



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. 2/16.01.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 1692/16.01.2017, depusă de SC SRL, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF, reprezentată legal administrator, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SCSRL, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 295/11.01.2017, de cătrecu sediul în localitatea, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: **„Lucrări de extindere cu 4 săli de clasă a.....”**, cod CPV 45214200-2 lucrări de construcții de instituții școlare (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

„1. Emiterea unei soluții unitare prin care să se statueze că ofertanții, în conformitate cu documentația de atribuire, aveau dreptul să ofereze un procent propriu, inferior celui maximal de 10%, așa cum este statuat în clarificarea 23 din 03.08.2016 și cum a fost reținut de Consiliu;

2. Anularea comunicării rezultatului procedurii, a raportului procedurii și a actelor subsecvente și reevaluarea ofertelor, respectând dreptul fiecărui ofertant de a licita un procent de cheltuieli diverse și neprevăzute, care să se încadreze în limita maximă de 10% din valoare investiției;

3. Reevaluarea calității procesuale active a ofertanților care nu și-au prelungit garanția de participare și valabilitatea ofertelor;

4. Stabilirea de sancțiuni privind caracterul confidențial al ofertei noastre, prin permiterea accesului ofertanților concurenți la elemente din propunerea financiară care au fost declarate confidențiale”.

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

Prin contestația nr. 2/16.01.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 1692/16.01.2017, SC SRL, lider al asocierii SC SRL – SCSRL, critică rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 295/11.01.2017, de cătreÎn calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: **„Lucrări de extindere cu 4 săli de clasă”**, solicitând următoarele:

„1. Emiterea unei soluții unitare prin care să se statueze că ofertanții, în conformitate cu documentația de atribuire, aveau dreptul să oferteze un procent propriu, inferior celui maximal de 10%, așa cum este statuat în clarificarea 23 din 03.08.2016 și cum a fost reținut de Consiliu;

2. Anularea comunicării rezultatului procedurii, a raportului procedurii și a actelor subsecvente și reevaluarea ofertelor, respectând dreptul fiecărui ofertant de a licita un procent de cheltuieli diverse și neprevăzute, care să se încadreze în limita maximă de 10% din valoare investiției;

3. Reevaluarea calității procesuale active a ofertanților care nu și-au prelungit garanția de participare și valabilitatea ofertelor;

4. Stabilirea de sancțiuni privind caracterul confidențial al ofertei noastre, prin permiterea accesului ofertanților concurenți la elemente din propunerea financiară care au fost declarate confidențiale”.

Contestatoarea precizează că a depus oferta în cadrul procedurii susmenționate, în cuprinsul căreia a prevăzut un procent de cheltuieli diverse și neprevăzute de 5% din valoarea investiției, *„în conformitate cu Clarificarea nr. 23 din 03.08.2016, conform căreia procentul de 10% cheltuieli diverse și neprevăzute este unul maximal, care nu poate fi depășit, fapt reținut și în decizia C.N.S.C. nr. 1926/C6/2272 din 08.11.2016”.*

Astfel, arată petenta, Consiliul a reținut faptul că, *„prin clarificarea postată în SEAP sub denumirea «Raspuns 23 Solicitare clarificare/răspuns la solicitarea de clarificare/clarificare 03.08.2016 (...)», autoritatea contractantă a completat documentația de atribuire, furnizând operatorilor economici informația conform căreia «În Devizul general aprobat, valoarea Cap 5, pct 5.3 - Cheltuieli Diverse și Neprevăzute este de 10%”, însoțită de explicația conform căreia «Limita maxima a Cheltuielilor diverse și neprevăzute nu va depăși 10% din valoarea C+M, conform legislației în vigoare», ceea ce semnifică faptul că nivelul de 10% aferent cheltuielilor «diverse și neprevăzute» este unul maximal, care nu poate fi depășit”.*

Contestatoarea menționează că, în continuare, Consiliul *„recomanda”* următoarele:

„Prin urmare, aprecierea autorității contractante conform căreia ofertanții trebuiau, conform clarificării, să se încadreze în cota legală de 10%, nefiind obligați, în niciun fel, să oferteze valoarea maximă, nu își găsește corespondență în cadrul informațiilor documentației de atribuire, niciunde în conținutul acesteia neregăsindu-se vreo regulă care să fi permis ofertanților luarea în considerare a vreunui nivel procentual al cheltuielilor directe și neprevăzute în cuantum de **până la max. 10%**, conținutul documentației de atribuire fiind inechivoc și ferm în sensul că: **„valoarea Cheltuieli Diverse si Neprevazute este de 10%;** Limita maxima a Cheltuielilor diverse si neprevazute **nu va depasi 10% din valoarea C+M**”, ceea ce semnifica faptul că respectivele cheltuieli se vor oferta în procent de 10%, fără ca respectivul nivel procentual să poată fi depășit”.

În opinia petentei, această „recomandare” a Consiliului este în contradicție flagrantă cu textul anterior, care statuează dreptul fiecărui ofertant de a licita o valoare inferioară acestui procent, fiind vorba de o limită maximă și nu de un procent fix.

SC SRL mai menționează că „dispozitivul Deciziei C.N.S.C.” cuprinde următorul text imperativ:

„În situația faptică dată, autoritatea contractantă era obligată la a clarifica cu certitudine situația ofertelor celor doi ofertanți concurenți spre a stabili cu rigurozitate măsura de modificare/corectare a valorilor totale ale respectivelor oferte, prin adăugarea, la valoarea totală a acestora, a încă 5% cheltuieli diverse și neprevăzute (dublarea celor inițial prevăzute) îi sunt aplicabile dispozițiile art. 134 și art. 137 din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016, demers în absența căruia este neîntemeiată susținerea autorității contractante din răspunsul la notificarea prealabilă - «în virtutea principiului tratamentului egal, având în vedere similaritatea neconformităților constatate, nu putem fi de acord cu propunerea declarării acestora ca neconforme (...) comisia își menține decizia inițială cu privire la desemnarea ofertei câștigătoare»”.

Petenta arată că, în vederea respectării Deciziei Consiliului, comisia de evaluare i-a solicitat corectarea procentului de 5% cheltuieli diverse și neprevăzute, cu încă 5%, solicitare la care asocierea SC SRL – SCSRL a răspuns, transmițând „noua ofertă modificată cu procentul de 10%”, iar în urma reevaluării ofertelor oferta sa a fost, din nou declarată câștigătoare, clasându-se pe primul loc, în pofida adaosului de 5% la cheltuieli diverse și neprevăzute.

Se mai arată că, acest rezultat al procedurii a fost contestat de către SC, deși, conform punctului de vedere al autorității contractante, acesteia îi expirase atât valabilitatea ofertei, cât și garanția de participare, în consecință, nemaivând calitatea de participant la procedură.

Astfel, arată petenta, prin Decizia nr. 2316/C6/2673 din 29.12.2016, Consiliul a dispus următoarele:

„Față de cele reținute prin Decizia definitivă a Consiliului nr. 1926/C6/2272 din 08.11.2016 – «(...) prin clarificarea postată în SEAP

sub denumirea «raspuns 23 Solicitare clarificare/răspuns la solicitarea de clarificare/clarificare 03.08.2016 (...)», autoritatea contractantă a completat documentația de atribuire, furnizând operatorilor economici informația conform căreia «În Devizul general aprobat, **valoarea** Cap 5, pct 5.3 - **Cheltuieli Diverse si Neprevazute este de 10%**», însoțită de explicația conform căreia «Limita maxima a Cheltuielilor diverse si neprevazute **nu va depasi 10% din valoarea C+M**, conform legislației in vigoare», ceea ce semnifica faptul că nivelul de 10% aferent cheltuielilor «**diverse și neprevăzute**» este unul maximal, care nu poate fi depășit», modificarea ofertei SC SRL – SC SRL prin suplimentarea acesteia cu valoarea reprezentând 4,72% din valoarea inițială totală a ofertei spre a respecta nivelul de 10% al respectivelor cheltuieli, nu se încadrează nici în ipotezele reglementate de art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, spre a putea fi considerată «**abatere tehnică minoră**» și nici în cele reglementate de art. 135 alin. (1) și (3) din același act normativ, spre a putea fi considerată «**viciu de formă**», fiind o modificare a ofertei de tipul celor sancționate de dispozițiile art. 134 alin. (6) din același act normativ”.

În opinia contestatoarei, din aceste argumentări „se poate observa că asupra autorității contractante a fost indusă ideea de a solicita modificarea prețurilor, prin adăugarea diferenței de 5% cheltuieli diverse și neprevăzute, în scopul ulterior de a fi declarată oferta noastră, ca neconformă, prin încălcarea dispozițiilor art. 134 din H.G. 395/2016”.

Petenta menționează că, prin comunicarea nr. 295/11.01.2017,, i-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost respinsă, ca neconformă, întrucât nu respectă procentul de 10% cheltuieli diverse și neprevăzute stabilit prin documentația de atribuire.

Autoarea contestației reiterează faptul că, prin Clarificarea nr. 23 din 03.08.2016, reținută și de către Consiliu în deciziile emise, cota de cheltuieli diverse și neprevăzute este de maxim 10%, fapt ce nu înseamnă un procent fix de 10%, ci unul variabil de până la 10% din valoarea investiției.

Față de cele expuse, contestatoarea prezintă o serie de întrebări: „1. de ce Consiliul a solicitat autorității contractante corectarea ofertei noastre prin majorarea coeficientului de cheltuieli diverse și neprevăzute?; 2. De unde a avut cunoștință petenta de acest procent, atâta timp cât, la pag. 185 și 185 din propunerea noastră financiară existau o serie de declarații prin care propunerea tehnică și propunerea financiară au caracter confidențial?; 3. Cum și-a redobândit calitatea de participant la procedură petenta, atât timp cât aceasta nu și-a prelungit garanția de participare și valabilitatea ofertei, în momentul introducerii contestației. 4. De ce pe site-ul CNSC, în dreptul primei decizii, contestația apare respinsă, pe fond, atâta timp cât contestația a fost admisă pe fond, iar intervenția a fost respinsă pe excepție?”.

În drept, contestatoarea invocă prevederile dispozițiilor art. 8 din legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. 644/20.01.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 2764/25.01.2017.....a solicitat respingerea contestației formulată de către asocieria SC SRL – SCSRL, ca neîntemeiată, *„deoarece toate măsurile adoptate de autoritatea contractantă sunt în concordanță cu dispozițiile imperative din decizia C.N.S.C. nr. 2316/C6/2673 din 29.12.2016”*.

Organizatoarea procedurii precizează că, potrivit Deciziei C.N.S.C. nr. 2316/C6/2673 din 29.12.2016, a luat măsurile de remediere necesare, respingând, ca neconforme, ofertele asocierii SC SRL – SCSRL și SCSRL, pentru nerespectarea coeficientului de 10% cheltuieli diverse și neprevăzute în cadrul ofertei financiare.

Cu privire la calitatea de ofertant conferită de valabilitatea ofertei și garanției de participare, autoritatea contractantă precizează că a luat act de decizia C.N.S.C în speță.

În ceea ce privește caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, invocat de petentă, organizatoarea procedurii menționează că declarațiile respective, pentru a putea produce efecte juridice, trebuiau atașate documentelor care însoțesc oferta și nu în cadrul propunerii financiare, având în vedere faptul că oferta financiară se deschide în momentul în care sunt finalizate evaluarea tehnică și a documentelor de calificare.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie certificată, documentele dosarului achiziției publice emise ulterior Deciziei Consiliului nr. 2316/C6/2673 din 29.12.2016.

Prin adresele nr. 2907/140/C6 și, respectiv, nr. 2905/140/C6 din 25.01.2017, în considerarea prevederilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a pus în discuția părțile excepția inadmisibilității contestației, raportat la prevederile art. 6 alin. (1) și (2) din același act normativ, pentru neparcurgerea de către petentă, în termen legal, a procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante.

Prin adresa nr. 730/26.01.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 2976/26.01.2017,a răspuns solicitării Consiliului precizând următoarele: *„suntem în măsură să solicităm respingerea contestației nr. 1692 din 16.01.2017, ca inadmisibilă, deoarece contestatarul, respectiv asocieria SC SRL – SCSRL, nu a parcurs procedura de notificarea prealabilă a autorității contractante, conform art. 6 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016”*.

Prin adresa nr. 12/27.01.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 3382/30.01.2017, SC SRL a răspuns solicitării Consiliului precizând că, în conformitate cu prevederile Noului Cod de procedură civilă, Noului Cod civil, Legii 98/2016, Legii 101/2016, Legii 544/2004 și hotărârilor „Curților Internaționale Europene”, consideră *„ca fiind îndeplinite condițiile de încadrare în termenele și condițiile prevăzute de legislația în vigoare, în ceea ce privește dreptul persoanelor fizice/juridice de a ataca actele emise de autorități contractante”*.

Contestatoarea afirmă că „sustinerile noastre sunt reale și întemeiate, în special prevederile, definițiile și principiile statuate în legislația românească”.

SC SRL mai precizează „ne rezervăm dreptul de a utiliza orice instrument juridic (civil și/ sau penal) care ne permite, atât recuperarea cheltuielilor aferente cu pregătirea participării la procedura de atribuire, cât și recuperarea beneficiului neobținut”.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) coroborat cu art. 6 alin. (1) din Legea nr.101/2016, Consiliul va analiza, mai întâi, excepția inadmisibilității contestației pentru neîndeplinirea, de către SC SRL, a procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, invocată din oficiu, pe care urmează să o admită, raportat la dispozițiile art. 6 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016, conform cărora: „**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 pretenției încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile”, coroborate cu cele ale alin. (10) al aceluiași articol – “**Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă**” și art. 11 alin. (2) din același act normativ – “**Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există (...)**”.

Întrucât SC SRL nu a constituit dovada îndeplinirii procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, Consiliul, făcând aplicarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, va admite excepția inadmisibilității contestației, invocată din oficiu, și va respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de către SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SCSRL, fără a proceda la analiza fondului cauzei.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.(1) din același act normativ.

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

Admite excepția inadmisibilității contestației, invocată ex officio, și respinge contestația formulată de către SC SRL, cu sediul în, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SCSRL, în contradictoriu cucu sediul în localitatea, ca inadmisibilă.

Obligatorie.

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

