în plus față de cerințele inițiale din documentația de atribuire, ci a fost verificată conformitatea propunerilor tehnice depuse cu cerințele din documentația de atribuire.

Raportat la condiția de întocmire a documentației de atribuie, autoritatea contractantă subliniază faptul că aceasta, conținând „orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire", are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din toată documentația de atribuire.

Potrivit dispozițiilor art. 133 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă, atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică (alin. 1), iar propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv (alin. 2).

Autoritatea contractantă susține că o astfel de verificare trebuie să fie reală și temeinică, or, din alegațiile contestatoarei, rezidă ideea că aceste verificări au fost tendențioase, deși din documentele ofertei prezentate de aceasta rezulta îndeplinirea obligațiilor solicitate de autoritatea contractantă.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că este de notorietate că evaluarea ofertelor depuse într-o procedură de achiziție publică reprezintă o activitate complexă a comisiei de evaluare care este ținută la a se edifica pe deplin, atât ca urmare a analizării ofertelor, cât și ca urmare a eventualelor solicitări de clarificări cerute autoarelor acestora, asupra caracterului admisibil al ofertelor, respectiv asupra modului în care acestea răspund întru-totul necesităților de achiziție ale

autorității contractante, așa cum sunt descrise în documentația de atribuire. Necesitatea clarificării ofertelor se impune cu atât mai mult cu cât specificul obiectului achiziției este unul de anvergură pentru localitate, iar prin documentația de atribuire se determină variații notabile între oferte, având ca sursă posibilitatea autoarelor acestora de a interveni în maniera proprie în satisfacerea necesităților de achiziție ale autorității.

În atare situație, autoritatea contractantă arată că, în stabilirea admisibilității ofertelor primite, are în vedere și caracterul particular al fiecăreia, evaluarea și clarificarea acestora neavând ca scop uniformizarea lor, ci doar verificarea modului în care răspund necesităților autorității contractante și exigențelor legale ale procesului de achiziție publică.

Concluzionând, pentru motivele susținute, autoritatea contractantă solicită constatarea netemeiniciei contestației formulate și respingerea ei, ca fiind fără obiect.

În ceea ce privește criticile contestatoarei, autoritatea contractantă susține că decizia a intervenit pe parcursul derulării procedurii din speță, motivată de cazul legal în care este permisă anularea, respectiv de faptul că:

- la data de 29.12.2018, în MOf nr.1116, s-a publicat OUG nr. 114 privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene, prin care, la art. 71 alin. (1), se stipulează: "Prin derogare de la prevederile art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003-Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în perioada 1 ianuarie ..... - 31 decembrie ....., pentru domeniul construcțiilor, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de 3.000 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 17,928 lei/ora";

- având în vedere că valoarea estimată a contractului aferent prezentei proceduri este calculată la salariul minim pe economie de 1.900 lei, se consideră nu doar oportun dar și necesar să se revizuiască această valoare, în vederea formulării unor oferte unitare.

Astfel, după ce se va actualiza valoarea estimată a contractului în raport cu ultimele modificări legislative, autoritatea contractantă susține că procedura de achiziție va fi reluată în condiții similare.

Așa cum a precizat și contestatoarea, autoritatea contractantă arată că data începerii procedurii de atribuire a fost ....., anterior datei de publicare în M.Of. a OUG nr. 114/2018 prin care s-a stabilit salariul de bază minim brut pe țară garantat în plata la 3.000 lei pentru perioada 01.01.....-31.12....., iar data limită de depunere a ofertelor a fost 11.01....., ora 15:00.

Motivat de aceste aspecte, se observă, fără echivoc, că autoritatea contractantă nu putea anticipa apariția unor astfel de măsuri, sens în care autoritatea nu are nicio culpă.

Autoritatea contractantă susține că a luat decizia de anulare a procedurii pentru a putea permite ofertanților să își formuleze ofertele în funcție de noile modificări legislative, imparțialitatea deciziilor luate rezidă și din faptul că momentul anulării procedurii intervine înainte de evaluarea răspunsurilor la solicitările de clarificări aferente ofertelor tehnice și înainte de a decripta propunerile financiare. Astfel că, la acest moment, comisia de evaluare nu deține un clasament al ofertelor din punct de vedere financiar.

Față de alegațiile prezentate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să analizeze și documentele emise, în contextul cărora s-au explicat motivele pentru care a decis anularea procedurii, și constatarea netemeiniciei contestației formulate.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea, în SEAP, la ....., anunțul de participare simplificat nr. SCN 1033589.

La procedura de atribuire au fost depuse cinci oferte, printre care și acea de la ..... SRL.

Nemulțumită de decizia de anulare a procedurii de atribuire, comunicată prin adresa nr. 825/11.02....., ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea acestei decizii și obligarea autorității contractante la reluarea și finalizarea procedurii de atribuire prin semnarea contractului.

Contestatoarea a îndeplinit procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, depunând recipisa de consemnare nr. 205257875/1 în valoare de 35.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Ploiești, în data de 19.02.....

Preliminar analizării aspectelor sesizate de petent, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. ..... din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În soluționarea contestației, Consiliul reține faptul că decizia de anulare a procedurii de atribuire, emisă în 08.02....., a fost impusă, în opinia unității administrativ teritorială, de necesitatea revizuirii valorii estimate a contractului (ce a fost stabilită pe baza salariului minim brut de 1.900 lei, dar care a fost modificat, de la 01.01....., la 3.000 lei), în vederea formulării unor oferte unitare.

Temeiul legal menționat de achizitor este art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016*: Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: […] c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.*

Consiliul constată că anularea procedurii nu se încadrează în rigorile impuse de articolul art. 212 alin. (1) lit. c), respectiv condițiile de la alin. (2) al aceluiași articol [În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)], în cuprinsul deciziei nefiind determinate erorile/omisiunile realizate de autoritatea contractantă, pe parcursul derulării procedurii de atribuire. Or, din procesul de evaluare a ofertelor nu a ..... că unitatea administrativ teritorială s-ar afla în prezența unei asemenea situații.

Singurul argument al anulării îl constituie necesitatea modificării valorii estimate pentru formularea unor oferte unitare, dar care nu poate fi calificat drept eroare/omisiune din moment ce, după modificarea salariului, care intervenit la 1 ianuarie ....., autoritatea contractantă a continuat procedura de atribuire cu etape de primire a ofertelor (până la 11.01.....), verificarea DUAE-urilor, a propunerilor tehnice, solicitarea de clarificări tehnice (în 05.02.....).

Având în vedere că influența salariului minim asupra modului de construire a ofertei se observă doar în etapa de analiză financiară (care nu a fost atinsă), autoritatea contractantă nu se poate pronunța asupra depunerii unor oferte neunitare, înainte de parcurgerea acestei faze.

Din moment ce schimbarea salariului minim a avut loc la 1 ianuarie ....., iar autoritatea contractantă nu a publicat nicio clarificare privind modul de formulare a prețului ofertelor, se poate înțelege fie că valoarea estimată nu este influențată de prevederile OUG nr. 114/2018, fie contractul va cunoaște o modificare chiar de la semnare, pentru ajustarea prețului din cauza salariului de 3.000 lei, conform prevederilor din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2018 privind ajustarea prețului contractului de achiziție publică/sectorială:

Art. 7 alin. (1) Prin situație imprevizibilă se înțelege un eveniment care, fără a intra în sfera forței majore, nu putea fi prevăzut în momentul depunerii ofertei, fiind mai presus de controlul părților contractante, care nu se datorează greșelii sau culpei acestora și care are ca efect crearea unei disproporții de prestații între părți, afectând

interesele comerciale legitime ale uneia dintre acestea. […] b) modificarea salariului minim aplicabil, toată valoarea manoperei va fi actualizată cu un procent egal cu cel cu care a fost indexat salariul minim;

Art. 9 alin. (5): În cazul apariției unei situații de natura celor prevăzute la art. 7, prețul va fi actualizat, fie odată cu semnarea contractului/acordului-cadru de achiziție publică/sectorială, fie ulterior, prin act adițional la acesta.

În aceste condiții, motivul de anulare a procedurii nefiind circumscris prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de ..... SRL, va anula decizia de anulare a procedurii nr. 783/08.02....., raportul procedurii nr. 784/08.02..... și actele subsecvente acestuia, va obliga autoritatea contractantă să continue evaluarea ofertelor, de la etapa de analiză a propunerilor tehnice, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, în termen de 20 de zile de la primirea prezentei decizii.

În ceea ce privește cererea petentului de obligare a autorității contractante să finalizeze procedura de atribuire prin semnarea contractului, Consiliul o va respinge, ca prematură. Având în vedere că, la acest moment, procedura de evaluare a ofertelor nu a fost finalizată, o asemenea decizie, de semnare a contractului, se poate lua doar dacă există minim o ofertă admisibilă. Pe de altă parte, o procedură de atribuire se poate finaliza prin anularea ei, dacă intervin condițiile de la art. 212 din legea achizițiilor. Astfel, nefiind parcurse toate etapele procedurale de evaluarea a ofertelor, nu se poate ridica problema semnării contractului.

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

Admite, în parte, contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ....., și anulează decizia de anulare a procedurii nr. 783/08.02....., raportul procedurii nr. 784/08.02..... și actele subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă să continue evaluarea ofertelor de la etapa de analiză a propunerilor tehnice, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, în termen de 20 de zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge, ca prematur formulat, capătul de cerere privind finalizarea procedurii prin semnarea contractului.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....

.....