CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 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 și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. ....., ap. ....., jud. ....., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... - administrator, împotriva deciziei de anulare a procedurii, emisă de către COMUNA ....., cu sediul în loc. ....., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....", cod CPV 71322000-1, s-a solicitat:

- anularea deciziei publicată în SEAP la data de 25.04....., prin care autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii și a tuturor actelor subsecvente emise ulterior acestei decizii;
- obligarea autorității contractante la respectarea Deciziei CNSC nr. ...../...../..... din .....;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de achiziție prin evaluarea ofertei sale, cu respectarea și îndeplinirea cerințelor legale pentru procedura de atribuire;
- stabilirea rezultatului procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC ..... SRL a formulat contestație împotriva deciziei de anulare a procedurii, emisă de către COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....", cod CPV 71322000-1.

În fapt, contestatorul precizează că, în cadrul prezentei proceduri a mai formulat contestație, fiind admisă prin Decizia nr. ...../...../...../ .....

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile deciziei antemenționate, anulând procedura de achiziție prin publicarea în SEAP a notificării din 25.04....., ora 15:40, cu motivul: „Abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului", constatând aceste „abateri grave", doar după ce contestația a fost admisă, creând circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

Contestatorul arată că, ulterior, fără a reevalua și a informa ofertantul despre rezultatul procedurii de reevaluare a ofertelor astfel cum a fost dispus prin Decizia CNSC, autoritatea contractantă a republicat anunțul de participare simplificat privind procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului de Servicii de proiectare PT + DDE + DTAC și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul „Realizare școală în satul ....., comuna ....., Județul ..... (în vederea obținerii autorizației sanitare de funcționare)", înregistrat în SEAP cu nr. 404102/ 26.04....., fără a respecta prevederile legale în materie. Pe cale de consecință, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a ignorat în totalitate dispozițiile și termenele stabilite de Consiliu, încălcând astfel dispozițiile art. 224 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă avea obligația de a aduce la cunoștința ofertanților motivele pentru care a decis anularea procedurii și de a publica în SEAP raportul procedurii, conform art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Deasemenea, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 146 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul menționează că Decizia nr. ...../...../...../..... a CNSC beneficiază de putere de lucru judecat, prin neatacarea cu plângere.

În vederea soluționării contestației depuse, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 21234/..... - ...../30.05....., să transmită documentele emise de la ultima decizie CNSC, în copie certificată în conformitate cu dispozițiile art. 18 și cu art. 20 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea 98/2016 precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Prin adresa nr. 2848/13.06....., înregistrată la CNSC cu nr. 23699/14.06....., autoritatea contractantă s-a conformat solicitării de mai sus.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă apreciază că SC ..... SRL contestă simultan procedura simplificată

nr. .... și procedura simplificată nr. ....., folosind ca motive și argumente o altă procedură și anume cea de la baza anunțului nr. ...../..... și consideră că este lipsit de fundament și de o bază legală reală contestarea simultană a 2 proceduri lansate, printr-o singură contestație ce are la bază motive ce rezultă dintr-o a treia procedură. Ca urmare, solicită Consiliului să constate faptul că SC ..... SRL nu invocă nici o abatere sau încălcare a legii în legătură cu cele doua proceduri, în fapt el contestând motivul anulării procedurii ce are la bază anunțul simplificat nr. ...../ .....

Autoritatea contractantă precizează că, în data de 25.04....., a adus la cunoștința ofertanților, prin platforma SEAP, faptul că procedura a fost anulată datorită unor greșeli/abateri în cadrul documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că a pus în aplicare decizia CNSC care prevedea luarea în considerare a ofertei depuse de către contestator (în lipsa constituirii garanției de participare în termen), însă după identificarea abaterilor ce nu puteau fi remediate, s-a anulat procedura. S-a reluat procedura printr-o nouă invitație simplificată în SEAP în data de 26.04..... (nr. .....), fiind remediate erorile/abaterile constatate la prima procedură.

Autoritatea contractantă precizează că a fost atenționată de către expertul cooptat că, în cadrul documentației de atribuire postate în SEAP, printre serviciile ce făceau obiectul procedurii au fost solicitate și serviciile de „elaborare a certificatului de performanță energetică a clădirii” (caiet de sarcini nr. 584/25.01 ..... postat în SEAP), ce nu erau bugetate și nu erau necesare pentru această achiziție, ele fiind solicitate în mod greșit și incorect ofertanților. Conform formularului de ofertă financiară pus la dispoziție ofertanților, aceste servicii trebuiau ofertate în costul ofertei. Mai mult decât atât, conform bugetului investiției, serviciile de „elaborare a certificatului de performanță energetică a clădirii” nu erau bugetate și nu sunt necesare pentru această achiziție, ele fiind solicitate în mod greșit și incorect ofertanților. De altfel, serviciile de proiectare tehnică la nivel de PTH, nu au nici o legătură și nu sunt similare cu serviciile de audit energetic, fiind total incorect a se solicita proiectanților.

Autoritatea contractantă menționează că, din analiza ofertelor tehnice ale ofertanților s-a ajuns la concluzia că aceștia au prevăzut a presta și aceste servicii „*elaborare a certificatului de performanță energetică a clădirii*”, care nu erau bugetate, nu erau prinse în investiție și nu erau necesare.

Față de cele arătate mai sus, autoritatea contractantă a considerat că această eroare/abatere afectează procedura de atribuire, cel puțin din următoarele considerente:

- prin documentația de atribuire s-au solicitat servicii de care nu este nevoie și care nu au fost bugetate;

- ofertanții care au participat la procedură, în cadrul ofertelor lor, au luat în considerare prestarea acestor servicii la elaborarea ofertei lor, aceasta influențând prețul ofertei;

- exista riscul ca ofertanții care nu au participat la procedură să nu fi putut oferta datorită nedeținerii competenței/expertizei/experților necesari a presta acest serviciu;

- serviciile de audit energetic nu sunt în aceeași categorie (similare) cu serviciile de proiectare tehnică pentru a putea face obiectul unei singure proceduri.

Autoritatea contractantă susține că a pus în aplicare decizia CNSC care prevedea luarea în considerare a ofertei depuse de către SC ..... SRL, însă după identificarea abaterilor ce nu puteau fi remediate, s-a anulat procedura. Potrivit autorității contractante, dovadă că s-a pus în aplicare decizia CNSC stă și procesul verbal de evaluare intermediară, încheiat înainte ca reprezentantul legal să aprobe anularea procedurii.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că a acționat de bună credință, a decis anularea procedurii imediat după ce a constatat că s-a produs o abatere ce nu mai putea fi remediată, cu mult înainte de a lua la cunoștință de Decizia CNSC, iar după primirea deciziei CNSC (înainte de aprobarea prin semnare a anularii procedurii) comisia s-a întrunit și a decis că în cazul în care decizia de anulare a procedurii nu va fi aprobată de către reprezentantul legal, oferta contestatarului va fi luată în considerare în procesul de evaluare.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației formulată ca fiind neîntemeiată.

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

COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....”, cod CPV 71322000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../ ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 36.000 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunțul de participare simplificat, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul prezentei proceduri a fost depusă anterior contestația nr....., înregistrată la CNSC sub nr. 6611/24.02....., formulată împotriva adresei nr. 1200/10.02..... și a lipsei răspunsului la notificarea prealabilă nr. 72/15.02....., emisă de către COMUNA ..... în calitate de autoritate contractantă fiind emisă în acest sens Decizia nr. ...../...../...../.....

Conform deciziei mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, a admis contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ....., a anulat procesul verbal de verificare a garanțiilor de participare constituite de ofertanții

participanți și actele subsecvente și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor potrivit celor reținute în motivare, a prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

Analizând criticile formulate în cadrul noii contestații formulată de SC ..... SRL dar și decizia autorității contractante publicate în SEAP la data de 25.04..... prin care s-a dispus anularea procedurii, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de faptul că autoritatea contractantă a luat decizia de a anula procedura de atribuire a contractului mai sus menționat, considerentul principal al acestei decizii fiind „abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului".

Consiliul constantă faptul că, în cadrul acestei proceduri, autoritatea contractantă a elaborat procesul-verbal de anulare a procedurii nr. 1662/ 03.04..... în care a consemnat punctul de vedere al expertului cooptat Țugui Vasilică potrivit căruia „Obiectul contractului a fost eronat stabilit la nivelul caietului de sarcini și fișei de date a achiziției ca vizând o serie de servicii cum ar fi Elaborarea certificatului de performanță, deoarece în realitate acest tip de serviciu nu era bugetat în cadrul devizului investiției".

Din analiza fișei de date, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut la cap.II.2) privind *„Cantitatea sau domeniul contractului*", serviciile ce fac obiectul contractului vizat, printre ele fiind menționat și *„Elaborarea certificatului de performanță"* .

De asemenea, analizând „Strategia de contractare pentru achiziția de Servicii de proiectare PT + DDE + DTAC și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul «Realizare școală în satul ....., comuna ....., județul .....»", având nr. 583/..... (pag. 9 din dosarul cauzei), autoritatea contractantă la cap. III privind „Justificarea estimării prețului contractului", a inclus în valoarea estimată pct.3.3.4 din tabel: DTAC+ DTOE+ DOA + certificate de audit energetic, valoarea estimată a acestora fiind 7.000 lei.

Mai mult, în subsolul tabelului autoritatea contractantă a precizat că modul de stabilire a valorilor estimate s-a făcut astfel:

-prețurile acestora au fost introduse în bugetul proiectului aprobat;

-bugetul proiectului aprobat a fost făcut pe baza studiului de fezabilitate.

Prin urmare, Consiliul nu poate reține ca întemeiate alegațiile autorității contractante privind anularea procedurii datorită neincluderii în devizul general a sumelor aferente elaborării certificatului de performanță energetică în condițiile în care, astfel cum s-a arătat mai sus, această activitate a fost avută în vedere la constituirea valorii estimative și inclusă în Strategia de contractare.

Potrivit art. 9 din HG nr. 395/2016 *„(1) Etapa de planificare/ pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu*

aprobarea de către conducătorul autorității contractante/ unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă.

(2) Strategia de contractare este un document al fiecărei achiziții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Lege, inițiată de autoritatea contractantă și este obiect de evaluare a ANAP, în condițiile stabilite la art. 23, odată cu documentația de atribuire, referitor la aspectele prevăzute la alin. (3) lit. b) și f).

(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:

a) relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte;

b) procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică asociate, dacă este cazul;

c) tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;

d) mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale;

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează autoritatea contractantă;

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;

g) obiectivul din strategia locală/regională/națională de dezvoltare la a cărui realizare contribuie contractul/acordul- cadru respectiv, dacă este cazul;

h) orice alte elemente relevante pentru îndeplinirea necesităților autorității contractante".

Rezultă astfel, că autoritatea contractantă poate iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după corelarea obiectului contractului cu resursele disponibile, respectiv 36.000,00 lei din care suma de 7000 lei reprezintă serviciile aferente: DTAC + DTOE + DOA + certificate de audit energetic.

Prin urmare justificarea autorității contractante de anulare a procedurii în cauză pe motiv că această activitate nu a fost bugetată nu

poate fi reținută în condițiile în care suma de 7000 lei se regăsește și în devizul general la pct.3.3.4 unde au fost menționate activitățile aferente DTAC + DTOE + DOA, iar omisiunea menționării activității de certificare de audit energetic poate fi apreciată cel mult o eroare de formă și nicidecum încălcări ale prevederilor legale care afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului care să constituie motiv de anulare a unei proceduri de achiziție publică.

Potrivit art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se eroarea de formă datorată culpei autorității contractante.

Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă în cauză să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal că, atunci când hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere încadrarea contractului în bugetul său și a necesităților sale ceea ce implică stabilirea specificațiilor tehnice. Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

În subsidiar nu trebuie ignorat faptul că, în cauză, hotărârea de anulare a procedurii s-a făcut după ce autoritatea contractantă a încheiat în mod defectuos procesul de evaluare și verificare a ofertelor, astfel cum rezultă din motivarea aferentă deciziei anterioare. Potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016, ofertanții au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

Această manieră de a proceda a autorității contractante apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți. Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, declararea ofertelor admisibile, reevaluarea ofertelor urmare deciziei emise anterior de CNSC).

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante cu privire la motivele invocate care au determinat anularea procedurii în cauză din următoarele considerente:

- autoritatea contractantă nu a depus, la dosarul cauzei, niciun înscris din care să rezulte că a depus toate diligențele pentru a duce la îndeplinire/a pune în aplicare decizia anterioară emisă în aceeași procedură;

- potrivit art. 9 din HG nr. 395/2016 autoritatea contractantă înainte de inițierea unei proceduri trebuie să justifice determinarea valorii estimate. În speță, ținând cont de necesitatea acestei achiziții, autoritatea contractantă a identificat fondurile, a elaborat strategia de contractare, înscris care a fost ulterior evaluat de ANAP potrivit art. 23 din același act normativ;

- maniera în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 212 din Legea nr. 98/2016 și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți;

- procedura de atribuire a fost inițiată la data de ....., depunerea ofertelor fiind la data de 06.02.....; ulterior, modul defectuos de evaluare a ofertelor a condus la depunerea contestației admise de către CNSC prin Decizia nr. ...../...../...../.....

Conform art. 143 alin. (1) din HG 395/2016 se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui oferta a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă.

De la această regulă, actul normativ precitat instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se motivele invocate de autoritatea contractantă care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în speță.

Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii datorată unei erori de formă care nu afectează evaluarea și stabilirea unei oferte câștigătoare conform criteriului de atribuire stabilit. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate. Desigur că această imposibilitate nu se poate datora superficialității de care a dat dovadă autoritatea contractantă în evaluarea și reevaluarea ofertelor depuse.

Potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ....., va anula Procesul-verbal de anulare a procedurii și actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii și va dispune continuarea procedurii de atribuire prin evaluarea ofertelor depuse, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu COMUNA .....

Anulează procesul-verbal de anulare a procedurii și actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii și dispune continuarea procedurii de atribuire prin evaluarea ofertelor depuse, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.