CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările şi completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de asocierea formată din SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., judeţul ....., CUI ....., şi SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., judeţul ....., CUI ...., formulată împotriva rezultatului procedurii de cerere de oferte organizată de către ....., cu sediul în ....., ..., judeţul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....", coduri CPV 45000000-7, 71322000-1 şi 71356200-0, contestatoarea a solicitat ..... SRL.

În baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de Asocierea SC ..... SRL, în contradictoriu cu ... şi dispune continuarea procedurii.

Obligatorie.

Împotriva deciziei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Prin contestaţia înregistrată la Consiliu cu nr. ...../ ....., Asocierea SC ..... SRL critică decizia autorităţii contractante de a

declara câştigătoare a procedurii oferta depusă de ..., în condiţiile în care aceasta a avut o propunere tehnică incompletă, lipsind etapa de măsurare a umidităţii cu ajutorul higrometrului, procedeu specific pentru clădirile monument istoric, fiind necesară tratarea umidităţii pentru combaterea ascensiunii apei prin capilaritate, în scopul realizării unei lucrări calitative şi trainice.

Necesitatea procedurii a reieşit din vizitarea amplasamentului şi a realizării de către proiectant a unui diagnostic, prin măsurarea umidităţii cu ajutorul higrometrului. În plus, la vizita amplasamentului s-a constatat că, în interiorul clădirii, există mucegai şi, din cauza ascensiunii apei prin capilaritate, există săruri pe suprafaţa pereţilor, rezultând necesitatea tratării clădirii împotriva umidităţii, aspect care, în oferta depusă de ..., nu s-a regăsit. Din cauză că nu a vizitat amplasamentul, această societate nu a observat că se impunea tratarea clădirii contra umidităţii şi nu a inclus în ofertă procedurile specifice, prezentând astfel un preţ mai scăzut.

Contestatoarea solicită anularea raportului procedurii şi obligarea autorităţii la elaborarea unui nou raport, de respingere ca neconformă a ofertei ....

Prin punctul de vedere nr. A942/21.04..... asupra contestaţiei, înregistrat la Consiliu cu nr. 12145/22.04....., autoritatea contractantă învederează că solicitarea de respingere a ofertei ... este inadmisibilă, întrucât Consiliul nu se poate substitui autorităţii contractante şi nu o poate obliga la luarea unor măsuri privind stabilirea ofertelor inacceptabile/neconforme/admisibile/câştigătoare/ necâştigătoare, acestea fiind manifestări de voinţă şi acte proprii autorităţii contractante.

Răspunderea pentru întocmirea unei oferte conforme aparţine, în exclusivitate, ofertantului.

În ceea ce priveşte criticile vizând preţul ofertat de câştigător, acesta nu este mai mic de 80% din valoarea estimată a contractului, astfel încât nu poate fi apreciat ca fiind neobişnuit de scăzut.

Referitor la tratarea clădirii contra umidităţii, autoritatea contractantă precizează că are posibilitatea să urmărească respectarea cerinţelor legale pe timpul derulării contractului, atât prin comisiile de recepţie, cât şi prin prestaţia efectuată de dirigintele de şantier.

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziţie publică având ca obiect „.....”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat o procedură de cerere de oferte online, prin publicarea în SEAP a invitaţiei de participare nr. ...../..... Criteriul de atribuire stabilit este „preţul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 3.308.653 lei, fără TVA.

În cadrul procedurii au fost depuse două oferte, respectiv cele ale asocierilor SC ..... SRL, cu preţul de 3.275.570 lei, fără TVA şi ... - SC ... SRL, cu preţul de .....646.922,..... lei, fără TVA. Prin raportul procedurii nr. 326/21.12.2015, procedura a fost anulată, în baza art. 209

alin. (1) lit. b) şi c) din OUG nr. 34/2006, întrucât, în urma răspunsurilor formulate de ofertanţi, comisia de evaluare a constatat că, deşi cele două oferte pot fi luate în considerare, ele nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor financiare. Totodată, comisia a constatat omisiuni în cadrul caietului de sarcini pentru care autoritatea se află în imposibilitate de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor tratamentului egal, proporţionalităţii şi eficienţei utilizării fondurilor.

Împotriva deciziei de anulare a procedurii a formulat contestaţie Asocierea SC ..... SRL, asupra căreia Consiliul s-a pronunţat prin decizia nr. 98/C4/...../22.01....., dispunând anularea raportului de anulare a procedurii şi obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertelor şi la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de către asocierea SC ..... SRL la Curtea de Apel ....., instanţa pronunţându-se, prin decizia civilă nr. 533 din 25 februarie ..... în dosarul nr. 185/59/....., în sensul respingerii plângerii.

Ca urmare a reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 822/05.04....., prin care oferta depusă de Asocierea ... - ... SRL a fost declarată câştigătoare a procedurii, având un preţ mai scăzut, iar oferta Asocierii SC ..... SRL a fost clasată pe locul secund. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, asocierea necâştigătoare a formulat contestaţia aflată în analiză, solicitând anularea actualului rezultat al procedurii şi obligarea autorităţii achizitoare la eliminarea din competiţie a ofertei Asocierii ... - SC ....

Ca aspect preliminar, este de remarcat faptul că, prin precedenta decizie a sa, Consiliul a infirmat măsura anulării cererii de oferte prin raportare la motivele nefondate sau evazive care au fost consemnate de către comisia de evaluare în raportul procedurii nr. 326/21.12.2015, dar nu a interzis autorităţii contractante să adopte măsura anulării în cazul existenţei unor motive temeinice şi argumentate corespunzător.

Totodată, trebuie remarcat şi faptul că documentaţia de atribuire, alcătuită din fişa de date, caietul de sarcini, certificatul de urbanism, planşele, expertiza tehnică, formularele necesare şi modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei şi-au consolidat forţa obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât şi pentru operatorii economici participanţi la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenţii sau critici vizavi de prevederile documentaţiei de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de art. 256 ind. ..... alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (.....), din ordonanţa privind achiziţiile publice.

În concluzie, documentaţia acceptată implicit de toate societăţile ofertante le impunea să îi urmeze cu stricteţe prescripţiile, sens în care dispune şi art. 170 din OUG nr. 34/2006 – ofertanţii au obligaţia de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentaţia de

atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanţii şi-au însuşit documentaţia de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripţiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curţii de Apel Craiova, Secţia de contencios administrativ şi fiscal).

Criticile asocierii contestatoare se axează pe aspectul că, din oferta declarată câştigătoare, lipseşte etapa tehnică a măsurării umidităţii la obiectivul de investiţii şi cea de tratare a umidităţii, etape considerate necesare de către reclamantă. Plecând de la această lipsă, reclamanta susţine că respectiva ofertă a fost avantajată, prin prisma preţului mai scăzut, chiar neobişnuit de scăzut.

Vizavi de preţul ofertat de ... - SC ..., de .....646.922,..... lei, fără TVA, Consiliul determină că acesta nu este unul neobişnuit de scăzut, din perspectiva art. 202 alin. (11) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 - O ofertă prezintă un preţ aparent neobişnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, atunci când preţul ofertat, fără T.V.A., reprezintă mai puţin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv. Preţul în discuţie este de chiar 80% din valoarea estimată a contractului, iar nu mai puţin decât acest reper impus de legiuitor, situaţie în care nu erau incidente dispoziţiile aplicabile ofertelor cu preţ aparent neobişnuit de scăzut.

Referitor la absenţa din ofertă a procedurilor antiumiditate, din parcurgerea documentelor tehnice puse la dispoziţie operatorilor economici de către autoritate prin intermediul SEAP, Consiliul observă că niciunde autoritatea nu a impus ofertanţilor să prevadă şi să coteze asemenea proceduri. Lucrările de intervenţie propuse la faza de studiu de fezabilitate în cadrul soluţiei minimale constau în:

1. Înlocuirea învelitoarei din ţiglă
2. Reparaţii la tâmplărie (ferestre) exterioară din lemn şi metalică
3. Înlocuirea elementelor de şarpantă din lemn
4. Refacere tencuieli exterioare obişnuite la pereţi exteriori, refacere tencuieli speciale la pereţi exteriori (terasit)
5. Zugrăveli lavabile la pereţi exteriori
6. Înlocuire jgheaburi
7. Vopsitorii la tâmplărie (ferestre) exterioară din lemn şi metalică
8. Reparaţii streaşină
9. Refacerea doliilor din tablă zincată
10. Înlocuire burlane
11. Vopsitorii la balustrade, grile, parapete metalice
12. Desfacere tencuieli la faţade
13. Desfacere învelitoare ţiglă
14. Desfacere şarpantă din lemn

În caietul de sarcini se arată că, la executarea lucrărilor, contractantul va trebui să respecte condiţiile tehnice de execuţie, măsurare şi recepţie a lucrărilor, prevăzute în caietul de sarcini, documentaţia tehnico-economică ce va fi elaborată şi în legislaţia şi normele tehnice în vigoare. Lista va conţine toate cantităţile şi categoriile

de lucrări pe care ofertanţii le consideră a fi necesare în vederea îndeplinirii corespunzătoare a contractului, conform cerinţelor prezentului caiet de sarcini şi cu respectarea prevederilor legale şi standardelor/ normativelor tehnice privind proiectarea, execuţia şi recepţia lucrărilor de construcţii, în vigoare. De asemenea, în caietul de sarcini, se precizează următoarele: *„OFERTANŢII VOR ELABORA PROPUNEREA TEHNICĂ ŞI PROPUNEREA FINANCIARĂ CÂT MAI COMPLET ŞI DETALIAT, LUÂND ÎN CONSIDERARE TOATE ASPECTELE SPECIFICE LUCRĂRII CU RESPECTAREA SOLUŢIILOR DIN EXPERTIZA TEHNICĂ, A CONDIŢIILOR DIN PREZENTUL CAIET DE SARCINI ŞI ÎN CONFORMITATE CU PREVEDERILE LEGALE ŞI TEHNICE, ÎN VIGOARE, ASTFEL ÎNCÂT, EVENTUALELE LUCRĂRI SUPLIMENTARE, COSTURI, TAXE ŞI CHELTUIELI DE ORICE NATURĂ, GENERATE DE OMISIUNI SAU VICII DE PROIECTARE ŞI/SAU EXECUŢIE, VOR FI SUPORTATE DE CONTRACTANT, PE CHELTUIALA ACESTUIA*."

Nici în formularele devize de lucrări nu se indică vreo procedură antiumiditate.

De altminteri, însăşi contestatoarea recunoaşte, la pagina secundă a contestaţiei sale, că procedura de tratare a umidităţii nu a fost specificată în caietul de sarcini sau în studiul de fezabilitate.

Este subînţeles că autoritatea achizitoare nu îşi poate întemeia decizia de respingere a unei oferte pe eventuala lipsă a unor categorii de lucrări care nu au fost solicitate ori pe neîndeplinirea unor cerinţe neprevăzute în documentaţie.

Relevante în acest sens sunt şi următoarele dispoziţii legale: art. 13 alin. (.....), art. 34 alin. (3), art. 36 alin. (.....) lit. a) şi art. 72 alin. (.....) lit. f) din HG nr. 925/2006, care prevăd:

- oferta care este declarată câştigătoare în cazul în care criteriul utilizat este „preţul cel mai scăzut" trebuie să îndeplinească specificaţiile tehnice minime considerate obligatorii, astfel cum au fost acestea stabilite în caietul de sarcini;
- propunerea tehnică trebuie să corespundă cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini;
- oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini;
- comisia de evaluare are obligaţia de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanţi, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerinţelor minime din caietul de sarcini.

Aşadar, autoritatea nu poate respinge o ofertă în temeiul neîndeplinirii unei cerinţe tehnice care nu este scrisă în documentaţia de atribuire. Din ansamblul legislaţiei pe linie de achiziţii publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerinţele tehnice din documentaţia de atribuire, nu la altele (sau la aceleaşi, însă diminuate ori majorate).

Astfel cum s-a arătat, în cuprinsul caietului de sarcini nu apare trecută obligaţia operatorilor economici de a prezenta în proiect sau în

listele de cantităţi proceduri antiumiditate, împrejurare care face nelegală respingerea unei oferte pentru lipsa unor astfel de proceduri.

Obligaţia de transparenţă are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorităţii contractante (a se vedea, de pildă, Hotărârea Curţii de Justiţie a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko şi alţii, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum şi jurisprudenţa acolo citată). Principiul egalităţii de tratament şi obligaţia de transparenţă interzic autorităţii contractante să respingă o ofertă care îndeplineşte cerinţele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menţionată (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul .....).

Deosebit de relevantă este raţionamentul statuat de Curtea de Justiţie a Uniunii Europene în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura ... împotriva ...:

25 În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).

26 Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul ..... din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

27 Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși lea stabilit. Astfel, acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice.

28 Prin urmare, principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac – Kazantzidis, C6/05, EU:C:2007:337, punctul .....).

29 În consecință, autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență. În această privință, este lipsit de relevanță dacă elementul la care se referă această specificație mai este sau nu mai este în fabricație sau disponibil pe piață.

30 Trebuie, în consecință, să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18 nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale tratatului, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele

anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.

Pe de altă parte, autoritatea a stabilit că eventualele lucrări suplimentare, costuri, taxe şi cheltuieli de orice natură generate de omisiuni sau vicii de proiectare vor fi suportate de către contractant, pe cheltuiala sa, ceea ce înseamnă că, dacă se va considera necesară efectuarea unui tratament antiumiditate, ... - SC ... va trebui să suporte toate costurile aferente acestuia, fără a modifica preţul contractual. Garanţia de bună execuţie este de 10% din valoarea viitorului contract, fără TVA.

În sensul conformităţii ofertei amintite, Curtea de Apel ....., în considerentele deciziei civile nr. 533 din 25 februarie ....., a menţionat cu autoritate de lucru judecat că "nu poate reţine susţinerile petentei potrivit cărora propunerea tehnică a asocierii ... - SC ... nu era completă, lipsind datele din teren, aspect ce a condus la ofertarea unui preţ neobişnuit de scăzut".

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că nu există motive pentru infirmarea pentru anularea raportului procedurii nr. A.822/05.04....., prin care a fost stabilit actualul rezultat al procedurii de atribuire şi nici pentru obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (5) şi (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul respinge ca nefondată contestaţia formulată de Asocierea SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... şi dispune continuarea procedurii.

Astfel cum s-a reţinut şi în decizia precedentă a Consiliului, acesta nu se poate substitui sau obliga autoritatea în privinţa îndeplinirii obligaţiilor legale ale acesteia – manifestări de voinţă şi acte proprii ale autorităţii contractante – de stabilire a ofertelor inacceptabile/ neconforme/admisibile/câştigătoare/necâştigătoare sau, după caz, de anulare a aplicării procedurii.

În sens contrar, s-ar aduce atingere principiului independenţei şi imparţialităţii comisiei de evaluare (autorităţii contractante). Totodată, Consiliul nu poate obliga autoritatea la adoptarea unei decizii de atribuire a contractului unui anumit ofertant sau la respingerea lui, după cum au decis în numeroase speţe de caz şi instanţele judecătoreşti şi după cum prevede expres art. 278 alin. (9) din ordonanţă - "*Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic*".

PREŞEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU COMPLET,

.....

MEMBRU COMPLET,

.....

Redactată în 4 exemplare originale, conţine 8 pagini.