



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. 1917/C5/2105

Data: 20.10.2020

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitentă, datată 25.09.2020, transmisă în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 41837/28.09.2020, ...SRL, cu sediul în orașul ..., înregistrată la Oficiul Național al Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de Administrator și convențional, de avocat ..., cu sediul procedural ales la Cabinetul de Avocatură ... din municipiul ..., a contestat adresa datată 15.09.2020 reprezentând comunicarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare Grupuri Electrogene”, cod CPV 31121000-0 (Rev.2), inițiată de ... SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat următoarele:

- anularea actului contestat, precum și a tuturor actelor concomitente și subsecvente prin care autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, în mod nelegal și netemeinic;

- constatarea netemeinicii și nelegalității măsurii anulării procedurii de achiziție publică;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere care se impun, respectiv obligarea acesteia la aplicarea prevederilor art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, la reluarea și continuarea procedurii de atribuire, la verificarea documentelor justificative care au stat la baza întocmirii și depunerii DUAЕ și la

declararea câștigătoare a ofertei clasată pe locul următor, respectiv oferta sa, în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța de către Consiliul;

- obligarea autorității contractante la stabilirea unui termen rezonabil pentru executarea contractului, de minim 30 de zile, în cazul în care definitivarea unei hotărâri favorabile societății sale se împlinește cu mai puțin de 30 de zile de termenul maxim de 20.11.2020, având în vedere culpa acesteia;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 452 din Codul de procedură civilă.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia aduce la cunoștință că, în cadrul procedurii au fost depuse 3 oferte, din care 2 oferte, respectiv, cea depusă de societatea sa și cea depusă de ...SRL au fost declarate ca fiind oferte admisibile, oferta câștigătoare fiind a societății ...SRL, așa cum rezultă din Raportul procedurii nr. 301/8304 din 10.08.2020, aceasta fiind invitată la semnarea contractului în data de 24.08.2020, însă, la data de 21.08.2020 societatea câștigătoare a comunicat autorității contractante că nu își poate asuma un contract pe care nu îl poate respecta.

Față de aceste aspecte, contestatoarea arată că s-a încheiat Procesul verbal de ședință nr. 9548/31.08.2020, în care este descrisă situația ofertantului declarat câștigător și faptul că se vor solicita documentele justificative care probează îndeplinirea cerințelor DUAE ofertantului clasat pe locul II, respectiv ...SRL. În același timp, la data de 04.09.2020, autoritatea contractantă a adresat o solicitare către ANAP și arătând situația, a întrebat dacă poate fi atribuit contractul ofertantului clasat pe locul II și temeiul legal.

Contestatoarea menționează că, ANAP, prin răspunsul comunicat în 07.09.2020, invocă prevederile art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și arată că numai autoritatea contractantă care deține toate informațiile din dosarul de achiziție publică poate să analizeze, raportat la corespondența cu ofertantul în cauză, dacă situația descrisă este reală și dacă poate fi încadrată la forță majoră sau la imposibilitatea fortuită de a executa contractul conform art. 1351 Cod Civil sau poate exista o culpă a ofertantului la momentul întocmirii ofertei. Astfel, în funcție de cele două situații, decizia autorității contractante este de a încheia contractul cu ofertantul clasat pe locul 2 sau, în cea de-a doua situație, de a anula procedura de atribuire.

În acest sens, contestatoarea încunoștințează că, prin procesul verbal de ședință nr. 10041/14.09.2020, autoritatea contractantă precizează că ANAP recomandă anularea procedurii de atribuire, fapt

pentru care, prin Raportul procedurii – Completare nr. 10078/15.09.2020, este decisă anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 211 lit. b) și art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește temeiul de drept al măsurii adoptate de autoritatea contractantă, contestatoarea invocă următoarele prevederi legale: art. 207 alin. (2), art. 211 și art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 143 și art. 146 din HG nr. 395/2016.

Referitor la măsura de anulare a procedurii de atribuire, contestatoarea observă că decizia autorității contractante privind anularea procedurii nu a fost motivată, aceasta apreciind ca fiind suficiente invocarea prevederilor legale, față de „imposibilitatea încheierii contractului”, arătându-se că aceasta se datorează imposibilității încheierii contractului cu ofertantul declarat câștigător, însă legiuitorul descrie situația în care apare imposibilitatea încheierii contractului, nu doar cu ofertantul declarat câștigător.

Cu privire la obligația autorității contractante de a trece la verificarea înscrisurilor justificative care probează îndeplinirea cerințelor DUAЕ și, în consecință de a declara câștigătoare oferta clasată pe locul următor, respectiv oferta sa, contestatoarea face trimitere la art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, din care rezultă că această obligație a autorității contractante de a declarat câștigătoare oferta clasată pe locul următor, în situația în care aceasta există și este admisibilă, este condiționată de următoarele:

- autoritatea nu poate încheia contractul cu ofertantul declarat câștigător;

- ofertantul declarat câștigător se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul.

Din analiza înscrisurilor și a celor consemnate de către autoritatea contractantă în Procesele verbale și Rapoartele procedurii, contestatoarea observă că ofertantul declarat câștigător s-a aflat în imposibilitatea fortuită de a încheia contractul, deoarece fabricantul de motoare nu a mai putut respecta termenele de livrare și montaj pe care le-a înaintat, iar potrivit regulii de drept „nimeni nu poate fi obligat la ceva imposibil”, o obligație se naște în mod valabil dacă este susceptibilă de executare. Cu toate acestea, pe durata existenței unui raport obligațional, o obligație născută valabil poate deveni imposibil de executat, din cauze obiective care exclud culpa debitorului și a creditorului și conduc la stingerea obligației pentru viitor. Cauzele care pot determina ca o obligație născută valabil să devină imposibil de executat, prevăzute la alin. (1) al art. 1634 NCC, sunt: forța majoră, cazul fortuit, ori alte evenimente asimilate acestora, mai arată ...SRL, descriind în continuare, principalele condiții ale cazului fortuit.

Având în vedere contextul economic creat de situația pandemică din toată lumea, de faptul că orice operator economic care efectuează acte de comerț este dependent de producătorii care, în contextul actual, întâmpină dificultăți majore în desfășurarea activităților economice și, în

consecință, în respectarea termenelor previzionate, fiind afectate resursele necesare atât cele umane, cât și cele financiare, existând în prezent o imprevizibilitate în rândul operatorilor economici datorată crizei financiare generată de pandemia cu SARS COV 2, contestatoarea apreciază că, operatorul economic, raportat la sfera sa de activitate și oferta depusă, la faptul că nu deține influența necesară pentru a controla activitatea furnizorului său străin, nu a avut la dispoziție mijloacele necesare pentru a evita producerea acestei situații (nu poate fi considerată o culpă că operatorul nu a comandat la data depunerii ofertei produsele ofertate în valoare de 1.171.532 RON fără TVA, în speranța că va fi câștigător, situație care nu poate fi circumscrisă unei practici comerciale, deoarece niciun comerciant nu comandă astfel de produse specifice care să le țină pe stoc în speranța că le va vinde cândva).

Având în vedere aceste argumente, ...SRL apreciază că ...SRL s-a aflat în imposibilitatea fortuită de executare a contractului, astfel că situația se circumscrie condiției obiective a cauzei și caracterului relativ al imprevizibilității producerii evenimentului, fiind astfel îndeplinite cele două condiții astfel încât autoritatea contractantă să facă aplicarea prevederilor art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, și anume, să treacă la verificarea documentelor justificative care au stat la baza întocmirii și depunerii DUAЕ și să declare câștigătoare oferta clasată pe locul următor.

Sub acest aspect, contestatoarea invocă Biblioteca de spețe de pe site-ul ANAP, jurisprudența Europeană și a Consiliului.

În ceea ce privește termenul de executare a contractului, contestatoarea învederează că, în propunerea de contract din cuprinsul documentației de atribuire, se prevede, la art. 5.1 *„Durata prezentului contract este de 5 luni de la semnarea acestuia de către ambele părți contractante, dar nu mai mult de 15 decembrie 2020”*, în fișa de date este precizat că *„Termenul final de punere în funcțiune se calculează de la data semnării contractului de către ambele părți până la semnarea procesului verbal de punere în funcțiune în amplasament pentru ultimul amplasament. Termenul final de punere în funcțiune va fi asumat în oferta tehnică. Termen final de punere în funcțiune a echipamentelor maxim acceptat: 20 noiembrie 2020. În cazul în care termenul final de punere în funcțiune a echipamentelor depășește data de 20 noiembrie 2020, oferta va fi considerată neconformă”*, iar în propunerea sa tehnică, termenul final de livrare și punere în funcțiune ofertat este de 90 de zile de la semnarea contractului, dar nu mai târziu de 01.11.2020. Având în având în vedere că societatea sa este producător local din România, având pe stoc toate piesele și subansamblele necesare, contestatoarea subliniază că poate livra produsele într-un termen scurt.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, cu obligarea la plata cheltuielilor de judecată constând în onorariu avocat.

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

Având în vedere contestația formulată de ...SRL, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, astfel cum aceasta a fost modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, Consiliul, prin adresa nr. 42151/2105/C5/29.09.2020, a solicitat contestatoarei, să transmită, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 28.506,36 lei, 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 SA sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC. De asemenea, Consiliul a mai solicitat contestatoarei să comunice dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin corespondența transmisă de două ori prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 42445/30.09.2020, nr. 42491/01.10.2020 și, respectiv, sub nr. 42727/02.10.2020, ...SRL a prezentat Recipisa de consemnare nr. 206545733/1 din 30.09.2020, emisă de CEC Bank – Sucursala Reșița, în sumă de 28.506,36 lei.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 42475/01.10.2020, contestatoarea a făcut dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 301/10906/02.10.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 42846/02.10.2020, ... SA a înaintat punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de dosarul achiziției publice și de oferta contestatoarei.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației, în raport de prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că este o condiție de admisibilitate și la data depunerii contestației cauțiunea nu era anexată.

Astfel, având în vedere adresa CNSC nr. 42151/2105/C5/29.09.2020, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației, în măsura în care autoarea acesteia nu se conformează solicitării CNSC ante-menționată.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, arătând că în data de 06.08.2020, comisia de evaluare a solicitat ofertantului clasat pe primul loc, ...SRL să prezinte documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ, rezultatul evaluării acestora regăsindu-se în procesul verbal nr. 301/8282/10.08.2020.

Autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. 301/8682/21.08.2020 a invitat operatorul economic ...SRL să semneze contractul, însă acesta transmite pe cale electronică, informarea înregistrată sub nr.

301/8685/24.08.2020, în care menționează, printre altele, faptul că poate să livreze și să monteze grupurile electrogene până la data de 15.12.2020, deși comisia de evaluare, conform propunerii tehnice, calculase și stabilise că termenul final ofertat nu va depăși data de 20.11.2020, dată maximă care ar fi putut-o accepta autoritatea contractantă.

Având în vedere faptul că termenul de livrare și montare a grupurilor electrogene a fost factor de evaluare în cadrul procedurii și acesta se calcula condiționat de data semnării contractului, se arată că ...SRL s-a sesizat că acest termen urmează a fi asumat ca fiind data de 05.11.2020, și în acest sens, a transmis solicitarea de clarificări nr. 301/8735/25.08.2020. Prin adresa nr. 301/9095/26.08.2020 autoritatea contractantă a răspuns ofertantului, reamintindu-i acestuia faptul că termenul de livrare și montare a grupurilor electrogene, acceptat conform ofertei sale, este data de 05.11.2020 și nu poate accepta termenul propus de 15.12.2020, întrucât valabilitatea contractului care urmează a fi încheiat, este condiționată de finanțarea proiectului. Totodată i s-a reiterat ofertantului ...SRL invitația de semnare a contractului.

În continuare, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că ofertantul desemnat câștigător ...SRL a încercat insistent să dovedească faptul că graficul implementării contractului nu poate fi respectat de către contractant, precizând că, termenele finale pentru anumite puncte de lucru din cele 17 locații, unde urmau să se instaleze echipamentele, sunt depășite deja la această dată (26.08.2020).

În completare, autoritatea contractantă subliniază că, prin adresele nr. 301/9549/31.08.2020 și nr. 301/9642/01.09.2020 îl reinvită pe ...SRL pentru semnarea contractului, stabilind data de 02.09.2020, însă, prin adresa nr. 571/31.08.2020, acesta încunoștințează despre imposibilitatea semnării și asumării contractului. În data de 03.09.2020, prin adresa nr. 301/9729/03.09.2020, se transmite către ...SRL o ultimă invitație pentru semnarea contractului, însă având în vedere refuzul permanent al ofertantului de semnare a contractului, coroborat cu răspunsul ANAP înregistrat sub nr. 301/9901/04.09.2020 și cu Legea nr. 98/2016 valabilă și aplicabilă la data inițierii procedurii (16.06.2020), în cadrul Procesului Verbal de ședință nr. 301/10041/14.09.2020, autoritatea contractantă a luat decizia de anulare a procedurii de atribuire, iar prin Raportul procedurii nr. 301/10078/15.09.2020 s-a aprobat anularea procedurii.

Având în vedere cele mai sus prezentate, autoritatea contractantă consideră că nu era obligată să desemneze câștigător ofertantul situat pe locul doi, contestatoarea interpretând, în mod greșit, dispozițiile art. 207 alin. (2), această formă fiind introdusă prin OUG nr. 114/2020, act normativ publicat ulterior demarării procedurii, data demarării procedurii fiind 16 iunie 2020.

Astfel, autoritatea contractantă susține că a decis anularea procedurii pentru că de la data desemnării ofertantului câștigător, acesta a solicitat lămuriri pe clauzele contractuale și pe graficele anexate în cadrul procedurii, deși exista o declarație dată, parte a documentelor de calificare, că își însușește clauzele contractuale, iar pe parcursul derulării procedurii până la comunicarea rezultatului acesteia, nu a solicitat clarificări nici pe grafice și nici pe clauzele contractuale.

Autoritatea contractantă învederează că a manifestat un rol activ și a fost interesată în rezolvarea situației ivite pentru a se semna contractul de achiziție cât mai repede posibil, această operațiune de corespondență cu ofertantul desemnat câștigător întârziind cu peste două săptămâni semnarea contractului, situație care a determinat-o să constate că nu se mai poate respecta graficul prezentat și asumat în cadrul procedurii. Graficul prezentat în cadrul procedurii, care a fost și factor de evaluare, nu a fost întocmit arbitrar/subiectiv ci ca o etapă în implementarea proiectului televiziunii digitale în România cu consecința încadrării în perioada de finanțare oferită de Banca Europeană de Investiții și o bancă comercială din România.

În final, ... SA susține că ofertantul nu este în măsură să aprecieze oportunitatea anulării procedurii pentru că nu cunoaște toate aspectele legate de derularea acesteia, măsura anulării procedurii fiind decisă ca o măsură excepțională, având în vedere că niciun ofertant, din cauza întârzierii create, nu mai putea respecta graficul din cadrul procedurii, prin urmare, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să modifice graficul ce a fost criteriu de evaluare în cadrul procedurii.

În ceea ce privește capătul de cerere prin care se solicită emiterea unui grafic de livrare mai relaxat, autoritatea contractantă solicită respingerea acestuia ca inadmisibil, având în vedere că oportunitatea aparține exclusiv conducerii sale.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Contestatoarea a formulat „Concluzii scrise” față de punctul de vedere al autorității contractante, fiind transmise prin mijloace electronice (e-mail) și înregistrate la Consiliu sub nr. 44855/15.10.2020.

Cu privire la excepția inadmisibilității, contestatoarea solicită respingerea acesteia, având în vedere că la data 30.09.2020, a depus electronic și prin poștă recipisa care dovedește constituirea cauțiunii, conform solicitării din adresa CNSC nr. 42151/2105/C5 din 29.09.2020.

În ceea ce privește motivele autorității contractante prin care susține contestația ca nefondată, contestatoarea consideră că aceasta, contrar prevederilor legale și a necesității imperioase de implementare a contractului, a decis anularea procedurii, bazându-se pe simple prezumții și considerente ce țin de oportunitate, care nu pot sta la baza luării acestei măsuri.

Având în vedere că există temeinice informații despre modalitatea de implementare a proiectelor, contestatoarea apreciază că soluția de

anulare aleasă de către autoritatea contractantă este total nejustificată, în contextul în care, inițial se depune un efort susținut de către o echipă pentru scrierea proiectului utilizând resurse consistente pentru această etapă, ulterior se lansează o procedură de achiziție, și, pentru că ofertantul desemnat câștigător întârzie 2 săptămâni cu semnarea contractului, se decide compromiterea întregului proiect, respectiv anularea procedurii și implicit renunțarea la proiect, în loc să se continue procedura cu ofertantul clasat pe locul II.

Contestatoarea apreciază că măsura de anulare a procedurii nu poate fi catalogată „excepțională”, așa cum indică autoritatea contractantă, ci doar una de „oportunitate”, aceasta limitând în mod greșit beneficiul acestei decizii de anulare, raportat numai la ofertantul clasat pe locul I, fără să consulte ofertantul clasat pe locul II, care, fiind producător local, ar fi putut realiza aceste echipamente în 30 de zile. Raportat la data deciziei de anulare, respectiv 15.09.2020 și la termenul ofertat de către ...SRL, atributul „excepțional” dat măsurii luate nu reflectă necesitatea unei astfel de măsuri, nici justificare valabilă, dar nici informații suficiente în susținerea acestei decizii.

În drept, chiar dacă autoritatea contractantă invocă legalitatea măsurii având la bază un drept și nu o obligație, contestatoarea solicită Consiliului să observe că dispozițiile art. 143 din HG nr. 395/2016 sunt neschimbate și dispun imperativ că doar în condițiile în care nu există o ofertă admisibilă clasată pe locul doi, autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire.

Mai mult, ...SRL face trimitere la art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă” online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Furnizare Grupuri Electrogene”, cod CPV 31121000-0 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 15.07.2020, criteriul de atribuire „cel mai bun raport-calitate preț” și valoarea estimată de 1.425.318 lei fără TVA.

Așa cum rezultă din Procesul-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7426/15.07.2020, în cadrul prezentei proceduri de atribuire au depus oferte trei operatori economici, și anume ...SRL, ...SRL și ... SA.

Prin Raportul procedurii nr. 301/8304/10.08.2020, oferta depusă de

UMEB SA a fost declarată neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, iar ofertele depuse de ...SRL și ...SRL au fost declarate admisibile. Aplicând criteriul de atribuire „cel mai bun raport-

calitate preț”, Comisia de evaluare a stabilit ca ofertant câștigător pe ...SRL (99,74 puncte), pe locul 2 în clasament poziționându-se oferta depusă de ...SRL (94,68 puncte).

După expirarea perioadei alocată eventualelor contestații conform dispozițiilor Legii nr. 101/2016, autoritatea contractantă a transmis ofertantului câștigător invitația în vederea semnării contractului de achiziție publică. În urma unei corespondențe purtată între ... și ...SRL, Comisia de evaluare a constatat imposibilitatea încheierii contractului de achiziție publică cu ofertantul declarat câștigător și a decis, prin „Raportul procedurii – COPLETARE”, înregistrat sub nr. 10078/15.09.2020, anularea procedurii în temeiul dispozițiilor art. 211 lit. b) și 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 10081/15.09.2020, autoritatea contractantă a comunicat societății ...SRL faptul că procedura de atribuire a fost anulată, precum și motivul care a condus la această decizie.

Fiind nemulțumită de decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire, societatea ...SRL a transmis Consiliului prin poștă, la data de 25.09.2020, contestația care formează obiectul prezentului dosar, solicitând următoarele:

- anularea actului contestat, precum și a tuturor actelor concomitente și subsecvente prin care autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, în mod nelegal și netemeinic;

- constatarea netemeinicie și nelegalității măsurii anulării procedurii de achiziție publică;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere care se impun, respectiv obligarea acesteia la aplicarea prevederilor art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, la reluarea și continuarea procedurii de atribuire, la verificarea documentelor justificative care au stat la baza întocmirii și depunerii DUAE și la declararea câștigătoare a ofertei clasată pe locul următor, respectiv oferta sa, în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța de către Consiliul;

- obligarea autorității contractante la stabilirea unui termen rezonabil pentru executarea contractului, de minim 30 de zile, în cazul în care definitivarea unei hotărâri favorabile societății sale se împlinește cu mai puțin de 30 de zile de termenul maxim de 20.11.2020, având în vedere culpa acesteia;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 452 din Codul de procedură civilă.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului, în original, dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv plata cauțiunii în sumă de 28.506,36 lei, constituită prin recipisa de consemnare nr. 206545733/1 din 30.09.2020 în valoare de 28.506,36 lei, emisă de CEC

Bank – Sucursala Reșița, motiv pentru care excepția inadmisibilității contestației invocată de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere va fi respinsă

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Analizând data inițierii procedurii de atribuire în cauză (16.06.2020), Consiliul constată că acesteia nu îi sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 114/2020 privind modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice (act normativ în vigoare de la data de 13 iulie 2020), prin care au fost modificate unele dispoziții ale Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale Legii 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.

În acest sens, sunt relevante dispozițiile Art. VIII din OUG nr. 114/2020 privind modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice, care stipulează următoarele:

„(1) Procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență rămân supuse legislației în vigoare la data inițierii acestora.

(2) Prin procedură de atribuire în curs de desfășurare se înțelege orice procedură pentru care s-a transmis un anunț de participare, un anunț de participare simplificat, o invitație de participare sau, după caz, un anunț de concesiune până la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență.

(3) Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să se judece potrivit procedurii prevăzute de legislația în vigoare la data la care au fost începute”.

În consecință, în soluționarea prezentei contestații, Consiliul va aplica dispozițiile Legii nr. 98/2016, în vigoare la data de 16.06.2020 și dispozițiile Legii nr. 101/2016, în vigoare la data sesizării Consiliului.

Verificând dispozițiile legale în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, Consiliul reține următoarele:

- art. 207 din Legea nr. 98/2016 (forma în vigoare la data de 16.06.2020) stipula următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația de participare/anunțul de participare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, având în vedere, dacă este cazul, dispozițiile art. 162;

b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind capacitatea și, dacă este cazul, criteriile de selecție și nu se află sub incidența motivelor de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă nu poate încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, **din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, autoritatea contractantă are dreptul să declare câștigătoare oferta clasată pe locul 2, în condițiile în care aceasta este admisibilă**”;

- art. 211. – din Legea nr. 98/2016 (forma în vigoare la data de 16.06.2020) stipula următoarele:

„Procedura de atribuire se finalizează prin:

a) încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru; sau

b) anularea procedurii de atribuire.

- art. 212 din Legea nr. 98/2016 (forma în vigoare la data de 16.06.2020) stipula următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă **are obligația** de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

(...)

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

(...)

e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.

(...);

- art. 143 din HG nr. 395/2016 (forma în vigoare la data de 16.06.2020), stipula următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă nu poate încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, **ca urmare a faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru, aceasta are obligația să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă.**

(3) În situația prevăzută la alin. (2), în condițiile în care nu există o ofertă admisibilă clasată pe locul doi, autoritatea contractantă are

obligatia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, în condițiile art. 212 alin. (1) lit. a) din Lege.

Procedând la analiza deciziei autorității contractante de a anula procedura de atribuire, Consiliul o apreciază ca fiind legală, având în vedere că art. 207 din Legea nr. 98/2016 (forma în vigoare la data de 16.06.2020), stipula dreptul autorității contractante de a declara câștigătoare oferta clasată pe locul 2, în condițiile în care aceasta este admisibilă. Însă, având în vedere că HG nr. 395/2016 (forma în vigoare la data de 16.06.2020) stipula, în art. 143 alin. (2), obligatia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta clasată pe locul 2, în condițiile în care aceasta este admisibilă, cele două acte normative fiind necorelate, Consiliul va verifica în ce măsură ofertantul desemnat câștigător s-a aflat sau nu într-o situație „*de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru*”.

În acest context, Consiliul reține dispozițiile art. 1351 din Codul civil care stipulează următoarele:

„(1) Dacă legea nu prevede altfel sau părțile nu convin contrariul, răspunderea este înlăturată atunci când prejudiciul este cauzat de forță majoră sau de caz fortuit.

(2) Forța majoră este orice eveniment extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil.

(3) Cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat de către cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs.

(4) Dacă, potrivit legii, debitorul este exonerat de răspundere contractuală pentru un caz fortuit, el este, de asemenea, exonerat și în caz de forță majoră”.

Astfel, Consiliul constată că, în general, forța majoră se referă la evenimente care nu au nicio legătură cu fapta omului și care nu pot fi prevăzute: calamități naturale, epidemii etc. Forța majoră constituie un obstacol de neînfrânt și inevitabil și provoacă imposibilitatea absolută de executare deoarece este neprevizibilă.

Cazul fortuit se referă la împrejurări externe care nu pot fi imputabile persoanelor, care nu au caracter extraordinar și nu puteau fi prevăzute (nu sunt forță majoră) și nici prevenite ori evitate decât de omul cel mai capabil de o diligență și prudență maximă. Fac parte din această categorie: ploile torențiale, cutremurele de mică intensitate care se produc frecvent în anumite zone teritoriale, inundațiile care se produc în mod obișnuit în unele locuri în fiecare primăvară etc.

Analizând corespondența purtată de autoritatea contractantă cu ofertantul desemnat câștigător, Consiliul reține că nesemnarea contractului a avut la bază adresa ...SRL, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 8685/24.08.2020, prin care ofertantul desemnat câștigător i-a adus la cunoștință autorității contractante următoarele:

„Ca urmare a discuției ferme cu furnizorul de motoare Perkins (Maviprod), suntem în măsură să vă informăm că putem să livrăm și să

montăm grupurile electrogene ofertate, cu respectarea cerințelor din caietul de sarcini și a termenului maxim admis de către Autoritatea contractantă, respectiv 15.12.2020.

Pentru a sublinia cele menționate mai sus, dorim să vă atașăm oferta actualizată, primită în data de 11.08.2020, din partea S.C. Maviprod SRL, unic importator de motoare Perkins (origine UK).

După cum se poate vedea din oferta atașată, fabrica Perkins din UK nu are motoarele pe stoc, perioada de timp necesară numai pentru fabricarea și livrarea lor în România este de 8 - 9 săptămâni exceptând lucrările ulterioare care trebuie realizate de către ...(asamblarea, livrarea, montarea și punerea în funcțiune a echipamentelor în locațiile dumneavoastră), astfel ca, având în vedere aceste aspecte nu este posibil să se finalizeze acest proiect în data de **05.11.2020**, ci în data de **15.12.2020**.

Vă asigurăm de toată implicarea noastră în implementarea acestui proiect și avem toate premisele ca termenul maxim admis de către Autoritatea contractantă, respectiv 15.12.2020 va fi respectat”.

Luând în considerare cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că ofertantul desemnat câștigător nu s-a aflat într-o situație „de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru”, deoarece, cu o diligență minimă, la întocmirea ofertei, putea și trebuia să ia în considerare orice întârziere din partea furnizorului de motoare Perkins (Maviprod), întrucât condițiile economice de la data depunerii ofertei (15.07.2020) și până la comunicarea rezultatului procedurii (10.08.2020) nu s-au modificat, pandemia cauzată de virusul SARS-CoV-2, izbucnind în România anterior acestei date. Față de cele anterior menționate, Consiliul constată că în speță este vorba de o culpă a ofertantului, la momentul întocmirii ofertei.

Analizând prevederile Fișei de date a achiziției, punctul II.2.5) – Criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate – preț”, Consiliul mai reține că unul din cei doi factori de evaluare a fost „Termenul final de punere în funcțiune” - maxim 5 puncte din totalul de 100 de puncte – în cadrul factorului de evaluare în discuție, autoritatea contractantă menționând și următoarele informații: „Termenul final de punere în funcțiune se calculează de la data semnării contractului de către ambele părți până la semnarea procesului verbal de punere în funcțiune în amplasament pentru ultimul amplasament. Termenul final de punere în funcțiune va fi asumat în oferta tehnică.

Termen final de punere în funcțiune a echipamentelor maxim acceptat: 20 noiembrie 2020. În cazul în care termenul final de punere în funcțiune a echipamentelor depășește data de **20 noiembrie 2020**, oferta va fi considerată neconformă”.

Prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile acesteia (inclusiv termenul maxim de **20.11.2020**), și-au consolidat forța

obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

Prin depunerea ofertelor la procedură, ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu se poate accepta nicio abatere de la prescripțiile ei. Astfel, cum un contract constituie legea părților și documentația de atribuire are aceeași valoare pentru ofertanți și autoritatea contractantă, iar niciuna dintre acestea nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Față de cele de mai sus, capătul de cerere formulat de contestatoare privind „obligarea autorității contractante la stabilirea unui termen rezonabil pentru executarea contractului, de minim 30 de zile, în cazul în care definitivarea unei hotărâri favorabile societății sale se împlinește cu mai puțin de 30 de zile de termenul maxim de **20.11.2020**”, va fi respins ca inadmisibil, având în vedere faptul că termenul maxim - 20.11.2020, a fost impus de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, respectiv Fișa de date a achiziției, punctul II.2.5) – Criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate – preț”, la factorul de evaluare „Termenul final de punere în funcțiune”.

Față de cele mai sus precizate, Consiliul constată că decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire nu încalcă nicio dispoziție legală în vigoare și constatând imposibilitatea respectării graficului, diferența semnificativă de valoare între ofertanții poziționați în clasament pe locul 1 și, respectiv, locul 2 (69.544 lei) și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Pe cale de consecință, cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata sumei de 4000 lei (cheltuieli de judecată) va fi respinsă întrucât nu s-a reținut culpa procesuală a autorității contractante, fundamentul răspunderii pentru plata cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile 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:

Respinge excepția inadmisibilității contestației invocată de către autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata sumei de 4000 lei (cheltuieli de judecată), pentru considerentele expuse în motivare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.