



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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26781/24.05.2021, formulată de SA, cu sediul în....., împotriva rezultatului procedurii de atribuire și a deciziei de anulare a procedurii, comunicată prin adresa nr. R-2558 din 14.05.2021, emisă de ... SA, cu sediul în .., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă, desfășurată offline, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „..”, anunț de participare .../... s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, respectiv:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii și de anulare a ei, nr. R-2558 din 14.05.2021, a raportului procedurii și a tut...r actelor subsecvente pentru partea corespunzătoare declarării ofertei SA ca inacceptabilă și a anulării procedurii;

- reevaluarea ofertei SA în strictă conformitate cu prevederile documentației de atribuire și ale prevederilor OUG nr. 114/2011, cu consecința constatării faptului că este o ofertă acceptabilă și, prin urmare, emiterea unui nou raport al procedurii și a unei noi comunicări prin care să se continue procedura prin stabilirea ofertelor admisibile și a celei câștigătoare.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SA solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Justificându-și interesul în formularea contestației, ... SA precizează că este unul din furnizorii principali de vehicule militare pentru instituțiile armate ale României, având o experiență de peste 16 ani în participarea la procedurile de achiziție de astfel de produse, fiind singurul ofertant care a demonstrat îndeplinirea cerințelor tehnice în conformitate cu prevederile legislației românești și e...pene privind achizițiile publice.

Învederează faptul că interesul său actual, personal și legitim este acela de a avea o șansă reală să câștige contractul în condițiile legii și, ulterior, să poată executa contractul la nivelul capabilităților relevante pe care le are prin prisma livrării anterioare de produse din această categorie.

În opinia sa, vătămarea actuală rezultă, în mod cert, din faptul că, fiind ofertant în procedura de atribuire, oferta sa a fost respinsă pe motive artificiale, cu nerespectarea prevederilor legislației în vigoare și ale documentației de atribuire.

Mai arată că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a), coroborat cu alin. (2) din legea nr. 101/2016, raportat la valoarea estimată a contractului, a respectat termenul legal de formulare a contestației, acesta împlinindu-se în data de 24.05.2021.

În fapt, contestatoarea menționează că, în data de 14.05.2021, prin adresa nr. R-2558 din 14.05.2021, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire și, astfel, a luat la cunoștință de actele pe care le consideră nelegale.

Susține că aspectele criticate demonstrează faptul că autoritatea contractantă *„nu dorește să desfășoare o procedură de atribuire cu respectarea prevederilor legale, își atribuie rol de autoritate de reglementare și legiferare în materia achizițiilor publice, amestecând, după bunul plac, prevederi din acte normative diferite”*.

Arată că, deși în anunțul de participare și fișa de date a achiziției se menționează ca legislație aplicabilă O.U.G. nr. 114/2011, oferta sa a fost respinsă invocându-se prevederile unei metodologii de evaluare a ofertelor, care nu este menționată în documentația de atribuire.

Reclamă faptul că, nici în fișa de date a achiziției, publicată în SICAP, nici în documentația aferentă etapei a doua cu nr. A3/10240 din 19.10.2020, nu există nicio referire la condițiile din metodologie și nici la vreo sancțiune aferentă depășirii valorii maxime estimate.

Susține că, în O.U.G. nr. 114/2011, nu există nicio prevedere care să conducă la respingerea unei oferte pentru motivul invocat de autoritatea contractantă, iar neexistând nicio prevedere, metodologia nu are forță juridică și nu poate modifica sau adăuga la lege.

În același context afirmă că *„nu i se poate atribui metodologiei calitatea de act în executarea O.U.G. nr. 114/2011”*, întrucât, dacă, prin absurd, ar fi considerată astfel, atunci ea este nelegală prin referire la

prevederile Legii nr. 24/2000: „Ierarhia actelor normative art. 4 (3) *Actele normative date în executarea legilor, ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele și potrivit normelor care le ordonă*”.

Totodată, arată că, la art. 69, se prevede clar că: (1) *„Intervențiile legislative pentru clarificarea sensului unor norme legale se realizează printr-un act normativ interpretativ de același nivel cu actul vizat, prin dispoziții interpretative cuprinse într-un nou act normativ sau prin modificarea dispoziției al cărui sens trebuie clarificat”*.

Petenta susține că metodologia încalcă toate aceste prevederi exprese și explicite.

Față de cele expuse, petenta concluzionează că oferta sa a fost declarată inacceptabilă și respinsă pe un temei legal inaplicabil în materia atribuirii de contracte în domeniul apărării și securității, motiv pentru care toate actele considerate nelegale și cele subsecvente trebuie anulate, cu consecința constatării deplinei admisibilități a ofertei sale.

Menționează că, potrivit prevederilor art. 27 din O.U.G. nr. 114/2011, IGPR este obligat să precizeze, în documentația de atribuire, orice criteriu, regulă sau orice altă informație care să asigure o informare corectă, completă și explicită asupra modului de aplicare a procedurii

Consideră că, din moment ce actul normativ în temeiul căruia se derulează procedura nu prevede sancțiunea respingerii ofertei sau un procent, un prag dincolo de care propunerea financiară care depășește valoarea maximă estimată este respinsă, această informație trebuia în mod obligatoriu să existe în fișa de date a achiziției.

Contestatoarea învederează faptul că inițierea unei proceduri de atribuire obligă autoritatea contractantă să întreprindă toate măsurile pentru a o finaliza cu încheierea contractului, în considerarea satisfacerii necesității care a generat lansarea procedurii, iar prețul ofertat, care depășește valoarea estimată, nu poate constitui un motiv de respingere a unei oferte, pentru următoarele motive: O.U.G. nr. 114/2011 nu prevede o astfel de sancțiune; fișa de date a achiziției nu prevede ajustarea prețului contractului; procedura vizează încheierea unui acord-cadru.

Față de acest ultim aspect, apreciază ca fiind evident faptul că acordul-cadru nu implică existența efectivă a fondurilor nici la momentul inițierii procedurii și nici la cel al încheierii acestuia. Mai mult, având cantități minime și maxime, inclusiv pentru contractele subsecvente, permite fixarea cantităților astfel încât fondurile estimate să fie utilizate în limita disponibilului, indiferent de prețul unitar care se va obține.

În opinia sa, aceste aspecte arată și faptul că, în condițiile concrete descrise în fișa de date a achiziției, prețul nu este un element fix, intangibil.

Contestatoarea afirmă că nu există niciun motiv legal pentru a i se respinge oferta, nici de a se anula procedura de atribuire, deoarece acordul-cadru poate fi încheiat, prin raportare la caracterul său de

promisiune între părți, de absență a disponibilizării efective a fondurilor și de impunere a unei cantități fixe de produse.

În sprijinul susținerilor sale face trimitere la jurisprudența Curții de Apel București.

Având în vedere cele prezentate, petenta conchide: *„oferta subscrisei este acceptabilă, iar procedura a fost anulată în mod nelegal, trebuind a fi impuse de către Consiliu măsurile de remediere solicitate prin prezenta contestație”*.

Totodată, contestatoarea a solicitat accesul la dosarul format/depus la Consiliu în vederea formulării de concluzii scrise.

În drept, au fost invocate prevederile documentației de atribuire, dispozițiile O.U.G. nr. 114/2011 și ale Legii nr. 101.2016.

Prin punctul de vedere nr. 2792/28.05.2021, transmis prin fax și înregistrat la ...SC cu nr. 27981/28.05.2021, ... SA a solicitat respingerea contestației formulată de ... SA, ca neîntemeiată și nefondată, și *„menținerea drept legale și temeinice a actelor adoptate de autoritatea contractantă, respectiv a raportului procedurii nr. A3-4967/11.05.2021 și a comunicării subsecvente efectuare către operatorul economic nr. R2558/14.05.2021”*.

Autoritatea contractantă menționează că ... - ..., prin ,, ,,, a desfășurat procedura de atribuire, prin licitație restrânsă, în vederea atribuirii acordului cadru de furnizare a produsului *„Autospecială radioamplificare 1000 W blindată”*, în baza O.U.G. nr. 114/2011 privind atribuire anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, iar anunțul de participare în SEAP a fost publicat sub numărul ,, ,,,

Documentația de atribuire aferentă procedurii este înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. A3/10240/19.10.2020.

Mai arată că, urmare a publicării anunțului, au fost înregistrate două candidaturi, iar potrivit raportului intermediar al procedurii nr. A3-1738/22.02.2021 a fost calificat și selectat un singur operator economic.

Autoritatea contractantă menționează că, la finalizarea procesului de evaluare a ofertelor, a fost întocmit și aprobat raportul procedurii nr. A3-4967/11.05.2021, în care s-au reținut următoarele:

„1. Respingerea ofertei depuse de ... SA drept inacceptabilă, în temeiul art. 12 alin. (1) lit. e) și lit. e¹) din Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție, organizate în baza Ordonanței de urgență nr. 114 din 21 decembrie 2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, întrucât propunerea financiară depășește cu mai mult de 10% din valoarea estimată de către autoritatea contractantă pentru procedură prevăzută la Secțiunea II.1.5) din documentația de atribuire nr. A 3/10240/19.10.2020;

2. *Anularea procedurii de atribuire prin licitație restrânsă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare a produsului «Autospecială radioamplificare IQ00W blindată», anunț de participare nr. ... 1026061/12.11.2020 (SICAP), în temeiul art. 181 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 114/2011, (...)».*

A. Cu privire la susținerile petentei vizând Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă învederează Consiliului următoarele:

- a dus la cunoștința operatorilor economici interesați faptul că metodologia face parte din reglementările pe care autoritatea le va utiliza în vederea evaluării candidaturilor/ofertelor, acest aspect fiind neechivoc întrucât dovada realizării informării și publicității se regăsește prin identificarea metodologiei la secțiunea III Etapa I și Etapa II din documentația de atribuire nr. A3/10240/19.10.2020, secțiune intitulată informații juridice, economice, financiare și tehnice.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că, pe pagina web a Direcției Generale pentru Armamente, www.dpa.ro, la secțiunea „Legislație”, subtitlul „Reglementări specifice” se regăsește metodologia, document care poate fi descărcat și vizualizat.

- a consultat Agenția Națională pentru Achiziții Publice cu privire la metodologia întocmită și aprobată la nivelul UM 02550 București, iar, prin scrisoarea nr. 5599 din 09.08.2016, instituția publică a comunicat faptul că metodologia poate fi utilizată în aplicarea O.U.G. nr. 114/2001. Precizează că, în susținere anexează 1 documentul indicat, neclasificat, 1 filă.

- a făcut mențiune și trimitere la metodologie în cadrul documentațiilor de atribuire de fiecare dată când organizează proceduri în temeiul O.U.G. nr. 114/2011 și nu a primit, odată cu verificarea anunțului de participare și înainte de publicarea acestuia, observații sau respingeri ale documentelor emise.

De asemenea, arată că, în fișa de date generată de SEAP, la Secțiunea III „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, Subpunctul III.1.9) „Legislația aplicabilă este menționată metodologia”

- contestatorul a fost informat cu privire la utilizarea metodologiei, atât prin procesele-verbale de deschidere aferente celor două etape ale procedurii de licitație restrânsă nr. A3-13382/16.12.2020 și nr. A3-4130/22.04.2021 (documente comunicate acestuia potrivit legii), precum și odată cu invitația de participare la etapa a II-a nr. R1205/11.03.2021, înscris care face trimitere la metodologie și reiterează modalitatea prin care aceasta poate fi consultată;

- operatorul economic SA a mai participat la proceduri de atribuire care au avut la bază invocarea metodologiei și are cunoștință de modalitatea de desfășurare a evaluării în temeiul acesteia.

Precizează că, în dovedirea acestei susțineri, anexează punctului de vedere anunțul de participare nr. 169871/20.09.2016 și extrasul din procesul verbal de deschidere a candidaturilor nr. A3-666/21.10.2016, precum și anunțul de participare 169268/24.08.2016 și extrasul din

procesul-verbal de deschidere a candidaturilor nr. A3-6046/29.09.2016 – la Secțiunea VI – „Informații complementare”, subpct. VI.3) „Informații suplimentare” precizându-se faptul că evaluarea candidaturilor/ofertelor se realizează conform metodologiei.

Totodată, subliniază faptul că ofertantul nu a contestat documentația de atribuire cu privire la aplicabilitatea metodologiei de evaluare.

De asemenea, învederează faptul că dispozițiile art. 27 din O.U.G. nr. 114/2011 au fost respectate, în cadrul documentației de atribuire precizându-se faptul că *„orice cerință, criterii, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”*, precum și faptul că SA nu poate invoca în apărare sa propria culpă și inacțiunea de a observa toate condițiile stabilite pentru desfășurarea procedurii de atribuire.

B) Cu privire la susținerile potrivit cărora oferta sa ar fi acceptabilă, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- valoarea maximă estimată a acordului-cadru a fost făcută publică potrivit dispozițiilor legale atât în anunțul de participare nr. ..., la secțiunea II.1.5), cât și în cadrul documentației de atribuire nr. A3/10240/19.10.2020, în cadrul secțiunii II.1.5);
- potrivit documentației de atribuire și a notei justificative privind prețul, valoarea estimată a acordului-cadru este de 23.899.158,00 lei pentru o cantitate maximă de 18 produse;
- estimarea valorii acordului-cadru determină implicit și estimarea aferentă prețului unitar per produs;
- autoritatea contractantă nu are obligația de a întreprinde *„toate măsurile pentru a finaliza (o procedură) cu încheierea contractului”*, ci are obligația de a finaliza orice procedură de achiziție publică cu respectarea dispozițiilor legale;
- O.U.G. nr. 114/2011 prevede sancțiuni pentru decizia unei autorități contractante de a nu respinge o ofertă în cazul în care prețul depășește valoarea estimată. În această situație ar deveni incidente prevederile art. 180 alin. (1) lit. c) prima teză coroborate cu cele ale art. 2 alin. (1) lit. a) și art. 2 alin. (2) lit. b) și lit. d).

În opinia autorității contractante, coordonatele aferente principiilor concurenței și transparenței ar fi fost încălcate atât timp cât exista premisa că mai mulți operatori economici ar fi fost interesați și ar fi participat la procedura de achiziție dacă fondurile estimate ar fi fost mai mari.

Menționează faptul că, potrivit metodologiei, se permitea atribuirea numai în situația în care propunerea financiară nu depășea cu mai mult de 10% valoarea estimată de către autoritatea contractantă și numai când ar fi existat posibilitatea de disponibilizare în cadrul proiecției

bugetare cu acest prag, iar, în speță, propunerea financiară a ofertantului SA a fost cu 84,54% peste valoarea estimată.

- documentația de atribuire stipula posibilitatea de ajustare a prețului unitar, dar această ajustare a fost estimată și previzionată în limitele inițiale ale desfășurării procedurii, respectiv la un preț unitar maxim estimat conform notei justificative incidente. Orice altă interpretare a condițiilor în care prețul unitar ar putea fi ajustată contravine normelor legale.

- legislația incidentă prezentei proceduri de atribuire prevede o legătură strictă între valoarea estimată a acordului-cadru și prețul unitar care va fi utilizat la încheierea contractelor subsecvente.

Organizatoarea procedurii consideră că susținerea SA de la pagina 5 a contestației, potrivit căreia „(...) este evident că acordul-cadru nu implică existența efectivă a fondurilor nici la momentul inițierii procedurii și nici la cel al încheierii acestuia. Mai mult, având cantități minime și maxime inclusiv pentru contractele subsecvente permite fixarea cantităților astfel încât fondurile estimate să fie utilizare în limita disponibilului, indiferent de prețul unitar care se va obține.

Aceste aspecte arată și faptul că, în condițiile concrete descrise de FDA al acestei proceduri, prețul nu este un element fix, intangibil".

nu este întemeiată pe dispozițiile legale în vigoare și prezumă 2 ipoteze de lucru care nu pot fi reținute și care conțin mai multe elemente cumulative:

I. Prima ipoteză:

- atribuirea unui acord-cadru cu o valoare estimată stabilită prin Nota justificativă ca document primar/documentația de atribuire;
- atribuirea unui acord-cadru cu prețuri unitare mai mari decât cele estimate inițial de către autoritatea contractantă;
- încheierea unui contract subsecvent/unor contracte subsecvente prin care nu s-ar putea atribui cantitățile maxime estimate pentru procedura de atribuire;

II. A doua ipoteză:

- atribuirea unui acord-cadru cu o valoare estimată care o depășește pe cea stabilită prin nota justificativă ca document primar/documentația de atribuire;
- atribuirea unui acord-cadru cu prețuri unitare mai mari decât cele estimate inițial de către autoritatea contractantă;
- încheierea unui contract subsecvent/unor contracte subsecvente cu prețuri unitare mai mari decât cele estimate inițial de către autoritatea contractantă.

Arată că ambele ipoteze de lucru sunt motive de anulare a procedurii de atribuire și de nulitate privind acordul-cadru/contractele subsecvente.

Apreciază că afirmația petentei determină confuzie și interpunere între noțiunile distincte de „preț al acordului-cadru”, „preț unitar” și „preț al contractului subsecvent” și generează o ambiguitate juridică care se îndepărtează de la claritatea textelor legale în materie.

În sprijinul susținerilor sale menționează că acordul-cadru reprezintă o promisiune încheiată de către autoritatea contractantă cu ofertantul câștigător, dar acest tip de contract cadru trebuie să conțină elementele esențiale care determină încheierea acestuia și ulterior a contractelor subsecvente.

Astfel, arată că, în materia contractelor, prețul este un element principal și esențial, nu poate fi clasificat drept secundar, conform dispozițiilor Codului civil și, prin urmare, trebuie să existe o raportare neechivocă între valoarea estimată a acordului-cadru/prețului unitar și propunerea financiară care trebuie atât să se încadreze în valoarea estimată a acordului-cadru cât și implicit în prețul unitar reglementat în acordul-cadru.

Autoritatea contractantă precizează că propunerea financiară a ... SA - Formularul nr. 5 - este de 44.103.910.14 lei pentru acordul-cadru și de 2.450.217,23 lei pentru prețul unitar per produs, iar față de nota justificativă nr. A3/8743/18.09.2020 de estimare a prețului, propunerea financiară regăsită în oferta ofertantului contestator este cu 84,54 % mai mare (atât față de prețul estimat al acordului-cadru cât și față de prețul unitar per produs).

În ceea ce privește jurisprudența invocată de către petentă la pagina 5 a contestației, autoritatea contractantă consideră că aceasta nu reprezintă izvor de drept și mai mult, sunt prezentate considerente utilizate de către o instanță de judecată în analiza dispozițiilor art. 177 din O.U.G. nr. 114/2011, dispoziții care se referă la o ofertă cu un preț neobișnuit de scăzut, iar speța dedusă soluționării ...SC are ca obiect anularea unei proceduri de atribuire întrucât oferta prezentată de operatorul economic ... SA depășește cu 84.54 % valoarea estimată de autoritatea contractantă pentru procedura de achiziție.

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de operatorul economic ... SA, ca fiind neîntemeiată și nefondată, și menținerea drept legale și temeinice a actelor adoptate de autoritatea contractantă, respectiv a raportului procedurii nr. A3-4967/11.05.2021 și a comunicării subsecvente nr. R 2558/14.05.2021.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documente ale dosarului achiziției publice.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la ...SC cu nr. 30551/11.06.2021, ... SA a transmis documentul intitulat concluzii scrise, prin care solicită admiterea contestației.

Contestatoarea menționează că, în anunțul de participare și fișa de date a achiziției se menționează ca legislație aplicabilă O.U.G. nr. 114/2011, iar potrivit principiului transparenței, corolar al egalității de tratament conform CJUE, singura forță juridică incontestabilă o are documentația publicată în JOUE și în SICAP.

Sustine că, atât în fișa de date a achiziției, publicată în SICAP, cât și în cea aferentă etapei a 2-a cu nr. A3/10240 din 19.10.2020, nu există nicio referire la condițiile din metodologie și nici la vreo sancțiune aferentă depășirii valorii maxime estimate.

Astfel, în fișa de date a achiziției, publicată în SICAP, se stipulează următoarele:

„IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare

Informațiile acestei secțiuni se regăsesc în fișa de date pentru etapa a II-a a procedurii.

Documentația de atribuire (fișa de date) pentru etapa a II-a II.3 Ajustarea prețului contractului: Da.

Prețul unitar al produsului prevăzut în acordul-cadru de furnizare va fi stabilit pe baza propunerii financiare a ofertantului declarat câștigător.

IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare

Ofertantul trebuie să prezinte Formularul de ofertă indicat în Secțiunea Formulare Etapa II - Formular nr. 5, care reprezintă elementul principal al propunerii financiare. Va fi prezentat obligatoriu, formularul Centralizator de prețuri (Secțiunea Formulare Etapa II - Formular nr. 6) care va conține în mod obligatoriu anul livrării) și Inventarul de complet (Secțiunea Formulare Etapa a II-a - Anexa la Formularul nr. 6). Ofertantul are obligația de a exprima prețul din propunerea financiară, în lei și echivalent e.... În acest scop, ofertantul va utiliza cursul mediu lunar comunicat de Banca Națională a României cu două luni înainte de data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, conform invitației de participare la etapa a II-a a procedurii de atribuire.

În cazul unei oferte la care s-a efectuat calculul valorilor în e... folosindu-se un alt curs de schimb, în baza principiului teritorialității, se va considera corect (se va bloca) prețul unitar în lei, iar prețul în e... va fi corectat, folosindu-se cursul de schimb solicitat prin documentație. În cazul în care ofertantul nu acceptă corectarea acestei erori, oferta sa va fi considerată inacceptabilă, și prin urmare va fi respinsă.

Precizări: Modul de departajare a ofertelor cu prețuri egale: în cazul în care comisia de evaluare constată că pe primul loc se află oferte admisibile cu prețuri egale, se va solicita respectivilor ofertanți o nouă propunere financiară care se va depune în aceleași condiții ca și oferta (în plic sigilat cu scrisoare de înaintare). Datele de depunere ale noilor propuneri financiare și a ședinței de deschidere a acestora se vor comunica în solicitarea transmisă de autoritatea contractantă”.

Prin urmare, arată petenta, niciuna dintre aceste prevederi aplicabile propunerii financiare nu conține indicații privind declararea ca inacceptabilă a unei oferte pentru depășirea valorii maxime estimate.

În opinia sa, nici nu ar fi legală vreo astfel de indicație din moment ce în O.U.G. nr. 114/2011 nu există nicio prevedere care să conducă la respingerea unei oferte pentru motivul invocat de autoritatea contractantă, iar o astfel de impunere ar fi o adevărată adăugare la lege, nepermisă.

Reiterează susținerea din contestație potrivit căreia, neexistând nicio astfel de prevedere, metodologia nu are forță juridică și nu poate modifica sau adăuga la lege.

Apreciază că, faptul că ANAP a avizat metodologia nu are absolut nicio relevanță, întrucât aceasta poate doar să avizeze actele normative propuse spre adoptare sau să emită legislație terțiară, însă metodologia invocată de autoritatea contractantă nu se regăsește, iarăși, în aceste situații expres prevăzute de lege.

Prin urmare, consideră că aceasta încalcă toate aceste prevederi exprese și explicite și este contrară prevederilor O.U.G. nr. 114/2011.

Mai mult, susține că faptul că ea este menționată în secțiunea „Legislație aplicabilă” nu îi conferă abilitatea de a modifica legislația existentă și nici aplicabilitate concretă asupra ofertelor.

Subliniază faptul că aceasta secțiune conține trimiteri la acte normative abrogate sau la altele care nu au niciun efect în procedură,

Fișa de date publicată în SEAP :

„III. 1.9) Legislația aplicabilă:

a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare;

b) Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii”.

deci nu i se poate atribui acestei secțiuni alt rol decât cel pur informativ, nu cel de a determina admisibilitatea unei oferte.

Arată că, în mod similar, în documentația de atribuire pentru etapa a II-a figurează mențiuni ale cărui rol și/sau efect asupra admisibilității ofertelor sau asupra modalității de pregătire și prezentare a ofertelor nu este specificat, pct. III.18) Legislația aplicabilă:

„5. Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare;

8. Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, cu modificările și completările ulterioare;

12. Legea nr. 178 din 1997 pentru autorizarea și plata interpreților și traducătorilor folosiți de Consiliul Superior al Magistraturii, de Ministerul Justiției, Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Direcția Națională Anticorupție, de organele de urmărire penală, de instanțele judecătorești, de birourile notarilor publici, de avocați și de executori judecătorești, cu modificările și completările ulterioare”.

Invocând dispozițiile art. 27 din O.U.G nr. 114/2011, petenta consideră că simpla înșiruire de denumiri de acte din această secțiune nu reprezintă o informare corectă, completă și explicită, iar, din moment ce actul normativ în temeiul căruia se derulează procedura nu prevede sancțiunea respingerii ofertei sau un procent, un prag dincolo de care propunerea financiară care depășește valoarea maximă estimată este respinsă, această informație trebuia în mod obligatoriu să existe în fișa de date în formă explicită, cum este cea referitoare la corectarea erorilor aritmetice, de curs valutar etc.

În sprijinul susținerilor sale face trimitere la jurisprudența Curții de Apel București, prezentând un extras din Decizia civilă nr. 234 din 31.05.2019.

În opinia contestatoarei, trimiterea la metodologie, prin intermediul proceselor verbale ale ședințelor de deschidere a candidaturilor, a ofertelor și a invitației de participare la etapa a II-a a licitației restrânse, nu are nicio relevanță, din moment ce aceste acte sunt ulterioare publicării anunțului de participare atât în JOUE, cât și în SICAP și a fișei de date a achiziției în SICAP și nu au efect modificator asupra prevederilor existente, nefăcând parte din documentația de atribuire.

Referitor susținerea autorității contractante privind finalizarea procedurii, cu respectarea prevederilor legale, învederează faptul că tocmai acesta este scopul demersului său litigios.

Afirmă că toate prevederile fișei de date a achiziției nu susțin poziția ... SA, iar contestarea valorii maxime estimate nu este posibilă și a fost în mod clar și elocvent argumentată de Curtea de Apel București.

Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia, dacă ar fi fost stabilită o valoare estimată mai mare, ar fi putut fi participa și alți operatori economici, apreciază că este o simplă supoziție, o speculație fără temei legal și nedemonstrată.

Învvederează în acest sens faptul că procedura a înregistrat, prin natura, stricta specializare și complexitatea obiectului contractului, o participare semnificativă, iar valoarea maximă estimată nu a împiedicat în niciun fel participarea, neexistând vreo probă în acest sens.

Totodată menționează faptul că nu există nicio solicitare de clarificări legată de această valoare, iar, conform celor reținute de Curtea de Apel București, valoarea maximă estimată are o valoare indicativă, orientativă, nefiind un criteriu fix.

În opinia sa, caracterul variabil și flexibil al acestuia este demonstrat de chiar ... SA atunci când afirmă că mai întâi se stabilește valoarea maximă estimată și cantitatea ce se dorește a fi achiziționată, iar doar la final se stabilește prețul unitar.

Subliniind că, din alăturarea a 2 elemente variabile, mobile nu poate rezulta un element invariabil. Sau altfel spus, două estimări nu dau o certitudine, ci o estimare și mai largă, autoarea contestației apreciază că,

pentru acest motiv, invocarea prevederilor Codului Civil nu își are rostul, cu atât mai mult cu cât materia achizițiilor publice stabilește derogări clare de la dreptul comun.

Referitor la susținerile autorității contractante privind anularea procedurii și nulitatea contractului, apreciază că sunt simple speculații, fără vreo prevedere legală din materia guvernată de O.U.G. nr. 114/2011.

Susține că prevederile art. 181 alin. (1) lit c) nu pot constitui temei al anulării procedurii, mai ales față de actul atacat acum, în care temeiul invocat este cu totul străin de prevederile legislației în vigoare aplicabile și, din contră, tocmai respingerea ofertei reprezintă un act nelegal a cărui înlăturare este necesară în vederea revenirii la legalitate.

Reiterând susținerile din cuprinsul contestației potrivit cărora acordul-cadru nu implică existența efectivă a fondurilor nici la momentul inițierii procedurii și nici la cel al încheierii acestuia, petenta subliniază faptul că *„MApN este una dintre puținele instituții ale statului român care beneficiază cu maximă ușurință de majorări ale bugetului”*.

... .. SA conchide că oferta sa este acceptabilă, iar procedura de atribuire a fost anulată nelegal, motiv pentru care trebuie a fi impuse de către Consiliu măsurile de remediere solicitate în contestație.

În drept, au fost invocate prevederile documentației de atribuire, O.U.G. nr. 114/2011, Legii nr.101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație restrânsă, desfășurată offline, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Autospecială radioamplificare 1000W blindată”, prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. ... 1026061 din 12.11.2020. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 23.899.158,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”.

Decizia privind rezultatul procedurii i-a fost comunicată SA prin adresa nr. R-2558 din 14.05.2021, în care se arată că oferta sa a fost respinsă, *„întrucât a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 12 alin. (1) lit. e) și e¹) din Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor în cadrul procedurilor de achiziție, organizate în baza O.U.G. nr. 114 din 21 decembrie 2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, întrucât propunerea financiară depășește cu mai mult de 10% valoarea estimată de către autoritatea contractantă pentru procedură, prevăzută la secțiunea II.1.5) din documentația de atribuire A3/10240/19.10.2020”*. Prin aceeași adresă se mai arată că *„autoritatea contractantă a decis să anuleze procedura de atribuire în baza prevederilor art. 181 alin. (1) lit.*

a) din O.U.G. nr. 114/2011, cu modificările și completările ulterioare, pentru ambele loturi, deoarece au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme”.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... SA a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de 373.264,68 lei, cu recipisa de consemnare nr. 207230265/1 din 26.05.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria), solicitând obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, respectiv:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii și de anulare a ei, nr. R-2558 din 14.05.2021, a raportului procedurii și a tut...r actelor subsecvente pentru partea corespunzătoare declarării ofertei SA ca inacceptabilă și a anulării procedurii;

- reevaluarea ofertei SA în strictă conformitate cu prevederile documentației de atribuire și ale prevederilor OUG nr. 114/2011, cu consecința constatării faptului că este o ofertă acceptabilă și, prin urmare, emiterea unui nou raport al procedurii și a unei noi comunicări prin care să se continue procedura prin stabilirea ofertelor admisibile și a celei câștigătoare.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta depusă de SA, pentru motivul consemnat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul reține că, potrivit informațiilor regăsite în documentația de atribuire aferentă procedurii, acesteia i se aplică dispozițiile OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, ordonanță referitor la aplicarea căreia nu au fost elaborate norme.

Data fiind inexistența normelor de aplicare a dispozițiilor privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, autoritatea contractantă a elaborat „Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție organizate în baza Ordonanței de Urgență nr. 114 din 21 decembrie 2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității”. De altfel, autoritatea contractantă a depus la dosar adresa nr. 5599 din 09.08.2016, prin care Agenția Națională pentru Achiziții Publice comunică Departamentului pentru Armamente faptul că o astfel de metodologie de evaluare poate constitui un suport în aplicarea OUG nr. 114/2011.

Potrivit art. 27 din OUG nr. 114/2011, *„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”*

În conformitate cu dispozițiile alin. (2) art. 27 din ordonanța de urgență, *„Documentația de atribuire trebuie să cuprindă, fără a se limita la cele ce urmează, cel puțin:*

a) informații generale privind autoritatea contractantă, în special cu privire la adresă - inclusiv telefon, fax, e-mail -, persoane de contact, mijloace de comunicare etc.;

b) instrucțiuni privind date-limită care trebuie respectate și formalități care trebuie îndeplinite în legătură cu participarea la procedura de atribuire;

c) dacă sunt solicitate, cerințele minime de calificare, precum și documentele care urmează să fie prezentate de ofertanți/candidați pentru dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție;

d) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv sau de negociere;

e) instrucțiuni privind modul de elaborare și de prezentare a propunerii tehnice și a propunerii financiare;

f) informații detaliate și complete privind criteriul de atribuire aplicat pentru stabilirea ofertei câștigătoare, corespunzător prevederilor cap. VII secțiunea a 2-a;

g) instrucțiuni privind modul de utilizare a căilor de atac;

h) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii."

Drept urmare, în aplicarea dispozițiilor art. 27 din OUG nr. 114/2011 și a principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. (2) lit. g) din ordonanța amintită, autoritatea contractantă a indicat în documentația de atribuire, elaborată pentru desfășurarea acestei proceduri de atribuire, punctul III.1.9) „Legislația aplicabilă”, și „Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție organizate în baza prevederilor OUG nr. 114/2011 (www.dpa.ro).”, indicând, cum se observă, inclusiv pagina electronică unde se regăsește postat acest act al procedurii.

Parcurend dispozițiile OUG nr. 114/2011, ale cărei norme de aplicare nu au fost adoptate, Consiliul constată că acestea nu cuprind prevederi care reglementează situația juridică a ofertei a cărei valoare o depășește pe cea estimată de autoritatea contractantă, astfel încât regulile stabilite de autoritate prin metodologia amintită nu vin în contradicție cu vreo prevedere legală aplicabilă în materie. În consecință, fiind indicat, în documentația de atribuire, ca document aplicabil prezentei proceduri, prevederile Metodologiei de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție organizate în baza prevederilor OUG nr. 114/2011, elaborată de autoritatea contractantă în aplicarea dispozițiilor art. 27 din OUG nr. 114/2011 și a principiului asumării răspunderii, devin parte integrantă a documentației de atribuire, potrivit art. 32 alin. (1) din OUG nr. 114/2011, ofertantul având obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile ei.

În mod evident, orice persoană interesată, ce considera nelegală adăugarea, în cadrul aplicabil procedurii, a regulilor stabilite de autoritate prin metodologia amintită, avea posibilitatea contestării documentației de atribuire în condițiile reglementate prin dispozițiile Legii nr. 101/2016. Or, criticarea, sub orice considerent, a prevederilor documentației de atribuire, publicată în 12.11.2020, la data 24.05.2021 (data înregistrării contestației la Consiliu), este tardivă față de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Drept urmare, considerând prevederile metodologiei amintite ca reguli proprii ale autorității contractante, adoptate în aplicarea dispozițiilor art. 27 din OUG nr. 114/2011 și a principiului asumării răspunderii, Consiliul va analiza cauza prin incidența acestora asupra ofertei prezentată de contestatoare.

În acest sens, Consiliul constată că la art. 12 alin. (1) din „Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție organizate în baza Ordonanței de Urgență nr. 114 din 21 decembrie 2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității”, autoritatea contractantă a stabilit că *„Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: [...]; e¹) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul/invitația de participare și, deși există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, se constată existența a cel puțin uneia dintre următoarele situații: - prețul este cu mai mult de 10% mai mare decât valoarea estimată prevăzută în anunțul/invitația de participare.”*

În raportul procedurii nr. R-2546 din 13.05.2021, s-a consemnat că oferta SA a avut valoarea de 44.103.910,14 lei, fără TVA, depășind, potrivit calculelor autorității, cu 84,54% valoarea estimată de autoritate pentru această achiziție (23.899.158,00 lei, fără TVA).

În consecință, aplicând regula de la art. 12 alin. (1) lit. e¹) din „Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție organizate în baza Ordonanței de Urgență nr. 114 din 21 decembrie 2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității”, autoritatea contractantă, în mod just, a declarat inacceptabilă oferta SA și, în consecință, a anulat procedura de atribuire în baza art. 181 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 114/2011, respectiv *„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: a) dacă au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme.”*

Cât privește susținerile contestatoarei vizând încheierea acordului-cadru, permisă având în vedere cantitățile minime și maxime inclusiv pentru contractele subsecvente, situație ce permite, în opinia petentei, fixarea cantităților astfel încât fondurile estimate să fie utilizate în limita disponibilului, indiferent de prețul unitar care se va obține, Consiliul le va respinge ca nefondate, în condițiile în care, autoritatea contractantă este

ținută la respectarea unui alt principiu ce stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, respectiv principiul eficienței utilizării fondurilor publice (stabilit la art. 2 alin. 2 din OUG nr. 114/2011), înțeles ca nefiind indiferent autorității contractante prețul unitar pentru care contractează autospeciala dorită și nici cantitatea pe care reușește să o procure prin fondurile de care dispune.

Mai mult, încheierea unui acord-cadru în condițiile prezentei proceduri va lua autorității contractante posibilitatea de atribuire a unor contracte viitoare, cu alți parteneri, la alte prețuri și în condiții de eficiență a utilizării fondurilor publice.

Alături de acest argument, al eficienței utilizării fondurilor publice, Consiliul stabilește nelegalitatea propunerii contestatoarei și prin prisma faptului că, respectând și principiul transparenței, stabilit, de asemenea, prin prevederea de la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 114/2011, documentația de atribuire, conținând *„orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”* (potrivit art. 27 alin. 1 din OUG nr. 114/2011), are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă de asigurarea respectării principiului transparenței. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în procedura de achiziție publică, și fără eludarea unora dintre cele regăsite în documentul inițiator al achiziției.

Astfel, Consiliul apreciază că îi era interzis autorității contractante să decidă încheierea acordului-cadru în condițiile de fapt analizate, prevederea de la art. 12 alin. (1) lit. e¹) din „Metodologia de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție organizate în baza Ordonanței de Urgență nr. 114 din 21 decembrie 2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității” fiind fermă în ceea ce privește situația juridică a ofertei prezentată de societatea contestatoare.

Consiliul nu va reține în soluționare trimiterile contestatoarei la ajustarea prețului contractului în condițiile în care, în prezenta etapă a procedurii, contractul/acordul-cadru nu a fost încheiat, modalității de stabilire a ofertei câștigătoare fiindu-i incidente prevederile OUG nr. 114/2011 și regulile achiziției indicate de autoritate în documentația de atribuire.

Referitor la invocarea, de către contestatoare, a relevanței unei decizii a Curții de Apel București, Consiliul reține, din considerentele instanței, așa cum sunt citate de către contestatoare, că *„Pe de altă parte, în documentația de atribuire publicată de autoritatea contractantă nu există vreo informație cu privire la vreo interdicție de a se depăși valoarea maximă estimată. O astfel de informație trebuia să existe ca efect al obligațiilor instituite în sarcina autorității contractante de art. 27 din O.U.G. nr. 114/2011 și cu atât mai mult cu cât O.U.G. nr. 114/2011 nu conține nicio prevedere referitoare la vreo sancțiune pentru oferta care depășește valoarea maximă estimată.”*

Or, conform analizei realizată în considerentele prezentei decizii, autoritatea contractantă a indicat în documentația achiziției faptul că sunt aplicabile prevederile „Metodologiei de evaluare a candidaturilor/ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție organizate în baza Ordonanței de Urgență nr. 114 din 21 decembrie 2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității”, prevederi care conțin și regula aplicabilă ofertei ce depășește valoarea estimată de autoritatea contractantă. În consecință, jurisprudența, așa cum este ea invocată și citată de contestatoare, se bazează pe o premisă diferită de cea existentă în speța actuală.

Mai mult, Consiliul constată că, prin considerentele citate de SA ca aparținând Curții de Apel București, instanța a validat raționamentul actual al Consiliului, potrivit căruia regulile instituite de autoritate prin metodologia amintită fac parte din documentația de atribuire și sunt inserate în mod legal de achizitoare, ca efect al obligațiilor instituite în sarcina ei de art. 27 din OUG nr. 114/2011.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SA în contradictoriu cu ... SA.

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

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.