CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de S.C. ....., cu sediul social în ....., ... (CE) ....., înregistrată la Registrului Comerțului ..... sub nr. ....., cod fiscal ....., cod TVA ...., cu adresa pentru corespondență în România, ..., reprezentată legal prin ....., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... – ..... S.R.L., formulată împotriva rezultatului procedurii nr. 1158/27.02....., emis de ....., cu sediul în ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată online, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect ”Elaborare proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentații pentru obținere avize și asistență tehnică din partea proiectantului pe parcursul derulării investiției precum și execuția lucrărilor pentru obiectivul Modernizare drumuri locale în ....., județul .....”, cu anunț de participare simplificat nr. ..... publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului:

- ”anularea comunicării și a tuturor actelor subsecvente și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei subscrisei;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., S.C. ..... atacă rezultatul procedurii nr. 1158/27.02....., emis de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire arătată, potrivit căruia oferta sa a fost respinsă, nefiind îndeplinite criteriile de calificare din documentația de atribuire.

În fapt, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 614/30.01....., autoritatea contractantă i-a solicitat lămuriri cu privire la acordul de asociere încheiat între S.C. ....., ... S.R.L. și ..... S.R.L., respectiv, să indice unde se regăsește acesta.

Drept răspuns, contestatoarea precizează că, în data de 02.02....., a încărcat în SEAP ”Acordul de asociere”, specificând faptul că ”dintr-o eroare umană constând într-o omisiune din partea persoanei care a încărcat in SEAP documentele parte integrantă din ofertă, acordul de asociere nu a fost transmis, fapt pentru care îl atașăm prezentei.

Precizăm că, lipsa documentului în cauză se încadrează în categoria viciilor de formă iar completarea ofertei cu acest document este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul informațiilor existente în DUAE, completarea cu acest document având astfel rol de clarificare și de confirmare a informațiilor din DUAE”.

În acest context, contestatoarea arată că autoritatea contractantă i-a comunicat, prin adresa nr. 1158/27.02....., că oferta sa a fost respinsă, fără a preciza în mod concret ce criterii nu au fost îndeplinite, conduită ce este contrară dispozițiilor art. 65 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Considerând că autoritatea contractantă în mod nelegal i-a respins oferta ca inacceptabilă, contestatoarea solicită admiterea contestației, invocând, în drept, dispozițiile art. 2 și art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1452/....., înregistrată la CNSC sub nr. 8813/....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea aceste, ca netemeinică.

Raportat la criticile contestatoarei, autoritatea contractantă apreciază că nu poate considera lipsa unui document esențial, solicitat prin documentația de atribuire, respectiv, acordul de asociere, ca fiind încadrată în categoria viciilor de formă, iar completarea ofertei cu acest document să fie susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul informațiilor existente în DUAE.

De altfel, prin documentația de atribuire s-a solicitat clar, fără ambiguități sau formulări care să ducă la confuzii, să se prezinte acordul de asociere, al cărui model se regăsește în ”Documente justificative” - și care a fost pus la dispoziția ofertanților. Mai mult, așa cum s-a solicitat și prin notificarea ANAP nr. 256/2016, era chiar obligatorie atașarea acestui document, în cadrul documentelor de eligibilitate, încărcate în SEAP, la secțiunea specifică documentelor de calificare.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, în Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale, publicată pe site-ul http://anap.gov.ro, se menționează că situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați, care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.

În opinia autorității contractante, neprezentarea acestui document și declararea ofertei drept acceptabilă, chiar în lipsa lui, contravine principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv, nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea și asumarea răspunderii.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că nu a solicitat completarea ofertei, respectiv completarea documentelor de îndeplinire a criteriilor de eligibilitate, ci a solicitat contestatoarei să indice unde anume în ofertă se regăsește acordul de asociere.

Mai mult, eroarea umană invocată de contestatoare nu îi este imputabilă in nicio circumstanță autorității contractante.

În încheierea punctului de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca netemeinice, a acuzațiilor contestatoarei privind presupusa nejustificare a respingerii ofertei, arătând că adresa nr. 1158/27.02..... menționează clar motivele respingerii ofertei acesteia.

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect ”Elaborare proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentații pentru obținere avize și asistență tehnică din partea proiectantului pe parcursul derulării investiției precum și execuția lucrărilor pentru obiectivul Modernizare drumuri locale în ....., județul .....”, cod CPV 71322000-1 – Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev. 2), ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura simplificată online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire.

Împotriva rezultatului procedurii, comunicat cu adresa nr. 1158/27.02....., emis de ....., prin care oferta sa a fost respinsă, ”nefiind îndeplinite criteriile de calificare din documentația de atribuire”, S.C. ..... a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea actului atacat și a tuturor actelor subsecvente, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei.

În ceea ce privește cererea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire, Consiliul, constatând că solicitarea acesteia este neîntemeiată, întrucât autoritatea contractantă nu are posibilitatea legală de continuare a procedurii de atribuire, respectiv de încheiere a contractului, în mod valid, decât după emiterea deciziei privind soluționarea contestației pe fond (sub sancțiunea nulității absolute a contractului), așa cum dispun prevederile art. 9 alin. (4) și (5) din Legea nr. 101/2016, a respins-o ca nefondată (prin Încheierea nr. 106/...../..... din 15.03.....).

Din conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, Consiliul reține că, la pct. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, la rubrica: *Informații privind: Asocierea*, s-a solicitat, printre altele: *Ofertantul va depune acordul de asociere.* Ca *Modalitate de îndeplinire,* precizându-se: *4. Având în vedere Notificarea nr. 256/08.12.2016, toți operatorii economici ofertanți vor depune odată cu DUAE și ..., acordul de asociere, ... Documentele justificative care probează cele asumate în angajamente/acorduri se vor prezenta, la solicitarea autorității contractante, de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, întocmit la finalizarea evaluării ofertelor*.

În cuprinsul Notificării ANAP nr. 256/08.12.2016, cu privire la fișa de date a achiziției, se menționează că: *îndrumă autoritățile contractante să consulte modalitatea de completare a acesteia.*

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante, în ceea ce privește oferta asocierii S.C. ....., ... S.R.L. și .... S.R.L., Consiliul constată că aceasta a publicat, în SEAP, în cadrul rubricii Criterii de calificare – Documente de calificare și propunere tehnică, câte un formular DUAE pentru fiecare dintre cei trei asociați, respectiv: S.C. .... în calitate de lider al asocierii, ... S.R.L., în calitate de asociat 1, și ..... S.R.L., în calitate de asociat 2.

De asemenea, Consiliul reține și că, potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, "*În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparențe".*

Așa cum rezultă din textul de lege evocat, legiuitorul a acordat autorității contractante, prin comisia de evaluare, un drept în sensul solicitării de clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare.

Însă, textul legal nu poate fi interpretat în sensul că autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală.

Astfel, întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al

proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza invocată de autoritatea contractantă și, avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *"Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat",* deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 209 alin. (1) din lege) nu poate fi apreciat ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Situația prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu depășirea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Sancționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, în cazul în care a fost depusă de un ofertant care nu a prezentat un document menționat în DUAE (acordul de asociere) conform art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016, nu reprezintă o sancțiune ce intervine automat, pentru nerespectarea condițiilor de prezentare a documentului, ci trebuie interpretat în sensul în care, după parcurgerea tuturor etapelor de clarificare si/sau completare a documentului (în acord cu prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), acestuia încă îi lipsesc informațiile care să conducă la concluzia că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare. Concluzia se impune chiar din conținutul prevederii de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care nu restrânge plaja de documente care pot face obiectul clarificării şi/sau al completării.

Nu se regăsesc, în legislația aplicabilă domeniului achizițiilor publice, texte care să prevadă imposibilitatea exercitării dreptului autorității contractante, prevăzut la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și în ceea ce privește documentele anexate DUAE.

În speță apar ca fiind aplicabile prevederile art. 135 din HG nr. 395/2016, conform cărora:

- alin. (1) - *În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.*

...

- alin. (3) - *În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul şi de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.*

În aceste condiții, Consiliul stabilește ca nelegală conduita autorității contractante de a respinge oferta asocierii S.C. ...., ...

S.R.L. și ..... S.R.L., pentru pretinsa lipsă a ”acordului de asociere”, în condițiile în care asocierea în cauză a răspuns solicitării de clarificare a autorității contractante, atașând adresei de răspuns, publicată în SEAP la data de 02.02....., documentul intitulat ”Acord de asociere”, iar această completare este susținută în mod neechivoc de sensul şi de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de asocierea ofertantă, respectiv, în DUAE completat de fiecare dintre cei trei membrii ai asocierii ofertante, așa cu a fost solicitat la pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de S.C...., în calitate de lider al asocierii S.C. ....., ... S.R.L. și .....S.R.L., și să anuleze raportul procedurii în partea dedicată ofertei depuse de această asociere, precum si adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din lege, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei să reanalizeze oferta depusă de asocierea S.C. ...., ... S.R.L. și ..... S.R.L., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Referitor la cererea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, Consiliul constată că în cauză sunt incidente dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, conform cărora: *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea şi documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației*, dar având în vedere că autoarea contestației nu a depus niciun document în susținerea cererii sale, Consiliul va respinge cererea, ca neprobată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de S.C. ....., în calitate de lider al asocierii S.C. ...., ... S.R.L. și .....S.R.L., și anulează raportul

procedurii în partea dedicată ofertei depuse de această asociere, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de asocierea S.C. ....., ... S.R.L. și ..... S.R.L., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, ca neprobată.

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

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

…….