



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, 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) 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.

Data.....

Prin contestația nr. 4156/12.07.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 21284/13.07.2016, formulată de S.C. S.A., cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CIF RO ..., reprezentată legal de, împotriva adresei nr. „2831”/07.07.2016, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii privind **Lotul nr. 1 „Modernizare drum comunal DC38A (DN67B) – (DJ605B), jud.”**, emisă de către(.....), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna, județul, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte online, organizată pe loturi, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect **„«Modernizare drum comunal DC38A (DN67B) – (DJ605B), județul» și «Modernizare drumuri locale, extindere alimentare cu apă, canalizare menajeră, înființare și dotare servicii publice, reabilitare, modernizare și dotare așezăminte culturale»**”, cod CPV 452331206-6 lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2), s-au solicitat următoarele: *„anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie desemnată dintre*

ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația nr. 4157/12.07.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 21285/13.07.2016, formulată de S.C. S.A. împotriva adresei nr. „2831”/07.07.2016, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii privind **Lotul nr. 2 „Modernizare drumuri locale, comuna, jud.”**, emisă de către (.....), în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-au solicitat următoarele: „anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ... S.R.L., ... S.R.L., ... S.R.L., ... S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie desemnată dintre ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația nr. 4312/18.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 21888/19.07.2016, formulată de S.C. S.A. împotriva adresei nr. 283/07.07.2016, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii privind **Lotul nr. 1 „Modernizare drum comunal DC38A (DN67B) – (DJ605B), jud.”**, emisă de către (.....), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte online, organizată pe loturi, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „**«Modernizare drum comunal DC38A (DN67B) – (DJ605B), județul» și «Modernizare drumuri locale, extindere alimentare cu apă, canalizare menajeră, înființare și dotare servicii publice, reabilitare, modernizare și dotare așezăminte culturale»**”, s-au solicitat următoarele: „anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ... S.R.L., ... S.R.L., ... S.R.L., ... S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie desemnată dintre ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația nr. 4313/18.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 21886/19.07.2016, formulată de S.C. S.A. împotriva adresei nr. 283/07.07.2016, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii în ceea ce privește **Lotul nr. 2 „Modernizare drumuri locale, comuna, jud.”**, emisă de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, s-au solicitat următoarele: „anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente

acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie desemnată dintre ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețul cel mai scăzut”.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 2831/18.07.2016, transmisă prin fax, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 21777/18.07.2016, S.C. S.R.L., cu sediul în, având CIF RO ... reprezentată legal prin administrator, a solicitat respingerea contestației, formulată de S.C. S.A. privind Lotul nr. 1 **„Modernizare drum comunal DC38A(DN67B) – (DJ605B), jud.”**, al procedurii de atribuire, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, iar pe fond, ca netemeinică.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 2832/18.07.2016, transmisă prin e-mail, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 21781/18.07.2016, S.C. S.R.L. a solicitat respingerea contestației formulată de S.C. S.A. privind **Lotul nr. 2 „Modernizare drumuri locale, comuna, jud.”**, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, iar pe fond, ca netemeinică.

Aplicând dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul conexează cele patru contestații.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 4156/12.07.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 21284/13.07.2016, S.C. S.A. critică adresa nr. „2831”/07.07.2016, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii aferent **Lotului nr. 1 „Modernizare drum comunal DC38A(DN67B) – (DJ605B), jud.”**, emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă și solicită: *„anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie*

desemnată dintre ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețului cel mai scăzut”.

Sub aspectul legislației aplicabile, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere aspectul potrivit căruia invitația de participare nr. 386953/11.04.2016, prin care a fost inițiată procedura de atribuire, a fost publicată anterior intrării în vigoare, la data de 26.05.2016, a Legii nr. 98/2016 și a Legii nr. 101/2016, în același sens afirmând: *„considerăm că autoritatea contractantă, în mod corect, a indicat în cuprinsul adresei că eventualele contestații pot fi formulate în baza O.U.G. nr. 34/2006, cu aplicabilitatea în speță a dispozițiilor art. 69 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele prevăzute de art. 6 din Noul Cod Civil, care arată că legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare, fără putere retroactivă”.*

S.C. S.A. precizează că, prin intermediul actului atacat, înregistrat la sediul societății sub nr. 4029/07.07.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, în sensul că oferta sa depusă pentru Lotul 1 *„Modernizare drum comunal DC38A(DN67B) - (DJ605B), județul”* a fost respinsă, ca neconformă, pe motiv că răspunsul dat solicitărilor de clarificări transmise de autoritatea contractantă nu ar fi fost concludent.

Petenta menționează că *„în considerentele adresei, autoritatea contractantă face referire la solicitarea de clarificări nr. 235/08.06.2016, care a avut ca obiect justificarea complinirii, de către S.C. S.A., a dispozițiilor legale prevăzute de H.G. 1017/2015, în vigoare din 01.05.2016, privind garantarea unui salariu minim brut la nivelul sumei de 1.250 lei, pentru un program complet de lucru lunar de 169,333 pe parcursul anului 2016, reprezentând 7,382 lei/oră, față de oferta prezentată care indică o manoperă ușor diminuată, cotate la 6,5 lei/oră”.*

Autoarea contestației precizează că, răspunzând solicitării de clarificări a autorității contractante, prin adresa nr. 3429/ 10.06.2016, societatea sa a arătat că diferența de valoare rezultată în urma modificării legislative privind salariul minim brut garantat, survenită după data limită de depunere a ofertelor, va fi suportată de S.C. S.A. prin diminuarea cotei de profit, de la 5% la 3,25%, subliniind totodată că își asumă orice alte modificări legislative care ar putea să intervină cu respectarea art. 18 din contract, care interzice, în mod expres, ajustarea prețului ofertat.

S.C. S.A. susține că adresa este *„complet nemotivată”*, întrucât *„nu expune niciun fel de considerente regăsite în anexa ANAP nr. 32616/16.06.2016 și criteriile de analiză care au condus la «opinia înscrisă în raportul procedurii nr. 248/15.06.2016», potrivit căreia comisia de evaluare a apreciat răspunsul subscrisei ca fiind neconcludent”.*

Totodată, petenta solicită Consiliului să rețină faptul că răspunsul său la solicitarea de clarificări a fost *„prompt, clar, complet și concludent”*, respectiv faptul că *„diferența infimă raportat la valoarea*

totală a contractului și a ofertei – de salariu minim brut, garantată de legiuitor, ulterior depunerii ofertelor, de 0,882 lei/oră, va fi suportată prin diminuarea cotei de profit de la 5% la 3,52%”.

Contestatoarea menționează că, urmare a „vizualizării parțiale” a dosarului achiziției publice, în data de 11.07.2016, a sesizat anexa ANAP nr. 32616/16.06.2016, care, în opinia sa, în mod eronat consideră că justificarea S.C. S.A., potrivit căreia diferența rezultată va fi suportată din profit, nu ar putea fi primită în raport cu dispozițiile art. 171 din O.U.G. nr. 34/2006.

Petenta apreciază că „ANAP este în eroare când apreciază că diminuarea profitului ar modifica oferta financiară, întrucât textul de lege la care face trimitere instituția, vizează, în mod expres, prețul ofertat, fapt fără putință de tăgadă inaplicabil în speță și comunicat, în mod concis, chiar prin intermediul documentului înregistrat sub nr. 3429/10.06.2016”, susținând că este absurd ca un terț să manifeste drept de opțiune asupra profitului înregistrat de către S.C. S.A., precum și faptul că este greu de anticipat, cu precizie, cota profitului, având în vedere că pe parcursul derulării contractului ar putea fi incidente și alte dispoziții legale similare, care nu pot fi prevăzute în prezent.

În același context, petenta apreciază că modificările instituite prin H.G. nr. 1017/2015, intrată în vigoare în 01.05.2016, cad sub incidența art. 6 din Noul Cod Civil, sens în care legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare, fără putere retroactivă.

De asemenea, contestatoarea precizează că și-a asumat modificările de costuri privind manopera, iar diferențele valorice rezultate din modificarea legală a salariului de bază minim brut pe țară, garantat în plată, pot fi suportate, în mod evident, prin diminuarea profitului, fără ajustarea, în nici un fel, a prețului ofertat.

Astfel, contestatoarea apreciază că oferta sa „putea fi cel mult catalogată prin prisma dispozițiilor art. 79 alin. (2) și art. 80 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 925/2006, potrivit căror legiuitorul admite faptul că ofertele pot conține erori, ce pot fi corectate chiar de către autoritatea contractantă”. Mai susține petenta că, în ipoteza în care legiuitorul ar fi vrut să elimine orice ofertă care conține erori, textele legale menționate nu-și mai regăseau locul în hotărârea Guvernului evocată. În același sens, autoarea contestației mai arată că, potrivit art. 80 alin. (3), teza a II-a, viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document 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 procedură.

Astfel, susține petenta, în speță, autoritatea contractantă, față de răspunsul S.C. S.A., era îndreptățită să solicite acesteia corectarea tarifului orar ofertat în acord cu dispozițiile H.G. nr. 1017/2015, această corectare neaducând petentei vreun avantaj.

Autoarea contestației apreciază că „dacă membrii comisiei de evaluare nu sunt de acord cu remedierea erorii, nimic nu-i oprește să

accepte oferta în forma actuală, care nu încalcă cu nimic specificațiile tehnice din caietul de sarcini”.

Pentru cele prezentate, S.C. S.A. apreciază că măsura de respingere a ofertei sale *„este vădit disproporționată, ținând seama de valoarea cuantificată a erorii, raportat la valoarea totală a ofertei”.*

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea susține că, într-o speță similară, vizând neluarea în considerare de către un ofertant a modificărilor legale privind cota CAS, Curtea de Apel București, secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal, prin Decizia civilă nr. 940/13.02.2016, a apreciat că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006, întrucât a sancționat, în mod vădit disproporționat, o împrejurare care putea fi calificată, cel mult, un viciu de formă, astfel că apreciază că ofertarea, în mod eronat, a unui tarif orar de 6,5 lei/oră, în loc de 7,382 lei/oră, nu ar putea conduce la concluzia că oferta este neconformă.

S.C. S.A. apreciază că și în ipoteza în care explicația sa potrivit căreia diferențele valorice vor fi suportate din cota aferentă profitului nu ar fi fost primită de comisia de evaluare, fiind apreciate eronate pe motive cunoscute doar de către aceasta, oferta nu trebuia respinsă, întrucât pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă, autoritatea contractantă trebuia să aibă certitudinea că nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, lucru inaplicabil în speță.

Contestatoarea apreciază că motivul de respingere invocat de autoritatea contractantă este neîntemeiat întrucât nu a ținut cont de înscrisurile depuse, aceasta nedând dovadă de rol activ și nerealizând o evaluare temeinică a ofertelor, încălcând prevederile art. 34, art. 35 și art. 78 din H.G. nr. 925/2006, precum și pe cele ale art. 201 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, petenta apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, deoarece *„nu și-a îndeplinit sau a îndeplinit, în mod defectuos obligația”*, prin faptul că, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, nu și-a motivat decizia, încălcând astfel și principiul transparenței prevăzut de ordonanță.

S.C. S.A. susține că, urmare a studierii documentelor dosarului achiziției publice, puse la dispoziție, *„în mod parțial”*, de către autoritatea contractantă – fără a avea cunoștință de răspunsurile la solicitările de clarificări ale ofertanților, a observat că, prin Anexa ANAP nr. 32616/16.06.2016, respectiva instituție aduce critici majorității ofertanților privind lipsa cash-flow-ului de execuție a lucrării, în sumă de 840.879 lei, pe o perioadă de 2 luni.

Astfel, contestatoarea precizează următoarele:

- în ceea ce privește prima clasată S.C. S.R.L.: *„ANAP subliniază că ofertanta nu face dovada unui acces la resurse, astfel cum s-a solicitat în fișa de date, întrucât documentele bancare prezentate nu oferă garanții de finanțare fiind condiționate de semnarea contractului,*

precum nici nu evidențiază disponibilul din linia de credit existent în prezent și, mai mult nu fac trimitere la contractul din prezenta speță”.

- în ceea ce privește cea de-a doua clasată S.C. S.R.L.: „ANAP subliniază că nici această ofertantă nu face dovada unui acces la resurse astfel cum s-a solicitat în fișa de date, întrucât din documentele prezentate nu rezultă suma rămasă neutilizată din linia de credit și nici nu se face trimitere la perioada de 2 luni specificată de autoritatea contractantă”.

- în ceea ce privește cea de-a treia clasată S.C. S.R.L.: „ANAP statuează că nici această societate nu a făcut dovada că, la momentul semnării contractului, va avea acces la resurse reale sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, întrucât nu rezultă, în mod concret cum se face dovada transferului resurselor de la terțul susținător cu respectarea dispozițiilor Instrucțiunii nr. 1/25.08.2015 ANRMAP, iar ofertanta și societatea terță nu sunt întreprinderi afiliate sau aparținând aceluiași grup de firme”.

- în ceea ce privește cea de-a patra clasată S.C. S.R.L.: „nu ANAP concluzionează că Scrisoarea de bonitate financiară FN/21.04.2016 nu precizează, în mod concret, la ce fel de resurse financiare va avea acces ofertantul astfel încât să complinească cash-flow-ul de execuție a lucrării în sumă de 840.879 lei, pe o perioadă de 2 luni, astfel cum este prevăzut în fișa de date”.

- în ceea ce privește cea de-a cincea clasată S.C. S.R.L.: „chiar dacă a fost criticată de către ANAP, nu poate fi lipsită de cenzura C.N.S.C., întrucât disponibilul aflat în contul curent, în sumă de 875.960,42 lei la data de 20.04.2016, nu generează garanții că banii ar fi fost blocați în vederea îndeplinirii cash-flow-ului de execuție a lucrării, în suma de 840.879 lei, pe o perioadă de 2 luni, astfel cum este prevăzut în fișa de date, sens în care la data de 21.04.2016, soldul curent se poate diminua considerabil”.

Petenta menționează că, analizând înscrisurile depuse de către toți cei 9 ofertanți în cadrul procedurii de atribuire, a constatat că niciunde în cuprinsul acestora nu este menționat neechivoc vreun angajament ferm din partea băncilor pentru acordarea de credite, condiție imperios necesară pentru îndeplinirea cash-flow-ului de execuție a lucrării, în sumă de 840.879 lei, pentru o perioadă de 2 luni, astfel cum este prevăzut în fișa de date a achiziției.

Astfel, petenta apreciază că, „în aceste condiții și în lipsa detalierii modului concret de îndeplinire a cerințelor de calificare, este evident faptul că toți ofertanții au beneficiat, în mod vădit, de un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, întrucât ofertele nu au fost evaluate în mod riguros și pe baza documentelor prezentate și existente în dosarul achiziției”.

Contestatoarea precizează că „urmare a vizualizării răspunsurilor la solicitările de clarificări prin studierea dosarului achiziției publice la CNSC, în măsura în care se impune, dorim să criticăm «eventuale cerințe cu dată ulterioară» nu își găsesc locul în domeniul achizițiilor

publice, întrucât contravin principiilor directe stabilite prin art. 2 alin. (1) lit. b) și alin. (2) lit. b) și e) din O.U.G. nr. 34/2006”.

Astfel, susține petenta, prin analiza superficială a ofertelor depuse, autoritatea contractantă aduce atingere nu doar intereselor proprii ale S.C. S.A., ci eludează însăși principiul eficienței utilizării fondurilor art. 2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006.

S.C. S.A. mai susține că potrivit art. 34 alin. (2) și (3) din H.G. nr. 925/2006, comisia de evaluare avea 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 și de a solicita clarificări în cazul în care ar fi existat neclarități în privința ofertelor sale.

În drept, au fost invocate prevederile art. 255 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006.

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

Prin contestația nr. 4157/12.07.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 21285/13.07.2016, S.C. S.A. critică adresa nr. „2831”/07.07.2016, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii aferent **Lotul nr. 2 „Modernizare drumuri locale, comuna, jud.”,** emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte online, organizată pe loturi, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect **„«Modernizare drum comunal DC38A(DN67B) - (DJ605B), județul» și «Modernizare drumuri locale, extindere alimentare cu apă, canalizare menajeră, înființare și dotare servicii publice, reabilitare, modernizare și dotare așezăminte culturale»”,** solicitând: „anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ... S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie desemnată dintre ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețul cel mai scăzut”.

Sub aspectul legislației aplicabile, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere aspectul potrivit căruia invitația de participare nr. 386953/11.04.2016, prin care a fost inițiată procedura de atribuire, a fost publicată anterior intrării în vigoare, la data de 26.05.2016, a Legii nr. 98/2016 și a Legii nr. 101/2016, în același sens afirmând: „considerăm că autoritatea contractantă, în mod corect, a indicat în cuprinsul adresei că eventualele contestații pot fi formulate în baza O.U.G. nr. 34/2006, cu aplicabilitatea în speță a dispozițiilor art. 69 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele prevăzute de art.

6 din Noul Cod Civil, care arată că legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare, fără putere retroactivă”.

S.C. S.A. precizează că, prin intermediul actului atacat, înregistrat la sediul societății sub nr. 4029/07.07.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, și anume faptul că oferta depusă pentru **Lotul nr. 2 „Modernizare drumuri locale, comuna, jud.”** din cadrul procedurii de atribuire a fost respinsă, ca neconformă, pe motiv că răspunsul său la solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă nu ar fi fost concludent.

Petenta menționează că, „în considerentele adresei, autoritatea contractantă face referire la solicitarea de clarificări nr. 235/08.06.2016, care a avut ca obiect justificarea complinirii, de către S.C. S.A., a dispozițiilor legale prevăzute de H.G. 1017/2015, în vigoare din 01.05.2016, privind garantarea unui salariu minim brut la nivelul sumei de 1.250 lei, pentru un program complet de lucru lunar de 169,333 pre, pe parcursul anului 2016, reprezentând 7,382 lei/oră, față de oferta prezentată care indică o manoperă ușor diminuată, cotate la 6,5 lei/oră”.

Față de motivul evocat privitor la oferta sa, dar și în legătură cu ofertele concurente, depuse de către S.C. S.R.L., S.C. S.R.L., S.C. S.R.L., S.C. S.R.L. și S.C. S.R.L., petenta repetă identic motivarea din contestația anterioară, privind lotul nr. 1 de lucrări.

În drept, au fost invocate prevederile art. 255 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006.

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

Prin contestația nr. 4312/18.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 21888/19.07.2016, formulată de S.C. S.A. împotriva adresei nr. 283/07.07.2016, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, în ceea ce privește **Lotul nr. 1 „Modernizare drum comunal DC38A(DN67B) – (DJ605B), jud.”,** emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte online, organizată pe loturi, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „**«Modernizare drum comunal DC38A(DN67B) – (DJ605B), județul» și «Modernizare drumuri locale, extindere alimentare cu apă, canalizare menajeră, înființare și dotare servicii publice, reabilitare, modernizare și dotare așezăminte culturale»**”, s-au solicitat următoarele: „anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ... S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie

desemnată dintre ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețului cel mai scăzut”.

Sub aspectul legislației aplicabile, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere aspectul potrivit căruia „adresa” i-a fost comunicată în data de 07.07.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 și a Legii nr. 101/2016, astfel încât *„considerăm că autoritatea contractantă, fie în mod eronat, fie tendențios a indicat în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii de atribuire a contractului că eventualele contestații pot fi formulate în baza art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006. Eroarea de drept este de natură să creeze prejudicii subscrisei și afectează neechivoc valabilitatea comunicării rezultatului procedurii, motiv pentru care solicităm să obligați autoritatea contractantă să recomune rezultatul procedurii de atribuire cu indicarea corectă a temeiului de drept aplicabil în prezenta speță”.*

Considerând dovadă a relei-credințe a autorității contractante, petenta solicită Consiliului să constate că, prin punctul de vedere nr. 309 din 15.07.2016, ...SH solicită respingerea contestației, ca inadmisibilă, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin prisma faptului că societatea sa nu s-ar fi conformat dispozițiilor noii legi, respectiv, prevederilor art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/ plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*, apreciind că și de această dată autoritatea contractantă este în eroare, întrucât societatea sa a făcut uzanța de dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea 101/2016, notificând SH, în termenul legal de 5 zile, prin înscrisul intitulat „Contestație” înregistrat sub nr. 4156/12.07.2016, cu solicitarea remedierii încălcării dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, prin anularea „adresei” și a tuturor actelor subsecvente acesteia și reluarea procedurii etapei evaluării ofertelor.

În același sens, S.C. S.A. afirmă: *„Chiar sub rezerva faptului că și subscrisa a denumit, în mod greșit, Notificarea prealabilă și a indicat în cuprinsul acesteia un temei de drept eronat, întocmai ca și autoritatea contractantă, înscrisul înregistrat sub nr. 4156/12.07.2016 îndeplinește întocmai cerințele expres și limitativ prevăzute de art. 6. alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv forma scrisă, cu menționarea datelor de identificare ale subscrisei, a neregulilor sesizate și a măsurilor de remediere care le-am apreciat necesare”.*

Dovada comunicării Notificării prelabile, susține contestatoarea, este chiar punctul de vedere al autorității contractante înregistrat sub nr. 309/15.07.2016 *„care este un veritabil răspuns la Notificarea prealabilă, în sensul art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, prin care ni se comunica ca nu urmează să adopte măsurile de remediere a încălcărilor criticate de către subscrisa”.*

Astfel, afirmă contestatoarea *„ne vedem nevoiți să facem uzanța de dispozițiile art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 și să formulăm prezenta Contestație pe care, în temeiul art. 139 NCPC, pentru asigurarea unei bune judecați vă solicităm să o conectați în cadrul dosarului*

1507/2016, aflat pe rolul CNSC, întrucât suntem în prezenta identității de parti, obiect și cauză”.

Cu privire la **„Respingerea ofertei S.A. ca fiind neconformă”**, petenta susține că o astfel de decizie este *„în principal, netemeinică și nelegală și, în subsidiar, vădit disproporționată”*, deoarece, *prin intermediul actului atacat*, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire în sensul că oferta sa depusă pentru Lotul 1 **„Modernizare drum comunal DC38A(DN67B) – (DJ605B), județul”** a fost respinsă, ca neconformă, pe motiv că răspunsul său la solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă nu ar fi fost concludent privind *„garantarea unui salariu minim brut la nivelul sumei de 1.250 lei, pentru un program complet de lucru lunar de 169,333 ore, pe parcursul anului 2016, reprezentând 7,382 lei/oră, față de oferta prezentată care indică o manoperă ușor diminuată, cotată la 6,5 lei/oră”*.

Astfel, petenta precizează că, răspunzând solicitării de clarificări a autorității contractante, prin adresa nr. 3429/ 10.06.2016, societatea sa a arătând că diferența de valoare rezultată în urma modificării legislative privind salariul minim brut garantat, survenită după data limită de depunere a ofertelor, va fi suportată de S.C. S.A. prin diminuarea cotei de profit de la 5% la 3,25%, subliniind totodată că își asumă orice alte modificări legislative care ar putea să parvină, cu respectarea art. 18 privind ajustarea contractului, care interzice, în mod expres ajustarea prețului oferat.

În continuarea motivării contestației, petenta repetă identic considerentele din contestația nr. 4156/12.07.2016, inclusive cele referitoare la aprecierea sa conform căreia ofertele concurente ar fi trebuit response pentru neconstituirea dovezii deținerii cash-flow-ului de 840.879 lei, necesar derulării contractului pe primele două luni.

În drept, au fost invocate prevederile art. 255 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006.

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

Prin contestația nr. 4313/18.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 21886/19.07.2016, S.C. S.A., în contr.....ctoriu cu(.....), critică adresa nr. 283/07.07.2016, sub aspectul comunicării rezultatului procedurii referitor la **Lotul nr. 2 „Modernizare drumuri locale, comuna, jud.”**, solicitând: *„anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia; obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A., precum și ale ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ... S.R.L., cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și aplicarea corespunzătoare a criteriilor stabilite în fișa de date, urmând ca oferta câștigătoare să fie desemnată dintre ofertele admisibile, respectând criteriul de atribuire prețul cel mai scăzut”*.

Identic cu cele precizate în contestațiile anterioare, petenta reiterează considerentele sale privind legislația aplicabilă căilor de atac în cadrul procedurii de atribuire, declararea ofertei sale, ca inadmisibilă, pentru utilizarea în cadrul ofertei a tarifului orar la manoperă de 6,5 lei/oră și nedovedirea, în condițiile documentației de atribuire, a asigurării, de către ofertanții concurenți, a cash-flow-ului de execuție a lucrării, în sumă de 358.534 lei, pentru o perioadă de 2 luni.

În drept, au fost invocate prevederile art. 255 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006.

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

Prin punctul de vedere nr. 309/15.07.2016, înregistrat la C.N.S.C. sun nr. 21604/15.07.2016, ...
(.....) solicită, pe cale de excepție, respingerea contestațiilor nr. 4156/12.07.2016 și nr. 4157/12.07.2016, depuse de către S.C. S.A., ca inadmisibile, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ca urmare a neîndeplinirii, de către petentă, a procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante cu privire la solicitarea de remediere a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice și dispunerea continuării procedurii de atribuire în sensul finalizării legale a acesteia.

În ceea ce privește fondul cauzei, autoritatea contractantă, ulterior prezentării unui scurt istoric al procedurii de atribuire, precizează că, potrivit mențiunilor din raportul procedurii nr. 278 din 05.07.2016, oferta depusă de S.C. S.A. a fost respinsă, ca neconformă, în conformitate cu prevederile art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, din următoarele motive:

- prin solicitarea de clarificări nr. 235/08.06.2016, autoritatea contractantă i-a cerut petentei să justifice cum va respecta prevederile legale ale H.G. nr. 1017/2015, având în vedere că, în oferta prezentată, S.C. S.A. a cota manopera la 6,5 lei/oră, conform formularului C7;

- ofertantul S.C. S.A. a răspuns, în data de 10.06.2016, prin adresa nr. 3429/10.06.2016, postată în SEAP, precizând că diferența de valoare rezultată ca urmare a modificărilor legislative care au avut loc ulterior datei limită de depunere a ofertelor, se vor suporta din cota de profit, prin diminuarea acesteia de la 5% la 3,52%, precum și faptul că își asumă și toate acele modificări legislative ce vor urma, având în vedere art. 18 „Ajustarea contractului” în care se observă că prețul ofertat nu se poate ajusta pe toată durata contractului.

Autoritatea contractantă menționează că, analizând răspunsul ofertantului S.C. S.A. la solicitarea de clarificări și având în vedere opinia ANAP înscrisă în raportul procedurii nr. 248/15.06.2016 și anexei nr. 32616/16.06.2016, comisia de evaluare a decis că răspunsul ofertantului este neconcludent și a declarat oferta acestuia neconformă, în temeiul prevederilor art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2016.

În ceea ce privește afirmația petentei privind „lipsa cash-flow-ului de execuție a lucrării, în suma de 840.879 lei, generată de lipsa capacității financiare a societăților S.C. S.R.L., S.C. S.R.L.

și S.R.L., ...S.R.L., ... S.R.L.”, autoritatea contractantă apreciază că „*acest motiv este, în totalitate, lipsit de temei*”, deoarece în urma observațiilor înscrise, de către ANAP; în raportul procedurii și adresa nr. 32923/ANAP/17.06.2016 și anexa nr. 32616/16.06.2016, comisia de evaluare a solicitat clarificări operatorilor economici menționați de petentă, iar aceștia au răspuns, în termenul legal, prezentând documente din care rezultă, fără echivoc, îndeplinirea cerinței privind cash-flow-ul de execuție a lucrărilor impus prin documentația de atribuire.

Prin cererile de intervenție voluntară nr. 2831/18.07.2016 și nr. 2832/18.07.2016, înregistrate la C.N.S.C. sub nr. 21777/18.07.2016 și 21781/18.07.2016, S.C. S.R.L. a solicitat respingerea contestațiilor, formulate de S.C. S.A., pe cale de excepție, ca inadmisibile, în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, iar pe fond, ca netemeinice.

În susținerea excepției invocate, S.C. S.R.L. precizează: „*având în vedere că, în speță, contestația a fost introdusă la CNSC după data intrării în vigoare a Legii nr. 101/2016, ea va fi judecată în baza acestei norme, astfel încât, neîndeplinindu-se procedura prealabilă, precizată de art. 6 din Legea nr. 101/2016, urmează a se aplica sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă*”.

În ceea ce privește fondul cauzei, intervenienta apreciază că, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei, sens în care argumentează astfel: „*ne aflăm în cazul nerespectării unei prevederi legale ce nu poate fi «acoperită» ulterior*”; „*pe de o parte, propunerea contestatoarei modifică structura ofertei financiare după data deschiderii ofertelor, iar, pe de altă parte, o asemenea propunere reprezintă un document nou care nu vine să confirme sau să expliciteze/să clarifice anumite documente/aspecte ale ofertei, ci îi modifică structura, reprezentând astfel o modificare a propunerii financiare*”.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia documentele bancare prezentate de S.C. S.R.L. nu oferă garanții financiare, deoarece sunt condiționate de semnarea contractului, nu evidențiază disponibilul din linia de credit și nu face trimitere la contractul din speță, intervenienta precizează că scrisoarea de finanțare/confort poartă nr. 450/21.04.2016 și are inserat angajamentul băncii de a asigura finanțarea lucrărilor, în suma și perioada solicitate în fișa de date. De asemenea, intervenienta menționează faptul că scrisoarea face referire concretă la contractul în cauză și, mai mult, la solicitarea de clarificări, banca a răspuns, în mod clar și precis și a explicat că formularul este unul standard emis de bancă, că sumele sunt rezervate (și rămân rezervate, inclusiv la data semnării contractului), pentru realizarea cash-flow-ului pentru contractul ce face obiectul licitației, astfel cum era solicitat în fișa de date, neexistând condiționări din partea băncii în privința asigurării cash-flow-ului.

Prin punctele de vedere nr. 4342/19.07.2016 și nr. 4343/19.07.2016, înregistrate la C.N.S.C. sub nr. 22025/20.07.2016 și nr. 22027/20.07.2016, S.C. S.A. a solicitat respingerea excepției inadmisibilității contestațiilor, iar în ceea ce privește excepția prematurității primelor contestații - nr. 4156/12.07.2016 și, respectiv, nr. 4157/12.07.2016, petenta solicită Consiliului să aprecieze că a depus contestațiile ulterioare - nr. 4312/18.07.2016 și, respectiv, nr. 4313/18.07.2016 *„în termen util și cu îndeplinirea procedurii prelabile”*, constituite de contestațiile anterioare, a conexare în cadrul dosarelor nr. 1507/2016 și, respectiv, nr. 1508/2016, a solicitat-o.

În argumentarea celor solicitate, petenta invocă următoarele considerente:

- în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii de atribuire (la finalul acesteia), înregistrată la SH sub nr. 2831/07.07.2016, autoritatea contractantă stipulează că eventualele contestații pot fi formulate în baza art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006;

- în punctul de vedere nr. 309/15.07.2016, ...SH solicită respingerea contestațiilor ca inadmisibile, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin prisma faptului că S.C. S.A. n-ar fi făcut uzanță de dispozițiile noi legi, respectiv art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*.

Față de conținutul celor două înscrisuri ale autorității contractante, contestatoarea apreciază că *„autoritatea contractantă trebuie să precizeze, în mod concis, care dintre cele două înscrisuri (adresă sau punct de vedere) cad sub incidența erorii de drept, întrucât SH nu este mai presus de lege și nu are drept de opțiune între legea veche și cea nouă”*.

Astfel, arată contestatoarea, în cazul în care adresa cade sub incidența erorii de drept, materializată prin indicarea, de către autoritatea contractantă, în mod greșit, a temeiului de drept ca fiind legea veche, atunci valabilitatea comunicării rezultatului procedurii este viciată și de natură să creeze grave prejudicii pentru S.C. S.A., motiv pentru care apreciază că se impune recomunicarea rezultatului procedurii de atribuire, cu indicarea corectă a temeiului de drept aplicabil în speță.

Petenta precizează că a făcut uzanță de dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, notificând autoritatea contractantă în termenul legal de 5 zile prin înscrisurile denumite *„Contestație”*, înregistrate sub nr. 4156/12.07.2016 și nr. 4157/12.07.2016, cu solicitarea remedierii încălcării dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, prin *„anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia și reluarea procedurii de la etapa evaluării ofertelor (...)”*, iar și sub rezerva faptului că a denumit, în mod greșit, notificarea prealabilă și a indicat în cuprinsul acesteia un temei de drept eronat, întocmai ca și autoritatea contractantă, înscrisurile înregistrate sub nr. 4156/12.07.2016 și nr. 4157/12.07.2016 îndeplinesc întocmai cerințele expres și limitativ prevăzute de art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016,

respectiv forma scrisă, cu menționarea datelor de identificare ale S.C. S.A., a neregulilor sesizate și a măsurilor de remediere considerate necesare.

Petenta mai susține că dovada comunicării notificării prealabile este chiar punctul de vedere al autorității contractante, înregistrat sub nr. 309 din 15.07.2016, care, în opinia sa, reprezintă un veritabil răspuns la notificarea prealabilă în sensul art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, prin care i s-a comunicat că nu urmează să fie adoptate măsuri de remediere.

În cazul în care punctul de vedere cade sub incidența erorii de drept, materializată prin indicarea, de către autoritatea contractantă, în mod greșit, ca fiind legea nouă, S.C. S.A. solicită respingerea excepțiilor inadmisibilității și prematurității contestațiilor, înregistrate sub nr. 4156/12.07.2016 și nr. 4157/12.07.2016, ca nefondate, sens în care invocă prevederile art. 6 alin. (2) coroborate cu cele ale art. 6 alin. (6) din Noul Cod proc. civilă, precum și prevederea de principiu a art. 102 alin. (2) din Legea nr. 71/2011.

Cu adresa nr. 4687/03.08.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 23704/03.08.2016, S.C. S.A. a depus „concluzii scrise” în urma studierii dosarelor cauzei, prin care reiterează cererile și nuanțează considerentele formulate prin contestații.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

.....(.....) -, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte derulată integral prin intermediul mijloacelor electronice (SEAP - ONLINE), în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări de executare a obiectivului de investiții de «**MODERNIZARE DRUM COMUNAL DC 38A(DN 67B) - (DJ 605B), JUD. si MODERNIZARE DRUMURI LOCALE, COMUNA, JUDETUL în cadrul proiectului integrat „Modernizare drumuri locale, extindere alimentare cu apa, canalizare menajera, infiintare si dotare servicii publice, reabilitare, modernizare si dotare asezaminte culturale”**», finanțat prin Fondul European Agricol de Dezvoltare Rurală, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. 386953 / 11.04.2016, atașat căreia a fost pusă la dispoziția celor interesați documentația de atribuire sub forma fișierelor electronice de date.

Achiziția a fost împărțită în două loturi, astfel:

- **lotul nr. 1** – „**MODERNIZARE DRUM COMUNAL DC38A (DN67B) - (DJ605B), JUD.**”, în valoare estimată de 5.369.057 lei;

- **lotul nr. 2** – „**MODERNIZARE DRUMURI LOCALE, COMUNA, JUDETUL**”, în valoare estimată de 1.817.073 lei.

Criteriul de atribuire a contractului, precizat în invitația de participare, a fost „*prețul cel mai scăzut*”.

Conform documentelor dosarului achiziției publice, la procedură au fost depuse:

- 12 oferte pentru lotul nr. 1;
- 9 oferte pentru lotul nr. 2.

Contestatoarea din cauză, S.C. S.A., a depus oferte pentru ambele loturi, oferte care, conform **adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 283/07.07.2016**, au fost respinse, ca neconforme, pentru utilizarea în cadrul devizului-ofertă a unui **tarif la manoperă de 6,5 lei/oră**, mai mic decât **tariful de 7,382 lei/oră**, reglementat de HG nr. 1017/2015 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Rezultatul procedurii astfel comunicat, a fost atacat la Consiliu, de către S.C. S.A., astfel:

- în data de **12.07.2016**: cu contestația **nr. 4156** – rezultatul aferent **lotului nr. 1**; cu contestația **nr. 4157** – rezultatul aferent **lotului nr. 2**;

- în data de **18.07.2016**: cu contestația **nr. 4312** – rezultatul aferent **lotului nr. 1**; cu contestația **nr. 4313** – rezultatul aferent **lotului nr. 2**.

Urmare a punctului de vedere al autorității contractante nr. **310/15.07.2016**, prin care - a invocat excepția inadmisibilității contestațiilor nr. 4156 și 4157 din 12.07.2016, pe motiv că petenta nu a îndeplinit procedura de notificare prealabilă a autorității contractante asupra pretensei încălcări a legislației în materie, prin adresele nr. 21849/1507/C6 și, respectiv, nr. 21851/1508/C6 din **18.07.2016**, Consiliul a solicitat contestatoarei punct de vedere referitor la excepția respectivă, iar, suplimentar, *ex officio*, a pus în discuția petentei excepția prematurității formulării celor două contestații.

În aceeași dată, de **18.07.2016**, S.C. S.A. redepune contestațiile din data de 12.07.2016, cu aceleași cereri și motivări, în ambele fiind inserată, în mod identic, mențiunea conform căreia: *„Chiar sub rezerva faptului că și subscrisa a denumit, în mod greșit, Notificarea prealabilă și a indicat în cuprinsul acesteia un temei de drept eronat, întocmai ca și autoritatea contractantă, înscrisul înregistrat sub nr. 4156/12.07.2016 îndeplinește întocmai cerințele expres si limitativ prevăzute de art. 6. alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv forma scrisă, cu menționarea datelor de identificare ale subscrisei, a neregulilor sesizate și a măsurilor de remediere care le-am apreciat necesare. Dovada comunicării Notificării prealabile este chiar punctul de vedere al autorității contractante înregistrat sub nr. 309/15.07.2016 care este un veritabil răspuns la Notificarea prealabilă, în sensul art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, prin care ni se comunica ca nu urmează sa adopte măsurile de remediere a încălcărilor criticate de către subscrisa”, afirmație reluată în adresele nr. 4342 și 4343/19.07.2016.*

Referitor la excepția prematurității contestațiilor depuse în data de 12.07.2016, contestatoarea s-a limitat la aprecierea conform căreia: *„În*

cazul în care punctul de vedere cade sub incidența erorii de drept, materializată prin indicarea, de către autoritatea contractantă, în mod greșit, ca fiind legea nouă, subscrisa vă solicităm respingerea excepțiilor inadmisibilității și prematurității contestațiilor înregistrate sub nr. 4156/12.07.2016 și nr. 4157/12.07.2016, ca nefondate”, fără a clarifica astfel statul juridic al contestațiilor promovate la Consiliu în data de 12.07.2016, ci nu doar la autoritatea contractantă, prin considerarea acestora ca fiind notificări prealabile.

Constatând că ofertele depuse de către S.C. S.R.L. au fost declarate câștigătoare și astfel respectiva societate are un interes legitim, personal, direct și actual în menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul va admite în principiu cererile de intervenție voluntară nr. 2831/18.07.2016 și nr. 2832/18.07.2016, formulate de S.C. S.R.L., și le califică drept cereri de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 conform căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, Consiliul se va pronunța cu precădere asupra excepțiilor inadmisibilității contestațiilor depuse în data de 12.06.2016 sub **nr. 4156** vizând rezultatul procedurii aferent **lotului nr. 1** și **nr. 4157** privind rezultatul procedurii aferent **lotului nr. 2**, invocată de autoritatea contractantă pentru neparcurgerea procedurii de notificare prelabilă și celei a prematurității celor două contestații, invocate din oficiu, de către Consiliu.

Constituind impedimente pentru exercitarea dreptului la acțiune, ambele excepții fiind de fond, ordinea soluționării acestora va fi cea rezultată din succesiunea derularii evenimentelor din cadrul procedurii coroborată cu dispozițiile legale incidente, după cum urmează:

- **începând cu data de 26.05.2016**, a intrat în vigoare 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, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 393 din 23.05.2016, act normativ care, prin dispozițiile art. 69 alin. (2) – (4) reglementează că: “(2) **Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare.** (3) Contestațiile depuse, în condițiile legii, la poștă, înainte de data intrării în vigoare a prezentei legi, rămân supuse soluționării conform legii în vigoare la data la care au fost depuse, chiar dacă sunt înregistrate la Consiliu/instanța de judecată după această dată. (4) **Termenele procedurale aflate în curs la data intrării în vigoare a prezentei legi rămân supuse legii în vigoare la data la care au început să curgă**”;

- **actul atacat** constituit de adresa autorității contractante 283/07.07.2016, comunicat petentei în aceeași dată, fiind înregistrat la aceasta sub nr. 4029/07.„05”.2016, **a fost emis la data de**

07.07.2016, iar contestațiile au fost depuse la data de 12.07.2016, date ulterioare intrării în vigoare a Legii nr. 101/2016;

- art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, în vigoare la data depunerii contestațiilor statuează: ***„Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice (...)”***, iar alin. 10 al aceleiași articol dispune: ***„Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă”***.

Astfel fiind, la data de **12.06.2016**, a depunerii contestațiilor nr. **4156** vizând rezultatul procedurii aferent **lotului nr. 1** și **nr. 4157** privind rezultatul procedurii aferent **lotului nr. 2**, normele legale citate în cele ce preced erau în vigoare, iar conform principiului de drept *nemo legem ignorare censetur*, petenta nu poate fi apărută de răspunderea privitoare la neparcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante prin invocarea necunoașterii legii, nefiind exonerată de răspunderea instituită în sarcina sa prin legislația în vigoare în materia remediilor și căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică nici de *„eroarea de drept”*, invocată de petentă, ca fiind generată de conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, în care autoritatea contractantă a menționat exercitarea căilor de atac în conformitate cu prevederile art. 256 ind. 2 din OUG nr. 34/2006.

Faptul că dispozițiile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 erau inechivoce în sensul obligativității parcurgerii procedurii notificării prealabile introducerii contestației rezulta și din dispozițiile art. 70 alin. (1) din actul normativ, care statuează imperativ în sensul că ***„Trimiterile din cadrul altor acte normative la prevederile capitolului IX din 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, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, se consideră făcute la dispozițiile corespunzătoare din prezenta lege”***, fiind evident astfel că, ulterior datei de 26.05.2016, a intrării în vigoare a legii, orice trimitere, inclusiv cea din actul administrativ al autorității contractante, în care s-a indicat temeiul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, se considerau a fi fost făcute la normele în vigoare ale 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.

Prin urmare, acțiunea de sesizare a Consiliului cu contestație, fără parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, era împotriva dispozițiilor alin. (10) al art. 6 din Legea nr. 101/2016, contestațiile depuse în data de 12.06.2016 (**nr. 4156 - lotul nr. 1 și nr. 4157** – lotul nr. 2) erau supuse sancțiunii exprese instituită prin art. 6 alin. (1) din lege.

Totuși, reținând situația faptică dată, constituită de faptul că, în termenul legal de promovare a notificării prelabile, concomitent cu sesizarea Consiliului, petenta a sesizat și autoritatea contractantă și luând în considerare apărările contestatoarei conform cărora:

- înscrisurile intitulate „*Contestatie*” conțineau solicitările de remediere a actelor administrative autorității contractante considerate vătămătoare, prin „*anularea adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia și reluarea procedurii etapei evaluării ofertelor*”;

- „*chiar sub rezerva faptului că și subscrisa a denumit, în mod greșit, Notificarea prelabila și a indicat în cuprinsul acesteia un temei de drept eronat, întocmai ca și autoritatea contractantă, înscrisul înregistrat sub nr. 4156/12.07.2016 îndeplinește întocmai cerințele expres și limitativ prevăzute de art. 6. alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv forma scrisă, cu menționarea datelor de identificare ale subscrisei, a neregulilor sesizate și a măsurilor de remediere care le-am apreciat necesare*”;

- „*dovada comunicării Notificării prelabile este chiar punctul de vedere al autorității contractante înregistrat sub nr. 309/15.07.2016 care este un veritabil răspuns la Notificarea prealabilă, în sensul art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, prin care ni se comunica ca nu urmează să adopte măsurile de remediere a încălcărilor criticate de către subscrisa*”;

Consiliul reține că societatea contestatoare a schimbat încadrarea juridică a contestațiilor depuse în data de 12.06.2016, în notificări prelabile ale autorității contractante, care îndeplinite în termen legal, în opinia Consiliului, sunt admisibile, prin prisma faptului că nu denumirea actelor, ci efectele juridice produse de acestea sunt cele care conferă caracterul respectivelor demersuri, fapt pentru care excepția inadmisibilității celor două contestații este neîntemeiată, urmând a fi respinsă.

Totuși, în raport de dispozițiile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 – „**Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prelabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există, dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune**” coroborate cu cele ale alin. (10) al art. 6 din același act normativ – „**Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă**”, contestațiile depuse la Consiliu în data de 12.06.2016, reconsiderate la data de 18.06.2016, ca fiind plângeri/notificări prelabile ale autorității contractante, sunt premature introduse la organismul administrativ-

jurisdicțional, întrucât, la data depunerii acestora, nu era împlinit termenul de răspuns al autorității contractante reglementat de alin. (4) al art. 6 din lege, contestatoarea nefiind astfel în posesia respectivului răspuns, al cărui termen legal de emitere s-a împlinit ulterior depunerii contestațiilor.

Întrucât singura situație în care contestatoarea putea depune la dosar dovada îndeplinirii procedurii prealabile ulterior sesizării Consiliului, era aceea când procedura respectivă ar fi fost, conform dispozițiilor legale, complet îndeplinită înainte de sesizarea acestuia, contestațiile din data de 12.06.2016, depuse anterior epuizării termenului de răspuns din partea autorității contractante, au fost premature introduse.

Prin urmare, excepția prematurității acestora, invocată din oficiu, se va admite, contestațiile depuse, de către S.C. S.A, la Consiliu în data de 12.06.2016 urmând a fi respinse în consecință, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, fără a se analiza fondul acestora.

Cu privire la fondul contestațiilor **nr. 4312**, privind rezultatul procedurii aferent **lotului nr. 1** și, respectiv, contestația **nr. 4313**, privind rezultatul procedurii pentru **lotul nr. 2**, ambele depuse în data de **18.07.2016**, examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Motivul pentru care ofertele depuse de către S.C. S.A. pentru loturile nr. 1 și nr. 2 din cadrul procedurii organizată de(.....) - au fost respinse, ca neconforme, a fost constituit de faptul că, în cadrul devizului-ofertă, petenta a utilizat un **tarif orar la manoperă de 6,5 lei/oră**, mai mic decât **tariful de 7,382 lei/oră**, reglementat de HG nr. 1017/2015 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Criticile societății contestatoare potrivit căroră decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale pentru motivul evocat a fost netemeinică și nelegală, constituite de argumentările conform căroră:

- modificările instituite prin H.G. nr. 1017/2015, intrată în vigoare în 01.05.2016, cad sub incidența art. 6 din Noul Cod Civil, sens în care legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare, fără putere retroactivă;

- oferta sa „*putea fi cel mult catalogată prin prisma dispozițiilor art. 79 alin. (2) și art. 80 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 925/2006, potrivit căroră legiuitorul admite faptul că ofertele pot conține erori, ce pot fi corectate chiar de către autoritatea contractantă*”;

- diferențele valorice rezultate din modificarea legală a salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată vor fi suportate prin diminuarea profitului, fără ajustarea, în nici un fel, a prețului ofertat;

- „ANAP este în eroare când apreciază că diminuarea profitului ar modifica oferta financiară, întrucât textul de lege la care face trimitere instituția, vizează, în mod expres, prețul ofertat, fapt fără putință de tăgadă inaplicabil în speță și comunicat, în mod concis, chiar prin intermediul documentului înregistrat sub nr. 3429/10.06.2016”;

- conform adresei de răspuns la clarificările solicitate pe timpul evaluării ofertelor nr. 3429/ 10.06.2016, petenta susține că diferența de valoare rezultată în urma modificării legislative privind salariul minim brut garantat, survenită după data limită de depunere a ofertelor, va fi suportată de S.C. S.A. prin diminuarea cotei de profit, de la 5% la 3,25%,

se vor analiza prin raportare la următoarele aspecte:

- după cum rezultă din ofertă, iar petenta recunoaște, la elaborarea ofertei, S.C. S.A. a utilizat tariful orar la manoperă de **6,5 lei/oră**;

- procedura de atribuire a fost inițiată la data de 11.04.2016, când a fost publicată în SEAP invitația de participare nr. 386953, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită în 25.04.2016;

- durata contractului prevăzută în documentația de atribuire a fost de „10 luni începând de la data adjudecării contractului”;

- stabilirea ofertantului adjudecat al contractului urma a se efectua în urma evaluării ofertelor, comunicării rezultatului procedurii, epuizării termenelor de așteptare și soluționarea eventualelor remedii/căi de atac, acțiuni a căror durată, conform art. 200, art. 205 din OUG nr. 34/2006, depășea 30 de zile, într-o variantă optimistă, contractul urmând a fi semnat în cursul lunii iunie 2016;

- HG nr. 1017/2015 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, **în vigoare începând cu data de 31.12.2015**, prin art. 1, a statuat că „**Începând cu data de 1 mai 2016, salariul de bază minim brut pe țară 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**”.

Prin urmare, susținerile petentei conform căroră „modificările instituite prin H.G. nr. 1017/2015, intrată în vigoare în 01.05.2016, cad sub incidența art. 6 din Noul Cod Civil, sens în care legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare, fără putere retroactivă” sunt eronate, actul normativ în discuție fiind în vigoare începând cu data de 31.12.2015, angajatorii fiind obligați ca, începând cu data de 01.05.2016, să asigure salariul de bază minim brut garantat în plată de 7,382 lei/oră, astfel că actul normativ prin care s-a stabilit salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, de 7,382 lei/oră, era în vigoare anterior inițierii procedurii, iar începând cu data de 01.05.2016, era obligatorie asigurarea respectivului nivel al salariului de bază minim.

Astfel, fundamentând propunerea financiară prin utilizarea unui tarif orar la manoperă de 6,5 lei/oră, nivel prohibit de lege, fiind sub minimul reglementat în vigoare, petenta a utilizat în propunerea sa financiară un preț care nu putea fi justificat, oferta astfel elaborată și fundamentată intrând în categoria celor definite de art. 36 alin. (2) din HG nr. 925/2006 ca fiind neconforme.

Susținerile contestatoarei conform căroră oferta sa „putea fi cel mult catalogată prin prisma dispozițiilor art. 79 alin. (2) și art. 80 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 925/2006, potrivit căroră legiuitorul admite faptul că

ofertele pot conține erori, ce pot fi corectate chiar de către autoritatea contractantă”, în sensul că diferențele valorice rezultate din modificarea legală a salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată vor fi suportate prin diminuarea profitului se vor analiza prin raportare la dispozițiile legale aplicabile, constituite de art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006 – „În cazul în care **ofertantul își modifică, prin răspunsurile pe care le prezintă, prețul/prețurile prevăzut(e) în propunerea financiară, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2)**” și cele ale art. 80 alin. (2) din același act normativ – “În cazul existenței unor erori aritmetice care pot fi clarificate în condițiile art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență, elementele propunerii financiare vor fi corectate și, implicit, prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant”, constatând că, prin răspunsul său la clarificările solicitate de comisia de evaluare pe timpul evaluării ofertelor, petenta și-a modificat unul dintre prețurile din propunerea financiară, respectiv prețul la manoperă prin modificarea tarifului orar.

Alin. (2) al art. 79 din HG nr. 925/2006, invocat de petentă, reglementează în legătură cu **propunerea tehnică** și eventuale situații acceptate de modificare a acesteia și nicidecum la **propunerea financiară**, definită de lit. t) a art. 3 din OUG nr. 34/2006 ca fiind “propunere financiară - **parte a ofertei ce cuprinde informațiile cu privire la preț, tarif, alte condiții financiare și comerciale corespunzătoare satisfacerii cerințelor solicitate prin documentația de atribuire**”, TARIFUL la manoperă fiind astfel element al propunerii financiare, modificarea acestuia prin clarificări emise pe timpul evaluării nefiind nici eroare aritmetică și nici viciu de formă care să poată fi corectate în sensul dispozițiilor art. 80 din HG nr. 925/2006.

Întrucât, în oferta inițială, S.C. S.A. a utilizat un tarif la manoperă sub nivelul minim reglementat legal, tarif care astfel nu poate fi justificat, o astfel de ofertă fiind de natura celor reglementate de art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006, iar prin răspunsul la clarificări, petenta a modificat respectivul preț/tarif, situație incidentă dispozițiilor art. 79 alin. (3) din același act normativ, autoritatea contractantă a aplicat în mod temeinic dispozițiile legale antemenționate, caracterul neconform al ofertei contestatoarei neputând fi înlăturat prin modificarea structurii propunerii financiare ulterior depunerii ofertelor, modificare în urma căreia a rezultat paractic o nouă ofertă, cu o nouă propunere financiară, în cadrul căreia s-au modificat: tariful orar la manoperă, valoarea manoperei, valorile aferente sumelor datorate de angajator către bugetele componente ale bugetului consolidat al statului, dar și profitul inițial declarat în ofertă.

Faptul că o astfel de modificare a ofertei este nelegală și nepermisă a fost statuat și prin Decizia CEJ (Camera întâi) din data de 07.04.2016, pronunțată în cauza C-324/14, considerentele 63-65, conform cărora:

"63 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât **necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente** (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 32 și jurisprudența citată).

64 În acest scop, revine autorității contractante obligația de a se asigura, printre altele, că **cererea de clarificare a unei oferte nu conduce la prezentarea, de către ofertantul în cauză, a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 36).

65 În plus, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că **solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată** (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 37)".

În situația în care ofertele contestatoarei S.C. S.A. au fost repinse, în mod legal, ca neconforme, criticile formulate de către aceasta cu privire la ofertele concurente, depuse de către S.C. S.R.L., S.C. S.R.L., S.C. S.R.L., S.C. S.R.L. și S.C. S.R.L. sunt lipsite de interes și nu vor fi analizate de către Consiliu.

Față de cele constatate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestațiile **nr. 4312**, privind rezultatul procedurii aferent **lotului nr. 1** și, respectiv, contestația **nr. 4313**, privind rezultatul procedurii pentru **lotul nr. 2**, ambele depuse în data de **18.07.2016**, formulate de către S.C. S.A., în contr.....ctoriu cu(.....), astfel:

- ca nefondate, capetele de cerere de "anulare a adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia și de obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A.";

- ca lipsit de interes, capătul de cerere de "obligare a autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ... S.R.L.".

Urmare a respingerii contestațiilor, se vor admite cererile de intervenție voluntară nr. 2831/18.07.2016 și nr. 2832/18.07.2016, formulate de către S.C. S.R.L.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția prematurității contestațiilor nr. 4156/12.07.2016 și nr. 4157/12.07.2016 formulate de către S.C. S.A., cu sediul în, în contr.....ctoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna, județul, invocată din oficiu, și respinge, ca premature, cele două contestații.

Respinge contestațiile **nr. 4312**, privind rezultatul procedurii aferent **lotului nr. 1** și, respectiv, contestația **nr. 4313**, privind rezultatul procedurii pentru **lotul nr. 2**, ambele depuse în data de **18.07.2016**, formulate de către S.C. S.A., în contr.....ctoriu cu(.....), astfel:

- ca nefondate, capetele de cerere de *"anulare a adresei și a tuturor actelor subsecvente acesteia și de obligarea autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor, de a reevalua oferta subscrisei S.A."*;

- ca lipsit de interes, capătul de cerere de *"obligare a autorității contractante de a relua procedura etapei evaluării ofertelor ofertanților S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L., ...S.R.L."*.

Admite cererile de intervenție nr. 2831/18.07.2016 și nr. 2832/18.07.2016 formulate de S.C. S.R.L., cu sediul în Obligatorie.

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