CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../C.../...
Data: ....

Prin contestația nr. 2635C/13.11.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 47138/13.11.2018 și, respectiv, sub nr. 47312/14.11.2018, SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., a contestat notificarea emisă de SICAP la data de 08.11.2018 intitulată „Evaluare calificare/tehnică”, în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare străzi în localitatea Giula, comuna ..., județul Cluj”, inițiată de COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ..., str. ... și a solicitat anularea evaluării tehnice inițiale a ofertei sale, anularea raportului (intermediar al) procedurii şi a tuturor actele subsecvente, printre care menţiunea din SEAP/SICAP „Evaluare tehnică: Neconform”, în ceea ce priveşte oferta sa, precum și obligarea autorităţii contractante la continuarea evaluării ofertelor, inclusiv a ofertei sale, cu etapa de evaluare a propunerilor financiare, în condiţiile constatării admisibilităţii propunerii sale tehnice.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia aduce la cunoștință că la data 08.11.2018 a fost notificată, prin e-mail, de către SICAP despre finalizarea etapei de „Evaluare calificare/tehnică”, prin care oferta sa a fost respinsă, ca neconformă, iar pentru a afla motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a propunerii sale tehnice, a formulat

cerere privind studierea dosarului achiziției publice, fără însă ca autoritatea contractantă să dea curs acesteia.

Astfel, contestatoarea susține că evaluarea tehnică a autorității contractante este ilegală, propunerea sa tehnică fiind conformă şi, prin urmare admisibilă. În acest sens, contestatoarea solicită, repunerea în termen, în temeiul art. 186 Cod de procedură civilă, după ce autoritatea contractantă va comunica în prealabil motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.

Contestatoarea consideră că eventuala prematuritate a contestației pe care autoritatea contractantă ar putea-o invoca, în condițiile în care art. 215 alin. (1) şi art. 2 lit. b) din Legea nr. 98/2016 nu obligă expres la informarea ofertanților asupra motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei înainte de finalizarea întregului proces de evaluare, vine în contradicție cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care impun ofertanților depunerea contestației în termen de 5 zile de la luarea la cunoștință a actului autorității contractante considerat ilegal, chiar dacă motivarea actului nu este comunicată încă ofertantului, sub sancțiunea respingerii ca tardivă a unei contestații depuse ulterior, raportat la data luării la cunoștință ulterioare a motivării actului atacat, motivare necomunicată concomitent cu actul considerat ilegal, act ce fusese deja comunicat la o dată anterioară.

Astfel, contestatoarea precizează că o eventuală respingere, ca prematură, a contestației conduce la formularea uneia noi depusă în interiorul termenului legal de 5 zile, calculat începând cu ziua următoare luării la cunoștință a motivării actului ilegal atacat.

În dovedirea contestației sale, SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației formulată de SC ...SRL, Consiliul, prin adresa nr. 47467/3348 C5/14.11.2018, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

SC ...SRL a răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 2659C/16.11.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 48015/ 19.11.2018, depunând, în original, Recipisa de consemnare nr. 4170/15.11.2018, emisă de Banca Comercială Română SA, în valoare de 35.000 lei.

Prin adresa nr. 48895/3348 C5/23.11.2018, Consiliul a solicitat autorității contractante COMUNA ..., între altele, înaintarea dosarului achiziției publice, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, precum și oferta depusă de contestatoare.

Având în vedere că autoritatea contractantă nu a dat curs solicitării de mai sus, Consiliul, prin adresa nr. 51688/3348 C5/13.12.2018, a

revenit asupra solicitării din adresa nr. 48895/3348 C5/23.11.2018 și a solicitat COMUNEI ... să remită, în regim de urgență, dosarul achiziției publice, astfel cum acesta este descris la art. 148 din HG nr. 395/2016, oferta depusă de contestatoare, precum și dovezi privind publicarea în SICAP a contestaţiei și transmiterea punctului de vedere către contestatoare. În acest sens, CNSC a invocat dispozițiile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, solicitându-i transmiterea documentelor ante-menționate.

Autoritatea contractantă COMUNA ... a comunicat, prin adresa nr. 4675/12.12.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 51814/14.12.2018, punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de documentele solicitate prin adresele nr. 48895/3348 C5/23.11.2018 și nr. 51688/3348 C5/13.12.2018.

Prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că a solicitat ofertanților clarificări în mai multe rânduri, ultimele fiind transmise la data de 05.10.2018, însă după analizarea răspunsurilor la acestea, comisia de evaluare a stabilit că acestea au fost transmise în termenul acordat, doar că nu toți ofertanții au răspuns în mod concludent.

Astfel, în ceea ce privește oferta contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că a solicitat clarificări referitoare la propunerea tehnică, însă răspunsul ofertantului a fost considerat neconcludent, prin urmare, oferta SC ...SRL a fost declarată neconformă și inacceptabilă.

Prin adresele nr. 51861/3348 C5/14.12.2018 și nr. 51848/3348 C5/14.12.2018, Consiliul a solicitat părților transmiterea susținerilor referitoare la excepția, invocată din oficiu, privind prematuritatea formulării contestației, având în vedere faptul că, atât raportul procedurii de atribuire, cât şi comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, prevăzute de art. 215 și 216 din Legea nr. 98/2016, nu au fost întocmite până în prezent, procedura de atribuire fiind suspendată în etapa de evaluare financiară, autoritatea contractantă neavând obligația legală de a face comunicări intermediare la finalul fiecărei etape, iar documentul contestat, respectiv „rezultatul evaluării tehnice”, este o informare emisă de SICAP, iar nu de către autoritatea contractantă, art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, stipulând că: „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.

SC ...SRL a răspuns, prin adresa nr. 2857C/17.12.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 51967/17.12.2018, precizând că actul atacat i-a fost comunicat prin intermediul SICAP/SEAP la data de 08.11.2018, având la baza un act/o operațiune a autorității contractante, respectiv, respingerea ofertei din punct de vedere al propunerii tehnice, iar SICAP/SEAP nu poate transmite notificări/informări automat şi/sau autonom, fără ca autoritatea contractantă să încarce în sistem în

prealabil rezultatul evaluării ofertelor, fie sub simpla sintagmă admis/respins, fie cu precizări/detalieri suplimentare.

Făcând trimitere la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea arată că și simpla operaţiune materială a autorităţii contractante de a-i respinge propunerea tehnică în SICAP/SEAP, chiar şi neînsoţită de un înscris formal ataşat intitulat „Comunicare rezultat procedură” şi/sau „Raport intermediar/final al procedurii de atribuire” şi/sau „Proces- verbal de evaluare a propunerilor tehnice”, în condiţiile în care sistemul informatic SICAP/SEAP publică şi transmite prin e-mail instantaneu actul/operaţiunea materială realizată direct şi nemijlocit de autoritatea contractantă în contul său din SICAP/SEAP, respectiv selectarea opţiunii de respingere a ofertei contestatoarei din punct de vedere a propunerii tehnice.

Contestatoarea invocă principiul „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” – „unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem” și consideră că operaţiunea materială de respingere a ofertei din punct de vedere a propunerii tehnice în SEAP/SICAP, nu poate fi exceptată de la definiţia dată actului autorităţii contractante de către art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 şi, prin urmare, nu poate fi exceptată nici de la dreptul de contestare conferit de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi nici de la curgerea dreptului de contestare de la data luării la cunoştinţă a actului atacat, în sensul art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Raportat la cele de mai sus, contestatoarea solicită respingerea excepţiei prematurităţii contestaţiei, adăugând faptul că, dacă se va alege respingerea contestației sale pe cale de excepție, societatea sa va formula o nouă contestație în termen de 5 zile de la luarea la cunoştinţă a înscrisului/actului comunicat de autoritatea contractantă şi intitulat formal „Comunicare rezultat procedură” şi/sau „Raport intermediar/final al procedurii de atribuire” și/sau „Proces-verbal de evaluare a propunerilor tehnice”.

Până la data emiterii prezentei decizii, autoritatea contractantă nu a formulat un punct de vedere privind excepția invocată, din oficiu, de către Consiliu, deși a confirmat primirea adresei nr. 51848/3348 C5/ 14.12.2018 emisă de CNSC, pe care a înregistrat-o sub nr. 4724/14.12.2018.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire simplificată, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare străzi în comuna Giula, comuna Borș, județul Cluj”, cod CPV 45233120 – 6 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind data limită de depunere a ofertelor la 09.07.2018, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate – cost” și valoarea estimată de 3.280.025,63 RON, fără TVA.

Autoarea contestației a depus la dosarul cauzei dovada respectării prevederilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016, respectiv, în original,

recipisa de consemnare nr. 4170/15.11.2018 emisă de BCR SA, în valoare de 35.000 lei.

Raportat la dispozițiile legale incidente, cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia* ***cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”*], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o,* ***nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”].

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează la analiza excepţiei de prematuritate a contestaţiei invocată din oficiu, având în vedere faptul că, atât raportul procedurii de atribuire, cât şi comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, conform art. 214 și 215 din Legea nr. 98/2016, nu au fost întocmite până în prezent de către autoritatea contractantă, iar documentul contestat, respectiv „rezultatul evaluării tehnice”, este emis de SICAP și nu de către autoritatea contractantă, art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, stipulând că: „*Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un* ***a a unei au contr*** *sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*”.

Din conținutul contestației rezultă că actul atacat în prezenta cauză este informația publicată în SICAP, respectiv mențiunea aferentă evaluării tehnice potrivit căreia „evaluare tehnică: neconform”.

Consiliul reține că potrivit informațiilor publicate în SICAP în legătură cu prezenta procedură de atribuire, procedura de atribuire este suspendată la etapa evaluării propunerilor financiare, atât raportul procedurii de atribuire, cât şi comunicările privind rezultatul procedurii de

atribuire, prevăzute de art. 215 și 216 din Legea nr. 98/2016, nefiind întocmite până în prezent, autoritatea contractantă neavând obligația legală de a face comunicări intermediare la finalul fiecărei etape, dat fiind abrogarea, prin OUG nr. 45/2018, a dispozițiilor art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, Consiliul constată că, până în prezent nu a fost emis nici raportul procedurii de atribuire şi nici comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă neîncheind niciun act conform art. 214 şi art. 215 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 66 alin. (3)-(5) coroborat cu art. 127 alin. (1) lit. n) din HG nr. 395/2016.

Faţă de această situaţie, Consiliul constată incidenţa în speţă a următoarelor prevederi legale:

- art. 215 alin. (1) și (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, care dispune:

„(1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce priveşte rezultatul selecţiei, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziţie publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziţii, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziţii ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligaţia de a cuprinde: (...)

b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale";

- art. 216 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia:

„(2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puţin următoarele documente/informaţii:

a) denumirea şi adresa autorităţii contractante, obiectul şi valoarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziţii;

b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare şi/sau selecţie a candidaţilor/ofertanţilor şi/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire;

c) motivele respingerii unei oferte care are un preţ neobişnuit de scăzut;

d) denumirea ofertantului declarat câştigător şi motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câştigătoare;

e) în măsura în care sunt cunoscute, partea/părţile din contractul de achiziţie publică/acordul-cadru pe care ofertantul declarat câştigător intenţionează să o/le subcontracteze unor terţi şi denumirea subcontractanţilor;

f) justificarea motivelor privind alegerea procedurii de atribuire, în cazul aplicării procedurilor de negociere competitivă, dialog competitiv sau negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare;

g) justificarea motivelor pentru care autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire;

h) atunci când este cazul, motivele pentru care au fost folosite alte mijloace de comunicare decât cele electronice pentru depunerea ofertelor;

i) atunci când este cazul, conflictele de interese identificate şi măsurile luate în acest sens.

(3) Informaţiile care fac obiectul alin. (2) lit. b) sunt următoarele:

a) denumirea candidaţilor/ofertanţilor calificaţi şi/sau selectaţi şi motivele care au stat la baza acestor decizii;

b) denumirea candidaţilor/ofertanţilor respinşi şi motivele respingerii";

-art. 66 alin. (3) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia *„(3) Comisia de evaluare are obligaţia elaborării raportului procedurii de atribuire în conformitate cu art. 216 din Lege, care se aprobă de către conducătorul autorităţii contractante";*

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un* ***a a unei au contr*** *sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi";*

- art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia *„În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".*

Având în vedere cele mai sus menţionate, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a întocmit raportul procedurii şi nici comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, astfel încât contestaţia formulată SC ...SRL apare ca fiind prematur introdusă. La acest moment autoarea contestaţiei deţine doar informaţiile oferite de SICAP, motivele concrete care au dus la respingerea ofertei sale nefiind comunicate contestatoarei printr-un act emis de autoritatea contractantă/comisia de evaluare, conform dispozițiilor legale în vigoare.

Întrucât, autoritatea contractantă nu a întocmit o comunicare a rezultatului conform dispozițiilor legale în vigoare, contestatoarea a fost în imposibilitate de a motiva în fapt și în drept contestația conform dispozițiilor art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016. Cererea contestatoarei de repunere în termen nu poate fi admisă de Consiliul având în vedere dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„(3) Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia".*

Luând în considerare dispoziţiile legale în vigoare aplicabile prezentei speţe, valabile la data inițierii procedurii de atribuire, Consiliul

constată că actul decizional al autorităţii contractante referitor la ofertele primite este raportul procedurii. Anterior încheierii acestuia nu îi revine autorităţii contractante, potrivit legii, obligaţia de face comunicări privind rezultatul analizei şi evaluării ofertelor primite.

În lipsa unei comunicări a rezultatului procedurii, realizată în condiţiile legii, contestarea acestuia nu se poate realiza prin invocarea de motive în fapt şi în drept faţă de considerentele pentru care decizia autorităţii contractante a fost luată, motive care se comunică potrivit art. 215 din Legea nr. 101/2016.

În consecinţă, după primirea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, contestatoarea, cunoscând motivele concrete care au dus la respingerea ofertei sale, va putea contesta acest act al autorităţii contractante în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016.

Având în vedere cele mai sus menţionate, Consiliul apreciază contestaţia formulată de SC ...SRL ca fiind prematură, motiv pentru care, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca prematur introdusă, contestaţia depusă de SC ...SRL, în contradictoriu cu COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă.

Fără pronunţare asupra fondului contestaţiei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția prematurității contestației, invocată din oficiu și respinge, ca prematură, contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET
...

MEMBRU COMPLET
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.