



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 înregistrată la CNSC cu nr. /, formulată de SA, cu sediul în, ..., sector 6, reprezentată prin, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, împotriva răspunsului nr. 2443/28.10..... la notificarea prealabilă din data de 26.10..... și a rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 3682/20.10....., emise de S.A., cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, coduri CPV 45232221-7 – Stație electrică de transformare (Rev. 2), 31682540-7 – Echipament pentru substații (Rev.2), 71323100-9 – Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică (Rev.2), s-a solicitat anularea, în parte, a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 3682/20.10....., partea legată de calificarea dată de către autoritatea contractantă, situației de fapt, drept retragere a ofertei, obligarea autorității contractante la motivarea eliminării sale prin calificarea situației de fapt drept ofertă neconformă conform dispozițiilor art. 79 alin. (1) și art. 81 din HG nr. 925/2006.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SA reclamă rezultatul procedurii de atribuire, în sensul greșitei încadrări a lipsei răspunsului la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă ca fiind o retragere a ofertei depuse de acesta.

Contestatoarea susține că nu este de acord cu motivarea comunicării rezultatului procedurii, având în vedere că a răspuns la solicitarea de fundamentare a prețului, însă, aceasta nu a intrat în posesia autorității contractante.

Autoarea contestației învederează că nu contestă partea din comunicare ce atribuie contractul ofertantei clasată pe locul al doilea dar, având în vedere faptul că decizia autorității îi poate cauza prejudiciul reglementat de art. 87 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006 privitor la reținerea garanței de participare, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să adopte ca măsură de remediere o decizie prin care să revină asupra motivării rezultatului procedurii de atribuire prin încadrarea corectă a respingerii ofertei sale în dispozițiile art. 79 alin. (1) și art. 81 din HG nr. 925/2006.

Este invocată inaplicabilitatea art. 172 alin. (2) din OUG nr. 34/.....

Referitor la susținerea autorității contractante, potrivit căreia adresa nr. 33496/27.09..... reprezintă un înscris prin care s-au solicitat clarificări contestatoarei, neavând valoarea unei comunicări a rezultatului procedurii, contestatoarea susține că prin acest document a acceptat rezultatul procedurii în sensul desemnării drept câștigător a ofertantului SMART SA, dar nu înțelege să piardă garanția de participare.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante din răspunsul nr. 2443/28.10..... la notificarea prealabilă referitoare la faptul că SA a manifestat unilateral intenția de renunțare la calitatea sa de ofertant în cadrul procedurii, contestatoarea subliniază că nu există un act de retragere a ofertei, fiind invocate prevederile art. 1324 din Codul Civil.

În consecință, autoarea contestației susține că autoritatea contractantă s-a comportat cu rea credință prin schimbarea remediei juridic ofertă neconformă, așa cum rezultă din adresa nr. 33469 din 27.09....., în retragerea ofertei conform actului "Comunicarea Rezultatului Procedurii" transmis prin adresa nr. 3682/20.10.....

Prin adresa nr. 2753/07.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 34105/08.11..... autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație solicitând respingerea ca lipsită de interes și, în subsidiar, ca nefondată.

Autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de interes, având în vedere că prin intermediul contestației SA solicită respingerea ofertei, interesul ofertantului nefiind acela de a i se atribui contractul ci de a fi eliminat din competiție.

Totodată, autoritatea contractantă susține că prejudiciul estimat de autoarea contestației nu este unul actual, ci potențial, întrucât la art. 87

alin. (1) din HG nr. 925/2006 se arată că reținerea garanției de participare este un drept și nu o obligație a autorității contractante.

Prin urmare, autoritatea contractantă opinează că prin contestație nu se poate solicita respingerea ofertei, întrucât scopul participării este tocmai acela de a semna contractul și nu de a solicita respingerea propriei oferte.

Pe fondul cauzei se reține că în urma evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a declarat admisibilă oferta SA, iar în urma etapei de licitație electronică, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări referitoare la prețul aparent neobișnuit de scăzut oferat.

Se arată că ofertantul SA nu a răspuns solicitării de clarificare, deși a fost declarat admisibil înainte de etapa de licitație electronică și s-a clasat pe primul loc în urma licitației electronice.

Autoritatea contractantă susține că prin adresa nr. 33496/27.09....., comisia de evaluare a solicitat contestatorului o clarificare privind motivul pentru care nu a răspuns solicitării de clarificare nr. 31802/13.09.....

În răspunsul înregistrat la sediul autorității sub nr. 2010/03.10....., contestatorul a precizat că „din regretabile greșeli de comunicare, nu am reușit să răspundem la adresa dvs. în termenul solicitat”.

Având în vedere pasivitatea contestatorului, autoritatea contractantă a considerat necorespunzător comportamentul acestuia, întrucât a condus la imposibilitatea aplicării prevederilor art. 169 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, astfel că autoritatea contractantă a fost în imposibilitatea de a aprecia oferta depusă de SA altfel decât o retragere, dispozițiile art. 79 din HG nr. 925/2006 fiind inaplicabile în acest context.

În sprijinul celor susținute, autoritatea contractantă învederează că a decis să aplice prevederile legale din OUG nr. 34/2006, și nu ale art. 79 din HG nr. 925/2006, întrucât aplicarea acestui din urmă articol ar fi condus la încălcarea principiilor enunțate de art. 2 alin. (1) lit. a), c) și d) din Ordonanță.

Dosarul achiziției a fost completat prin adresa nr. 39841 din data de 10.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 34474/10.11.....

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

..... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, coduri CPV 45232221-7 – Stație electrică de transformare (Rev. 2), 31682540-7 – Echipament pentru substații (Rev.2), 71323100-9 – Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică (Rev.2). În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr./....., potrivit căruia valoarea estimată, fără TVA, este de 27.681.307 lei, criteriul de atribuire ales fiind „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de a califica lipsa sa de răspuns la solicitarea de clarificări, drept o retragere a ofertei, SA a depus la Consiliu prezenta contestație.

Raportat la textul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/, potrivit căruia "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 va examina cu prioritate excepția lipsei de interes în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă, motivat de faptul că interesul contestatoarei nu este acela de a i se atribui contractul.

În conformitate cu prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/....., „orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. a), din același act normativ, prin act al autorității contractante se înțelege **orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.**

În înțelesul art. 3 lit. f), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau **a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;**

(ii) **a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.** (3) În sensul prevederilor alin. (1),

Astfel, potrivit prevederilor evocate, orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ – jurisdicțională, aceste solicitări nefiind condiționate în vreun fel de rezultatul în ceea ce privește oferta depusă.

În cauza de față, cu certitudine societatea contestatoare are un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire, iar prejudiciul pe care îl încearcă provine din reținerea garanției de participare în condițiile art. 87

alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ca umare a invocării eronate (în aprecierea societății contestatoare) a temeiului legal ce a stat la baza respingerii ofertei sale.

Codul de procedură civilă, reglementează la art. 33 „că interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara.”

Prin încadrarea incorectă a motivului de respingere reținut în sarcina ofertei sale, în sensul calificării situației de fapt, drept retragere a ofertei, autoritatea contractantă i-a afectat interesul legitim și a creat premisele cauzării unui prejudiciu. Faptul că autoarea contestației a acceptat rezultatul comunicat de autoritatea contractantă, de respingere a ofertei sale, nu poate conduce la concluzia că este lipsită de interes contestația formulată împotriva motivării deciziei de respingere, motivare ce poate conduce la pierderea garanției de participare.

Interesul în formularea contestației nu trebuie limitat la cauza respingerii ofertei sale, ci la actele autorității contractante care au condus la aceasta, acte prin care s-a adus atingere atât dreptului eventual, cât și interesului ofertantului de a-și recupera garanția de participare.

Astfel fiind, se constată că societatea contestatoare are interes în a critica decizia de respingere a ofertei sale, în sensul indicării corecte a temeiului legal de respingere.

Excepția fiind respinsă, Consiliul va trece la soluționarea fondului cauzei, reținând că prin adresa nr. 3682/20.10....., contestatoarei i s-a adus la cunoștință că oferta a fost considerată „retrasă”, motivat de următoarele:

„Ofertantul SA, care a depus o oferta admisibilă și a fost clasat pe primul loc în urma etapei finale de licitație electronică, NU A MAI RĂSPUNS la solicitarea de clarificare referitoare la prețul neobișnuit de scăzut (preț care a reprezentat 52% din valoarea estimată); solicitarea a fost transmisă de ...SA prin adresa nr. 31802/13.09.....

Art. 3 lit. q) din OUG 34/2006 definește oferta ca fiind "actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică.

Ulterior, prin adresa nr. 33496/27.09..... ...SA a cerut, în scris, ofertantului SA să comunice motivul pentru care nu a răspuns solicitării privind fundamentarea prețului ofertat în urma etapei finale de licitație electronică.

Ofertantul SA a răspuns prin adresa înregistrată la ...SA cu nr. 2010/03.10..... precizând că «din regretabile greșeli de comunicare, nu am reușit să răspundem la adresa dvs. în termenul solicitat».

Datorită faptului că societatea dvs. nu a mai răspuns solicitării de clarificare, s-a constatat că acesta a încălcat principiul enunțat de art. 171 alin 1) din OUG 34/2006: «Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă».

Dată fiind inacțiunea nejustificată a ofertantului SA în urma etapei finale de licitație electronică care, cu toate că a fost clasat pe primul loc, nu a mai fost interesat de menținerea șanselor sale de a-i fi atribuit contractul, s-a constatat că acesta și-a manifestat unilateral intenția de a renunța la calitatea sa de ofertant în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, absenta răspunsului la solicitarea expresă de a justifica prețul ofertat (element esențial al viitorului contract) s-a considerat că echivalează practic cu abandonarea competiției și retragerea ofertei depuse.

Oferta desemnată câștigătoare a contractului de achiziție publică având ca obiect «.....» este cea depusă de ofertantul Smart SA cu o oferta de 16.856.207,00 Lei, fără TVA și o durată de execuție de 24 luni de la semnarea contractului.”

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține că în urma evaluării au fost declarați admisibili, fiind calificați pentru etapa finală de licitație electronică un număr de 6 ofertanți, printre care și societatea contestatoare. Astfel, prin intermediul adresei nr. 30849/06.09....., SA a fost invitat să-și îmbunătățească oferta financiară depusă în faza inițială.

În urma îmbunătățirii ofertei financiare, conform extrasului SEAP datat 13.09....., SA a ocupat primul loc în clasamentul rezultat, cu o propunere financiară de 12.900.000 lei.

În condițiile în care SA a prezentat un preț aparent neobișnuit de scăzut, prin intermediul adresei nr. 31802/13.09....., autoritatea contractantă a solicitat, în conformitate cu prevederile art. 202 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, transmiterea detaliilor și precizărilor considerate semnificative pentru justificarea prețului ofertat. Totodată, s-a solicitat reconfirmarea ofertei depusă în etapa de licitație electronică și retransmiterea formularului de ofertă și a listelor de prețuri refăcute în conformitate cu această ofertă, termenul de răspuns acordat de autoritatea contractantă fiind 19.09....., ora 10:00.

Analiza răspunsurilor la solicitările de clarificări formulate în referire la prețul aparent neobișnuit de scăzut a stat la baza întocmirii procesului verbal nr. 32504/19.09....., comisia de evaluare constatând neconformitatea ofertei SA potrivit dispozițiilor art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, aceasta fiind respinsă în temeiul art. 81 din același act normativ, pentru lipsa răspunsurilor la solicitarea de clarificări.

Ulterior, prin adresa nr. 33496/27.09....., autoritatea contractantă a revenit cu o solicitare către SA, solicitându-i comunicarea motivului pentru care nu a răspuns la solicitarea sa referitoare la prețul neobișnuit de scăzut. Totodată, i s-a adus la cunoștință că lipsa răspunsului la întrebările de clarificare conduce la aplicarea prevederilor art. 79 alin. (1) și art. 81 din HG nr. 925/2006.

Ofertantul a răspuns solicitării mai sus amintite, prin adresa nr. 6681/28.09....., comunicându-i următoarele: „din regretabile greșeli de comunicare, nu am reușit să răspundem la adresa dumneavoastră cu nr. 31802/13.09..... în termenul solicitat.”

Din cele mai sus relatate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă s-a aflat în situația de a nu fi intrat în posesia unui răspuns la solicitarea sa de clarificări, situație expres reglementată de prevederile art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit căreia „**în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă.**”

Este de neînțeles raționamentul pentru care prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3682/20.10....., autoritatea contractantă a considerat că ofertantul SA și-a retras oferta, invocând în justificare prevederile art. 3 lit. q) și art. 171 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în condițiile în care în procesul verbal al ședinței comisiei de evaluare nr. 32504/19.09....., s-au precizat următoarele: „comisia de evaluare declară oferta SA neconformă potrivit art. 79 alin. (1) și a respins-o în conformitate cu art. 81 (ambele articole din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare) – întrucât nu a răspuns la întrebări”.

De altfel, chiar și prin intermediul adresei nr. 33496/27.09....., când s-a solicitat contestatoarei comunicarea motivului pentru care nu a răspuns la solicitarea referitoare la prețul neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă a adus la cunoștința ofertantului că lipsa de răspuns conduce la aplicarea art. 79 alin. (1) și art. 81 din HG nr. 925/2006.

Susținerea autorității contractante, exprimată în punctul de vedere, conform căreia dispozițiile art. 79 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 sunt inaplicabile în acest context, este astfel contrazisă de însăși constatările sale cuprinse în documentele întocmite pe parcursul evaluării procedurii.

Lipsa răspunsului la solicitarea de clarificări determinată de o greșeală de comunicare, conform celor precizate de societatea contestatoare, nu poate echivala cu *manifestarea unilaterală a intenției de a renunța la calitatea sa de ofertant*, cum, în mod eronat, a apreciat autoritatea contractantă.

Sunt incidente în speță dispozițiile art. 1324 din Codul Civil potrivit căreia este unilateral actul juridic care presupune numai manifestarea de voință a autorului său. Or, în speță, o manifestare de voință din partea SA în sensul renunțării la oferta sa nu se regăsește materializată prin niciun document existent la dosarul cauzei.

De asemenea, este lipsită de relevanță invocarea prevederilor art. 3 lit. q) și art. 171 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în condițiile în care la dosarul cauzei nu există niciun act de retragere a ofertei, neputându-se astfel reține în sarcina contestatoarei o astfel de acțiune.

Interpretarea autorității contractante, potrivit căreia lipsa de răspuns la o solicitare de clarificări echivalează cu o retragere a ofertei, în

Încercarea de a reține garanția de participare, nu poate fi primită de Consiliu, nerespectând dispozițiile legale mai sus amintite.

O astfel de motivare a deciziei de respingere a ofertei, în sensul retragerii ofertei conduce la aplicabilitatea prevederilor art. 87 alin. (1) lit a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, conform cărora autoritatea contractantă are dreptul de a reține garanția de participare, ofertantul pierzând suma astfel constituită în situația în care își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia. De altfel, însăși comisia de evaluare a propus în raportul procedurii nr. 2190/20.10..... executarea garanției de participare în temeiul textului de lege mai sus amintit.

Deși, autoritatea contractantă invocă o imposibilitate a aplicării prevederilor art. 169 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 [*autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul de achiziție publică conform prevederilor art. 200 pe baza rezultatului obținut în urma finalizării licitației electronice*], Consiliul reține inaplicabilitatea acestui text de lege, în speța dedusă judecării, în condițiile în care nu s-a stabilit un rezultat final în urma desfășurării fazei finale de licitație electronică. Nimic nu-i garantează autorității contractante că acel clasament stabilit de SEAP ca urmare a îmbunătățirii propunerilor financiare depuse de ofertanți cu ocazia organizării fazei finale de licitație electronică, nu se va schimba în urma primirii răspunsurilor la solicitările privind justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut.

Se putea aprecia că răspunsurile furnizate nu sunt în măsură să justifice prețul ofertat, astfel că primul loc în clasament, ocupat de SA, în condițiile ofertării unui preț scăzut nu mai putea fi garantat. Autoritatea contractantă este cea care stabilește clasamentul final pe baza rezultatelor obținute în procesul de ofertare derulat în cadrul etapei respective.

Cu luarea în considerare a celor mai sus expuse, Consiliul apreciază temeinicia criticilor formulate de societatea contestatoare și pe cale de consecință, va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă la modificarea raportului procedurii de atribuire și a comunicării privind rezultatul procedurii, în referire la oferta SA cu indicarea temeiului legal expres prevăzut de legislația aplicabilă, incident în cazul de respingere a ofertei motivat de lipsa transmiterii răspunsului la solicitarea de clarificări.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/....., admite contestația formulată de SA, în contradictoriu cu S.A., în calitate de autoritate contractantă și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 2190/20.10....., în partea ce privește oferta contestatoarei și comunicarea privind rezultatul procedurii transmisă acesteia. În termen

de 10 zile de la primirea deciziei, obligă autoritatea contractantă la refacerea raportului procedurii și la emiterea unei comunicări privind rezultatul procedurii, cu indicarea temeiului legal expres prevăzut de legislația aplicabilă, incident în cazul de respingere a ofertei motivat de lipsa transmiterii răspunsului la solicitarea de clarificări.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/.....