



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 / +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... cu sediul în, ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr.de către ... cu sediul în județul ... în cadrul procedurii de cerere de oferte organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Realizare Centrale termice pe gaz la din municipiul ... cod CPV: 45251200-3 – Lucrări de construcții de centrale termice (Rev.2), s-a solicitat anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr.și a raportului procedurii, precum și reevaluarea ofertei sale.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr., din cadrul procedurii mai sus menționate organizată de ... s-au solicitat cele precizate anterior.

În motivarea contestației, ... precizează că, potrivit procesului verbal de deschidere, a prezentat, la data depunerii ofertelor prețul cel mai scăzut, respectiv 492.118,12 lei, preț ce o situează pe locul I în clasamentul ofertelor. Cu toate acestea, autoritatea contractantă i-a respins oferta ca neconformă și a atribuit contractul unui ofertant cu un preț cu cca. 13% mai mare decât al său.

Pe fondul cauzei, societatea contestatoare menționează că, în cadrul procesului de analiză și evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă i-a solicitat, prin adresa nr., să pună la dispoziție formularul PF (centralizator financiar), ce nu fusese prezentat inițial.

... susține că autoritatea contractantă avea la dispoziție Formularul F1, din care rezultă că își asumase inițial, la data depunerii ofertei, un anumit cost al investiției de bază, un anumit cost al organizării de șantier, un anumit procent de indirecte și un anumit profit, considerând că, raportat la proiectul existent și la tipul de lucrare ce va fi realizat, nu sunt necesare „cheltuielile diverse și neprevăzute”.

Odată cu primirea solicitării de clarificări, contestatoarea menționează că și-a asumat prin răspunsul său să-și reducă procentul de cheltuieli indirecte, iar diferența să fie alocată pentru „cheltuielile diverse și neprevăzute”, respectiv și-a asumat, potrivit fișei de date a achiziției că, din total ofertă, 3,14% să fie alocat pentru „cheltuieli diverse și neprevăzute”.

Astfel, societatea contestatoare consideră că prin răspunsul la solicitarea de clarificări și-a reasumat prețul total ofertat, fără a modifica nicio componentă de bază, însușindu-și eroarea prin indicarea procentului de diverse și neprevăzute solicitat prin fișa de date a achiziției, în cazul de față nefiind incidente prevederile art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

Față de cele de mai sus, contestatoarea arată că sunt create premisele pentru care trebuie ca autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei sale, invocând decizia nr. ... a Curții de Apel, Secția a II-a civilă, precum și decizia nr. ... a Curții de Apel, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal.

Consiliul a solicitat contestatoarei, prin adresa nr. 15755/.../ ... în temeiul art. 271¹ alin. (3) și art. 275 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, transmiterea dovezii constituirii garanției de bună conduită, conform art. 271¹ din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit

art. 271¹ alin. (3) din ordonanță. Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., contestatoarea a transmis dovada constituirii garanției de bună conduită, conform art. 271¹ din ordonanța de urgență.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a precizat că ... a formulat o contestație neînsoțită de garanția de bună conduită așa cum prevede art. 271¹ din OUG nr. 34/2006.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. ../.../... în temeiul art. 274 din OUG nr. 34/2006, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, propunerea financiară depusă de contestatoare, precum și punctul de vedere cu privire la contestația depusă de

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de ... împreună cu documentele solicitate.

... prin punctul său de vedere, invocă excepția tardivității conform prevederilor art. 256² lit. b) din OUG nr. 34/2006, deoarece data depunerii contestației la Consiliu de către ... este cu „mult după termenul reglementat”.

Pe de altă parte, obligația contestatoarei era de a constitui garanția de bună conduită în conformitate cu art. 271¹ alin (1) din același act normativ, odată cu depunerea contestației.

În baza art. 271¹ alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de ... aceasta nefiind însoțită la data depunerii contestației de garanția de bună conduită și nici nu acoperă perioada prevăzută de dispoziția menționată mai sus.

Cu privire la fondul contestației, autoritatea contractantă menționează că ... nu a respectat cerințele documentației de atribuire cu privire la procentul de 3,14% al cheltuielilor diverse și neprevăzute, iar acceptarea ofertei ar fi însemnat nerespectarea principiului tratamentului egal al ofertanților, toți ceilalți ofertanți evidențiind separat această valoare.

Din punctul său de vedere, autoritatea contractantă consideră că nu a mai trebuit să ceară clarificări atâta timp cât ... a recunoscut că la cererea sa de depunere a formularului PF era obligat ca la cheltuieli diverse și neprevăzute să treacă valoarea „0” pentru a putea respecta prețul din formularul de ofertă. Ori, cerința din documentația de atribuire era ca această cheltuială trebuie să aibă valoarea echivalentă procentului de 3,14%.

Pentru cele menționate mai sus, ... solicită respingerea pe fond a contestației formulată de

Analizând susținerile părților, prin prisma documentelor depuse de acestea la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Realizare Centrale termice pe gaz la din municipiul ... cod CPV 45251200-3 – Lucrări de construcții de centrale termice (Rev.2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ... din ... odată cu care a postat și documentația de atribuire. Din informațiile invitației de participare, rezultă că valoarea estimată a contractului de achiziție publică ce urmează a se atribui este de 766.421,40 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar termenul de depunere a ofertelor a fost stabilit la 12.08.2014.

Urmare a deschiderii ofertelor depuse în procedură, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. ... din .., consemnând rezultatul evaluării lor în raportul procedurii nr.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale drept neconformă (rezultat ce i-a fost comunicat prin adresa nr.), ... a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând anularea rezultatului procedurii și a raportului procedurii, precum și reevaluarea ofertei sale.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, în contextul invocării de către autoritatea contractantă a excepției tardivității contestației, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință de actul pe care îl reclamă (comunicarea rezultatului procedurii), la data de 09.09.2014 (data transmiterii prin fax a adresei nr.). Așadar, 09.09.2014 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, stabilit în textul art. 256² alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice.

Conform acestui text legal, în cazul în care valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează să fie atribuit este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), contestația poate fi depusă în cel mult cinci zile, începând cu cea următoare luării la cunoștință de către contestatoare de actul autorității contractante pe care aceasta îl consideră nelegal.

Față de valoarea estimată a contractului, de 766.421,40 lei, fără TVA, Consiliul determină că termenul de depunere atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă, a contestației privind procedura de atribuire este de cel mult cinci zile începând cu cea următoare datei luării la cunoștință de către contestatoare despre actul apreciat ca nelegal, respectiv luni 15.09.2014. Având în vedere că data transmiterii prin poștă a contestației la CNSC și la autoritatea contractantă este 15.09.2014, Consiliul va respinge ca nefondată excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă, demersul

contestatoarei fiind făcut cu respectarea termenului legal de contestare stabilit de legiuitor.

În ceea ce privește excepția ridicată de autoritatea contractantă, de respingere a contestației ... motivat de faptul că autoarea contestației nu a depus garanția de bună conduită odată cu contestația, sens în care a invocat prevederile art. 271¹ alin. (2) din OUG nr. 34/2006, Consiliul reține că, întrucât OUG nr. 51/2014 a intrat în vigoare la data publicării ei în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv la 30 iunie 2014, contestațiile depuse începând cu această dată la CNSC sunt supuse prevederilor ei, situație în care se găsește și contestația de față.

Conform OUG nr. 51/2014, art. 271¹: *În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/ hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia. (2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1). (3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii. [...] (5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă [...].*

Autoritatea contractantă fiind nemulțumită de faptul că societatea contestatoare nu a depus garanția odată cu contestația a solicitat respingerea contestației, context în care Consiliul are în vedere următoarele:

- OUG nr. 51/2014 nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția nu este constituită la momentul depunerii contestației, ci ulterior;
- OUG nr. 51/2014 nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin solicitarea constituirii garanției sau, dacă este cazul, suplimentarea ei;
- OUG nr. 34/2006, astfel cum a fost modificată și completată prin OUG nr. 51/2014, interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația [art. 270 alin. (2) - *în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1),*

va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația];

- art. 200 alin. (2) C. proc. civ. interzice respingerea/anularea unei cereri de chemare în judecată fără a i se comunica reclamantului în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să realizeze completările sau modificările dispuse;

- art. 33 alin. (2) din OUG nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru stabilește dreptul reclamantului de a i se acorda un termen pentru timbrarea corespunzătoare a cererii sale: *Dacă cererea de chemare în judecată este netimbrată sau insuficient timbrată, reclamantului i se pune în vedere, în condițiile art. 200 alin. (2) teza I din Codul de procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței. Așadar, o cerere care nu este însoțită de dovada achitării taxei de timbru nu este respinsă ipso facto, ci i se pune în vedere autorului să își timbreze cererea într-un anumit termen. Doar dacă acesta nu se conformează măsurii dispuse de instanță i se va respinge cererea.*

La art. 6 alin. (1) din Noul Cod de procedură civilă se prevede că *orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. În acest scop, instanța este datoră să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății.* Solicitarea Consiliului de constituire și prezentare a garanției de bună conduită în termen de 3 zile lucrătoare, întrucât nu este interzisă de ordonanță, se subînțelege că este permisă.

Din interpretarea prevederilor evocate, reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu are cuantumul solicitat, nu se poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să se manifeste un rol activ și să îi pună în vedere contestatoarei să își constituie garanția conformă cerută de lege.

Așadar, pentru a nu aduce atingere substanței dreptului persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și, coroborat cu analogia textelor evocate mai sus, să acorde contestatoarei un termen pentru constituirea și prezentarea garanției de bună conduită de care este condiționată judecarea pe fond a cauzei.

În prezenta speță, întrucât ... a răspuns solicitării Consiliului, aducând dovada constituirii garanției, garanție care este acoperitoare

(Scrisoare de Garanție Bancară de bună Conduită nr. 522/19.09.2014, în valoare de 7664,21 lei, eliberată de Banca Transilvania), contestația sa nu poate fi respinsă pe considerentul neconstituirii garanției de bună conduită, solicitarea autorității contractante fiind nefondată. Scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ... astfel cum impune 271¹ alin. (1) din ordonanță, este atins în prezenta cauză.

În ceea ce privește valabilitatea garanției de bună conduită, Consiliul constată că documentul depus în acest sens de contestatoare, respectiv Scrisoare de garanție bancară de bună conduită, nr. ... (emitent Banca Transilvania), este valabil până la .., termenul de cel puțin 90 de zile stabilit la art. 271¹ din OUG nr. 34/2006 fiind acoperit.

Pe fondul contestației formulată de ... Consiliul constată lipsa de temei a criticilor aduse.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă, conform adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, a respins oferta sa ca neconformă deoarece nu ar fi respectat cerințele caietului de sarcini, în sensul că nu au fost menționate în cadrul propunerii financiare cheltuielile diverse și neprevăzute.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că autoritatea contractantă a stabilit, în fișa de date, cap. IV.4.2) - *Modul de prezentare a propunerii financiare*, următoarele:

Important! Conform Notificării ANRMAR privind aplicarea prevederilor art. 28 alin. 7 și art. 29 alin. 2¹ din O.U.G.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, propunerea financiară totală prezentată de fiecare operator economic trebuie să conțină, ca element distinct constitutiv, valoarea rezultată în urma aplicării procentului de diverse și neprevăzute la propunerea financiară, (fără diverse și neprevăzute), depusă, respectiv procent de 3,14% din cap. 4 cheltuieli pentru investiția de bază;

Procentul aferent cheltuielilor de diverse și neprevăzute nu se aplică la cap. 5.1 organizare de șantier.

Se va depune oferta completă, pentru toate categoriile de lucrări cuprinse în documentația de atribuire.

Totodată, Consiliul are în vedere faptul că autoritatea contractantă, prin adresa nr., i-a solicitat contestatoarei pe lângă justificarea prețului ofertat aparent neobișnuit de scăzut și transmiterea Formularului PF (centralizator financiar), reprezentând formularul de ofertă, deoarece nu a fost prezentat în cadrul ofertei.

Prin răspunsul său, nr. ... (înregistrare la autoritatea contractantă), autoarea contestației a precizat legat de cheltuielile

diverse și neprevăzute faptul că apreciază că proiectul tehnic este întocmit foarte temeinic, cu toate categoriile de lucrări clar explicitate atât în părțile desenate cât și în cele scrise, motiv pentru care *nu vor apărea niciun fel de costuri suplimentare pentru finalizarea acestuia*. De asemenea, a menționat că, în situația în care ar putea apărea lucrări suplimentare (de maxim 3,14% conform evaluării proiectantului), se anagajează la acoperirea lor din cheltuielile indirecte cotate ca 10%. Atașat contestației a comunicat formularul solicitat (PF) în care cheltuielile diverse și neprevăzute sunt precizate a fi nule (0%).

Pentru soluționarea contestației, Consiliul consideră relevante dispozițiile art. 28 alin. (7) și 29 alin. (2¹) din OUG nr. 34/2006, precum și interpretarea acestora făcută de ANRMAP *prin Notificarea emisă în aplicarea prevederilor art. 28 alin. 7 și art. 29 alin. 2¹ din OUG nr. 34/2006*.

Prin urmare, raportat la dispozițiile art. 170 din ordonanța de urgență, care obligă operatorii economici la întocmirea ofertei cu respectarea cerințelor documentației de atribuire, având în vedere prevederea expresă din fișa de date a achiziției legată de precizarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, a cuantumului acestora, contestația era obligată să prevadă aceste cheltuieli în cuprinsul valorii ofertate. În fișa de date a achiziției s-a precizat expres faptul că oferta trebuie să cuprindă inclusiv valoarea acestor tipuri de cheltuieli, în procent de 3,14% din cap. 4 cheltuieli pentru investiția de bază, astfel că aprecierea sa cu privire la necesitatea sau nu a unor astfel de cheltuieli este lipsită de relevanță. Propunerea financiară trebuia să includă și acest tip de cheltuieli. Nerespectarea prevederilor documentației de atribuire atrage după sine respingerea ofertei.

Consiliul nu poate lua în considerare susținerea contestației atât din răspunsul comunicat autorității contractante, cât și din contestație, potrivit căruia având în vedere cota prevăzută în cadrul ofertei sale pentru cheltuielile indirecte de 10%, în situația în care ar apărea astfel de cheltuieli (diverse și neprevăzute) le va acoperi din sumă alocată pentru această categorie de cheltuieli.

O astfel de practică nu poate fi acceptată deoarece, pe de o parte, ar fi încălcate principiile care stau la baza achizițiilor publice stipulate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, respectiv a scopului legislației în materia achizițiilor publice, iar pe de altă parte, pune la îndoială caracterul ofertei contestației, datorită modului în care a stabilit, cel puțin, cota de cheltuieli indirecte. În cadrul oricărei proceduri de atribuire orice ofertă are un caracter ferm, iar diferitele cheltuieli cuprinse în cadrul acesteia trebuie să aibă corespondent în

realitate, chiar și în situația în care, în general, există cheltuieli precum cele indirecte care se exprimă ca și cotă procentuală.

Dacă s-ar accepta un astfel de raționament, în condițiile în care în cadrul Formularului PF contestatoarea a precizat cheltuieli diverse și neprevăzute în procent de "0%", pentru conformitatea ofertei cu prevederile documentației de atribuire acest formular ar trebui modificat, astfel încât să cuprindă cota impusă de 3,14% și, pentru a păstra neschimbată valoarea ofertei sale, modificate toate devizele în ceea ce privește cota cheltuielilor indirecte. Ori, a accepta o astfel de modificare presupune a accepta o modificare a întregii structuri a propunerii financiare, fapt sancționat de art. 79 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 (în discuție nefiind vreo eroare aritmetică), cu respingerea ofertei ca neconformă.

Raportat la prevederile legale amintite, *simpla eroare aritmetică* după cum afirmă contestatoarea, nu poate fi remediată prin clarificări, corectarea indicată de aceasta, de diminuare a cheltuielilor indirecte de la 10% la 6,86% ne reprezentând o eroare aritmetică. Toate devizele prevăd o cotă de cheltuieli indirecte de 10%, niciun document din cadrul ofertei nesustținând ideea existenței vreunei erori, indiferent de natura ei, cu atât mai puțin una aritmetică, precum și datorită inexistenței vreunei legături între cele două tipuri de cheltuieli. De asemenea, nu poate fi acceptată ideea existenței unei erori aritmetice nici din prisma faptului susținut de contestatoare că nu vor exista cheltuieli diverse și neprevăzute pentru a motiva lipsa acestora din cadrul ofertei sale, fiind un element obligatoriu al propunerii financiare, explicit impus prin fișa de date, pentru care contestatoarea nu a solicitat și nici nu a formulat critici în condițiile ordonanței de urgență, trebuia respectat.

Sub nicio formă, la momentul prezentării ofertei, contestatoarea nu trebuia să omită cotarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, nici chiar sub pretextul că acestea nu ar fi necesare, proiectul fiind întocmit „foarte temeinic”,

Pentru acest motive, Consiliul consideră întemeiată decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatoarei, orice solicitare de clarificări asupra acestui subiect neputând suplini necotarea în cadrul ofertei a acestor cheltuieli diverse și neprevăzute, iar o acceptare a modificărilor propuse de contestatoare neputând fi primită fiind în afara cadrului legal aplicabil în materia achizițiilor publice.

Pe cale de consecință, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,

Redactată în 4 exemplare originale, conține 10 pagini.