CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
18 APR. 2018 13:50
Nr. înregistrare 92/ 27279

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa, societate cu sediul în prin , cu sediul în (acesta fiind și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură), cod fiscal număr de înregistrare în Registrul Comerțului adresă de email , reprezentată legal prin , în calitate de ***contestatoare***,

În contradictoriu cu **COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.** („***CNAIR***" sau „***Autoritatea Contractantă***"), cu sediul în str. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, București, cod fiscal 16054368, număr de înregistrare în Registrul Comerțului J40/552/15.01.2004, în calitate de ***autoritate contractantă***,

În legătură cu **procedura de atribuire a contractului privind *Consolidarea terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu* – anunț de participare nr. 178160/18.08.2017** (licitație deschisă),

În temeiul art. 8 și urm. 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 („***Legea nr. 101/2016***"), formulăm prezenta

CONTESTAȚIE
Împotriva hotărârii de declarare ca inacceptabilă a ofertei subscrisei

Prin prezenta, solicităm respectuos Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor („*CNSC*") să anuleze hotărârea Autorității Contractante de declarare ca inacceptabilă a ofertei subscrisei, precum și informarea cu privire la această hotărâre, comunicată subscrisei sub nr. /4.04.2018.

1. Sunt îndeplinite cerințele pentru dispunerea, de către CNSC, a măsurilor solicitate, în conformitate cu art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016. Astfel, subscrisa a suferit o vătămare certă printr-o hotărâre nelegală de declarare ca inacceptabilă a ofertei depuse.

I. **Precizări prealabile privind procedura de atribuire și actele atacate**

2. Procedura de achiziție publică vizată de prezenta contestație are ca obiect atribuirea contractului pentru execuția lucrărilor de consolidare a terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu, în conformitate cu condițiile de contract FIDIC Roșu.

3. Anunțul de participare a fost publicat în SEAP sub nr. 178160/18.08.2017 (***anexa nr. 1*** – anunțul de participare).

4. Valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 23,227,100.23 RON.

5. Cu privire la propunerile financiare ale ofertanților, în Fișa de Date a Achiziției (cap. IV.4.2 – *Modul de prezentare a propunerii financiare*), preluându-se art. 133 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (în continuare, „***Normele metodologice***"), s-a prevăzut că:

> *„Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile* ***care pot fi disponibilizate*** *pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Legea 98/2016." (s.n.)* (***anexa nr. 2*** – Fișa de Date a Achiziției)

6. Trebuie menționat că, distinct de contractul a cărui atribuire este urmărită prin procedura vizată de prezenta contestație, Autoritatea Contractantă si contestatoarea au semnat, anterior, un contract având ca obiect lucrările de construcție a variantei de ocolire Târgu Jiu. În raport cu acestea din urmă, consolidarea terenului de fundare aferent sectorului estic al variantei de ocolire Târgu Jiu are caracter complementar.

7. **Acordul contractual dintre Autoritatea Contractantă si contestatoare a fost încheiat în data de , prețul convenit fiind de RON fără TVA** (***anexa nr. 3*** – Acordul contractual privind ").

8. **În procedura de atribuire vizată de prezenta contestație, subscrisa a ofertat un preț de RON fără TVA.**

9. Prin adresa nr. /4.04.2018 (***anexa nr. 4***), subscrisa a fost informată despre faptul că, prin hotărârea Comisiei de evaluare, s-a stabilit că este inacceptabilă oferta depusă în procedura de atribuire a contractului pentru realizarea lucrărilor de consolidare a terenului de fundare aferent sectorului Estic al Variantei de Ocolire Tg. Jiu.

10. Autoritatea contractantă și-a motivat hotărârea prin împrejurarea că, în opinia sa, propunerea financiară a subscrisei (lei fără TVA) atrage aplicarea art. 137 alin. (2) lit. e) rap. la art. 133 alin. (3) din Normele metodologice, în sensul că oferta este inacceptabilă deoarece depășește valoarea estimată a contractului (lei fără TVA) și *„nu există, la acest stadiu, posibilitatea disponibilizării de fonduri"*.

11. Raportându-se la indicatorii tehnico-economici ai investiției, aprobați prin Hotărârea Guvernului nr. 1156/2010 pentru aprobarea indicatorilor tehnico-economici ai obiectivului de investiții *„Varianta de ocolire Târgu Jiu"* (în continuare, ***„HG nr. 1156/2010" – anexa nr. 5***), Comisia de evaluare a concluzionat că:

> *„(...) oferta depusă* ***nu se încadrează în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică*** *având în vedere că valoarea acesteia depășește valoarea estimată comunicată în anunțul de participare* ***și nu există***

posibilitatea disponibilizării de fonduri pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică. *" (s.n.)*

12. Împotriva acestei hotărâri și a adresei de informare, subscrisa a formulat notificarea prealabilă înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. /10.04.2018 (***anexa nr. 6*** – notificarea prealabilă). Termenul de răspuns față de notificarea prealabilă s-a împlinit în data de .04.2018, conform art. 6 alin. (4) rap. la art. 5 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Până la data formulării prezentei contestații, Autoritatea Contractantă nu a comunicat un răspuns.

II. Motivarea contestației în drept

13. Hotărârea Autorității Contractante produce o vătămare certă subscrisei prin suprimarea posibilității de a i se atribui contractul de achiziție publică și încalcă legislația privind achizițiile publice întrucât nu sunt întrunite cumulativ condițiile prevăzute de art. 137 alin. (2) lit. e) din Normele metodologice, normă pe care s-a întemeiat Autoritatea Contractantă.

a. Vătămarea produsă

14. Consecința constatării pretinsului caracter inacceptabil al ofertei și, prin urmare, a inadmisibilității acesteia, este suprimarea posibilității subscrisei de a-i fi analizată oferta prin aplicarea criteriilor de atribuire prevăzute de lege și de documentația achiziției, conform art. 215 alin. (3)-(4) și art. 207 alin. (1) rap. la art. 187 și urm. din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

15. **În consecință, este suprimată însăși oportunitatea subscrisei de a i se atribui contractul de achiziții publice. Această pierdere a unei șanse constituie o formă de prejudiciu recunoscută de lege [art. 53 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 rap. la art. 1385 alin. (4) C. civ.].**

16. În concluzie, subscrisa a suferit o vătămare prin actul Autorității Contractante și are calitatea de persoană vătămată în sensul art. 8 alin. (1) rap. la art. 6 alin. (1) și 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

b. Încălcarea legislației privind achizițiile publice

17. Hotărârea Autorității Contractante încalcă legislația privind achizițiile publice deoarece **nu este aplicabil temeiul invocat pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă, anume art. 137 alin. (2) lit. e) din Normele metodologice.**

18. Astfel, acest temei presupune nu doar simpla depășire a valorii estimate a contractului prin propunerea financiară, ci și – **cumulativ** – imposibilitatea disponibilizării de fonduri pentru îndeplinirea contractului.

19. Caracterul cumulativ al celor două condiții rezultă cu claritate din formularea art. 137 alin. (2) lit. e) din Normele metodologice, fiind recunoscut, de altfel, prin chiar motivarea hotărârii Autorității Contractante, precum și prin nota nr. 6 din Fișa de Date a Achiziției, citată *supra*, în paragraful 5 al prezentei contestații.

20. Astfel, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016:

> *„Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărui preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire,* ***iar această valoare nu poate fi suplimentată.****" (s.n.)*

21. În aplicarea acestei norme primare, art. 137 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 prevede că oferta este inacceptabilă dacă:

> *„prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare* ***și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare*** *pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv." (s.n.)*

22. Or, cea de-a doua condiție prevăzută de art. 137 alin. (2) lit. e) din Normele metodologice, respectiv imposibilitatea disponibilizării de fonduri pentru îndeplinirea contractului, nu este întrunită în cauză, **prin raportare chiar la indicatorii tehnico-economici aprobați prin HG nr. 1156/2010 și invocați de către Autoritatea Contractantă.**

23. În cauză, din indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiții constând în realizarea variantei de ocolire Târgu Jiu, corelați cu valoarea celeilalte componente a investiției, complementară lucrării care face obiectul prezentei proceduri de atribuire, rezultă cu certitudine că propunerea financiară a subscrisei se încadrează în indicatorii tehnico-economici aprobați, deci în fondurile care, în accepțiunea legii, pot fi disponibilizate pentru executarea proiectului.

24. Pentru stabilirea posibilității de disponibilizare a unor fonduri suplimentare față de valoarea estimată a contractului, criteriul juridic relevant, de natură să excludă o apreciere arbitrară a autorităților contractante, constă, în mod necesar, în **indicatorii economici ai investiției, aprobați în condițiile prevăzute de Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice** (*„Legea nr. 500/2002"*).

25. Astfel, în legătură cu proiectele de investiții de natura celui vizat de procedura contestată, cu o valoare de peste 30 de milioane de lei, art. 42 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 500/2002 – **pe care a fost întemeiată, expres, HG nr. 1156/2010** – prevede că:

> *„**Documentațiile tehnico-economice** aferente obiectivelor/proiectelor de investiții noi, documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenții, respectiv notele de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor aferente*

celorlalte categorii de investiții incluse la poziția C „Alte cheltuieli de investiții" care se finanțează, potrivit legii, din fonduri publice, ***se aprobă de către:***

a) Guvern, pentru valori mai mari de 30 de milioane de lei*". (s.n.)*

26. Reaprobarea documentațiilor modificate se face, potrivit art. 42 alin. (2) din Legea nr. 500/2002, prin aplicarea corespunzătoare a alin. (1). Așadar, în cazul proiectelor cu valori mai mari de 30 de milioane de lei, eventualele modificări ale indicatorilor pot fi operate tot prin hotărâri ale Guvernului. De altfel, aceeași concluzie reiese din principiile de tehnică legislativă, o normă cuprinsă într-o hotărâre a Guvernului neputând fi modificată sau abrogată decât printr-un act având cel puțin aceeași forță juridică [art. 58 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative].

27. În fine, potrivit art. 43 alin. (1) din Legea nr. 500/2002, obiectivele sau proiectele de investiții se includ în programele de investiții anuale **dacă documentațiile tehnico-economice, alături de documentațiile de avizare și de notele de fundamentare, au fost elaborate și aprobate potrivit dispozițiilor legale.**

28. Rezultă că **reperul pentru stabilirea disponibilităților financiare existente, potrivit legii, pentru un anumit proiect care se încadrează – precum cel din speță – în ipoteza art. 42 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 500/2002, constă în indicatorii economici aprobați conform acestei legi, prin hotărâre a Guvernului, programele de investiții fiind întocmite, la rândul lor, doar pe baza indicatorilor astfel aprobați**.

29. În acest context, prin HG nr. 1156/2010, s-a aprobat o valoare totală a investiției, inclusiv TVA, de 453,532 mii lei, **din care suma de 324,663 mii lei (fără TVA) reprezintă valoarea totală aprobată pentru construcție și montaj.**

30. Această din urmă sumă reprezintă indicatorul economic relevant pentru determinarea disponibilităților financiare aferente lucrărilor de construcție a variantei de ocolire Târgu Jiu, în temeiul art. 42 alin. (1)-(2) și 43 alin. (1) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice.

31. Indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiții privind realizarea variantei ocolitoare Târgu Jiu **nu au fost modificați** în condițiille art. 43 alin. (2) din Legea nr. 500/2002, printr-o nouă hotărâre a Guvernului, astfel cum recunoaște expres și Autoritatea Contractantă în adresa prin care s-a comunicat subscrisei respingerea ofertei ca inacceptabilă.

32. Componenta principală a obiectivului de investiții menționat, prin raportare la care lucrările care fac obiectul prezentei proceduri au caracter complementar, constă în lucrările de construcție a variantei ocolitoare Târgu Jiu.

33. Or, astfel cum s-a precizat deja, **subscrisa este antreprenorul căruia i s-a atribuit contractul care are ca obiect această componentă principală, prețul stabilit prin Acordul contractual fiind de lei** (***anexa nr. 3*** la prezenta contestație).

34. Așadar, suma dintre prețul convenit pentru lucrarea principală și prețul ofertat de subscrisa pentru componenta care face obiectul prezentei proceduri este de **lei fără TVA.**

35. **Această sumă totală este mult inferioară valorii aprobate, prin HG nr. 1156/2010, pentru lucrările de construcție și montaj aferente obiectivului de investiții, anume lei fără TVA.**

36. Prin urmare, având în vedere indicatorii tehnico-economici aprobați prin HG nr. 1156/2010, care constituie criteriul juridic relevant pentru aprecierea posibilității de disponibilizare a unor fonduri suplimentare și invocat de însăși Autoritatea Contractantă în motivarea hotărârii sale, **este lipsită de orice temei afirmația că *„nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică."***

37. **Rezultă că nu este aplicabil art. 137 alin. (2) lit. e) din Normele metodologice în ceea ce privește oferta subscrisei, nefiind întrunită condiția imposibilității disponibilizării fondurilor necesare pentru acoperirea unui preț ofertat care este superior valorii estimate a contractului.**

38. **În concluzie, hotărârea Comisiei de evaluare face o greșită aplicare a legislației achizițiilor publice și, în consecință, este nelegală.**

*****

Pentru aceste motive, solicităm respectuos CNSC să anuleze hotărârea Autorității Contractante de declarare ca inacceptabilă a ofertei subscrisei, precum și informarea cu privire la această hotărâre, comunicată subscrisei sub nr. /4.04.2018.

Pentru dovedirea motivelor prezentei contestații, anexăm:

- ***Anexa nr. 1***: anunțul de participare publicat în SEAP sub nr. 178160/18.08.2017;
- ***Anexa nr. 2***: Fișa de Date a Achiziției;
- ***Anexa nr. 3***: , încheiat în data de 2013;
- ***Anexa nr. 4***: adresa CNAIR nr. /04.04.2018;
- ***Anexa nr. 5***: Hotărârea Guvernului nr. 1156/2010;
- ***Anexa nr. 6***: notificarea prealabilă înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. /10.04.2018.

Cu stimă,

Ofertant

Reprezentant Legal