



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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 nr. .../15.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../21.04.2020, înaintată de SC SRL, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin – administrator, împotriva adresei nr. .../13.04.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, emisă de ... (...), cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Înființare rețea de distribuție și branșamente gaze naturale în localitățile, ..., ... și, comuna, județul, cod CPV 45231221-0 – Lucrări de construcții de conducte de alimentare cu gaz (Rev.2), s-a solicitat admiterea contestației, anularea comunicării rezultatului procedurii și a actelor care au stat la baza emiterii acestui act administrativ, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SC SRL, iar, în subsidiar, anularea procedurii.

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 SC SRL înțelege să formuleze critici asupra adresei nr. .../13.04.2020 de comunicare a rezultatului procedurii, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Preliminar, justificând interesul său în formularea contestației, în raport cu rezultatul comunicat de autoritatea contractantă la data de 13.04.2020, SC SRL precizează că la aceeași dată a fost emis raportul procedurii nr. 23.

Societatea contestatoare consideră că cerința din caietul de sarcini referitoare la obligația efectuării vizitei amplasamentului într-o anumită perioadă de timp a fost cuprinsă cu intenția vădită de a limita numărul de participanți la procedură.

În opinia acestuia, vizita amplasamentului viitorului contract trebuie să reprezinte o facilitate și nu o obligație pentru ofertanți, fiind lăsată la latitudinea acestora alegerea efectuării vizitei în eventualitatea în care ei apreciază că îi ajută la elaborarea unei oferte conforme. Astfel, obligația vizitării amplasamentului este abuzivă din moment ce ofertanții au obligația de a depune la procedură o ofertă conformă cu documentația de atribuire ori, dacă un ofertant apreciază că este în măsură să întocmească și să prezinte oferta în maniera impusă de autoritatea contractantă, nu se justifică declararea neconformității ofertei pentru nevizitarea amplasamentului.

Totodată, vizitarea amplasamentului, în eventualitatea în care acest demers ar fi solicitat de către un operator economic interesat, ar trebui să fie permisă pe toată perioada stabilită pentru depunerea ofertelor nicidecum într-un interval de timp restricționând, în mod vădit, ofertarea în favoarea operatorilor economici care au vizualizat anunțul de participare simplificat în primele 3 zile de la publicarea acestuia.

Se menționează că societatea sa a luat cunoștință de această cerință și s-a deplasat la amplasament, însă reprezentanții autorității contractante au refuzat să confirme efectuarea vizitei, rațiune pentru care s-a văzut nevoit să consemneze cu martori, la nivelul propunerii tehnice, faptul că a îndeplinit această obligație impusă prin caietul de sarcini, deși autoritatea contractantă a declarat oferta sa neconformă pe motivul neefectuării vizitei.

În raport cu considerațiile de mai sus, dar mai ales avându-se în vedere faptul că societatea sa a realizat vizita amplasamentului, contestatoarea consideră că decizia comunicată la finalizarea procedurii a fost abuzivă, netemeinică și nelegală, rațiune pentru care se impune admiterea acțiunii.

De asemenea, dat fiind aprecierea asupra nelegalității cerinței cuprinse în caietul de sarcini referitoare la obligația vizitării

amplasamentului și modalitatea în care reprezentanții autorității contractante au reacționat la vizitarea amplasamentului, contestatoarea solicită anularea procedurii, menționând art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În drept, sunt invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, sunt prezentate o serie de înscrisuri.

Prin adresa nr. .../04.05.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. /04.05.2020, ... (....) prezintă argumentele care au justificat decizia de respingere a ofertei contestatoarei. Totodată, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca tardiv formulată, întrucât SC SRL nu a respectat termenul de depunere a contestației prevăzut la art. 8 lit. b) și, ca lipsită de interes, conform art. 3 alin. (3), teza finală din Legea nr. 101/2016.

Se arată că până la data limită de depunere a ofertei, societatea contestatoare nu a depus la autoritatea contractantă nicio adresă prin care să își exprime dorința de a efectua vizita de amplasament conform cerinței din caietul de sarcini.

În opinia autorității contractante, simpla declarație a contestatoarei semnată doar de reprezentantul său, privind vizitarea amplasamentului, nu îndeplinește cerința expresă din caietul de sarcini.

Referitor la critica vizând pretinsul caracter abuziv al solicitării caietului de sarcini, autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoare a avut posibilitatea contestării acestuia în termenul legal. Autoritatea contractantă a vrut să se asigure că toți operatorii economici interesați să depună ofertă în cadrul procedurii vor efectua o vizită în teren astfel și astfel să poată compara documentația depusă și situația existentă în teren, putând solicita clarificări privind aspectele de natură tehnică, de natură de securitate și sănătate în muncă, care nu corespund cu cele prezentate în documentație.

Autoritatea contractantă, menționând prevederile art. 123 din HG nr. 395/2016, subliniază faptul că SC SRL nu a solicitat nicio clarificare și nici nu a depus o contestație privind documentația de atribuire.

Decizia autorității contractante de a declara oferta neconformă este legală, solicitarea de a anula procedura de atribuire fiind contrară prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016. Mai mult, declararea ofertei contestatoarei drept conformă, în opinia sa, ar încălca prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie, înscrisurile din dosarul achiziției publice.

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

.... (....) a inițiat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Înființare rețea de distribuție și

branșamente gaze naturale în localitățile, ..., ... și, comuna, județul, prin publicarea, în SEAP, a anunțului simplificat nr. SCN1061154/06.01.2020. Valoarea estimată a contractului este de 9.330.060,10 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”.

Consiliul reține că, în cadrul prezentei proceduri, SC SRL a depus contestație împotriva deciziei de anulare nr. .../09.03.2020 a raportului procedurii de atribuire nr. .../03.03.2020 și a deciziei de anulare a procedurii nr./03.03.2020, soluționată prin decizia nr. din 24.03.2020, în sensul respingerii acesteia, ca lipsită de interes, decizie rămasă definitivă, prin neatacarea ei cu plângere.

Nemulțumită fiind de noul rezultat al procedurii, SC SRL a investit Consiliul cu o nouă contestație, consemnând și cauțiunea aferentă, solicitând anularea rezultatului și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării mai multor excepții care o vizează, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este ținut să le analizeze cu precădere. Astfel, în privința respingerii contestației ca tardivă, solicitată de autoritatea contractantă, pe motiv că se contestă cerințele caietului de sarcini, Consiliul stabilește că ceea ce se reclamă este rezultatul procedurii prin prisma criticilor asupra cerinței caietului de sarcini. Întrucât contestația în discuție a fost transmisă prin e-mail, Consiliului și autorității contractante, la data de 16.04.2020, în interiorul termenului legal de contestare, după cum rezultă din actele dosarului și este îndreptată împotriva comunicării rezultatului procedurii din 14.04.2020, această excepție se vădește a fi neîntemeiată.

În aceste condiții, apreciind asupra netemeinicii excepției tardivității, Consiliul va trece la analiza următoarei excepții, cea a lipsei de interes în formularea contestației, invocată de către aceeași autoritate, în susținerea căreia, sunt invocate dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Față de actul atacat (adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. .../13.04.2020) și de motivele expuse în contestație, se poate lesne determina că societatea contestatoare urmărește și solicită desființarea lui, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii lui și reevaluarea ofertei sale.

În contextul dat, societatea îndeplinește toate condițiile impuse de Legea nr. 101/2016 în legătură cu interesul contestatorilor, folosul urmărit fiind reevaluarea ofertelor și atribuirea contractului: art. 3 alin. (1) lit. f) - persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și
(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

În atari condiții, și această excepție se vădește a fi neîntemeiată.

Pe fondul cauzei, față de actul atacat și de motivele expuse, Consiliul ia act că prin adresa nr. .../13.04.2020 i-a fost comunicată contestatoarei justificarea deciziei în privința ofertei sale, fiind reținute următoarele considerente:

Având în vedere evaluarea conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și fișei de date, comisia de evaluare a constatat că nu ați prezentat intenția în scris de a vizita amplasamentul împreună cu un reprezentant la autorității contractante pentru a se putea întocmi procesul verbal de vizită amplasament. Conform punctului 6 din caietul de sarcini aveți obligația ca în primele 3 zile de la publicarea anunțului de participare să vizitați amplasamentul. Lipsa procesului verbal a dus la descalificarea d-voastră.

Ținând cont și de Decizia nr. a CNSC, ca urmare a contestației d-voastră nr./13.03.2020, comisia de evaluare a constatat că oferta tehnică este considerată neconformă, conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, se observă că soluția de respingere a fost dispusă prin *procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și fișei de date*, datat 05.02.2020, deși raportul procedurii nr./03.03.2020, bazat pe acel proces-verbal, a fost anulat în integralitatea sa, de însăși autoritatea contractantă, prin decizia din 09.03.2020, deci și cu privire la decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei motivului de respingere a ofertei contestatoarei, relevante sunt prevederile caietului de sarcini aferente capitolului *Modul de elaborare a ofertei tehnice*, punctul 6, potrivit căruia: Ofertantul are obligația ca în primele trei zile de la publicarea anunțului de participare să viziteze amplasamentul împreună cu un reprezentant al autorității contractante, care va încheia un proces verbal de vizită amplasament, proces verbal care se va atașa la propunerea tehnică. Lipsa procesului verbal, duce la descalificarea ofertantului.

Din lecturarea acestora reiese că a fost stabilită în sarcina ofertanților obligația vizitării amplasamentului lucrărilor, lipsa procesului-verbal întocmit, în acest scop, conducând la descalificarea acestora.

Cu toate acestea, Consiliul apreciază că vizita prealabilă la amplasament, așa cum subliniază și autoritatea contractantă prin punctul de vedere, nu servește decât la întocmirea corespunzătoare din punct de vedere tehnic a ofertei, însă în situația în care oferta este conformă, aceasta nu poate fi respinsă doar pe motivul că respectivul ofertant nu a efectuat vizitarea amplasamentului lucrărilor și, pe cale de consecință, nu a întocmit procesul-verbal în acest scop. Astfel cum rezultă din anexa 2 a *procesului – verbal privind evaluarea conformității propunerilor*

tehnice cu prevederile caietului de sarcini și fișei de date nr. /05.02.2020, (înscris la care se face trimitere în raportul procedurii nr. /13.04.2020) în cazul ofertei SC SRL a fost reținută îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini, fiind notată neîndeplinirea doar în cazul vizitei la amplasament.

Caietul de sarcini cuprinde specificațiile tehnice, care, așa cum sunt definite în Legea nr. 98/2016, reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante. Câtă vreme comisia de evaluare a hotărât că ofertantul și-a întocmit corespunzător propria ofertă, respingerea ofertei doar pentru că nu a fost prezentat un proces-verbal de vizitare a amplasamentului, fără a se dovedi vreo diferență în privința propunerii tehnice în lipsa acelui proces-verbal de vizitare a amplasamentului, evocă ideea unui formalism care excedează legislației aplicabile (chiar dacă respectarea unui anumit formalism este inerentă oricărei proceduri de atribuire).

Motivul folosit de autoritate drept pretext al respingerii ofertei este apreciat de organul administrativ-jurisdicțional a fi nu doar neîntemeiat, ci și disproporționat în consecințele asumate de autoritate. Atâta vreme cât SC SRL a furnizat comisiei o ofertă, iar specialiștii Comunei nu au dovedit că lucrările propuse diferă, și situația ar fi fost alta dacă s-ar fi vizitat amplasamentul, Consiliul este de părere că participantul nu putea fi eliminat din competiție.

Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Fără a aduce critici, la acest moment, asupra documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, Consiliul apreciază că nicio ofertă nu poate fi legal respinsă pentru motivul expus, pe de o parte, întrucât pot exista operatori economici care cunosc dinainte amplasamentul și nu au nevoie de o eventuală revizitare a lui pentru a-și întocmi corespunzător propriile oferte, iar, pe de altă parte, răspunderea întocmirii conforme a ofertei fiind a ofertanților, nu poate fi decât opțiunea acestora de a efectua o vizită a amplasamentului în prealabil întocmirii ofertei și nu o obligație.

În decizia nr. 228/R din 17 februarie 2011, Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a statuat că cerința de calificare constând în vizitarea la o anumită dată a

amplasamentului viitoareii lucrării, sub sancțiunea descalificării de la procedură, este nelegală.

În această lumină trebuie citite clauzele din caietul de sarcini, respectiv că o ofertă conformă nu poate fi respinsă doar pentru simplul considerent că ofertantul nu a vizitat în prealabil locul lucrării. Conformitatea nu depinde de o asemenea vizită, cu atât mai mult cu cât, SC SRL a reușit să furnizeze autorității o *declarație privind vizitarea amplasamentului*, datată 09.01.2020, în care, în prezența unui martor, a consemnat vizita amplasamentului, precum și refuzul autorității de a semna acea declarație. Ori acest înscris poate fi încadrat ca un început de dovadă, mai cu seamă că acesta a fost prezentat împreună cu propunerea tehnică, fiind anexat acesteia, potrivit documentelor dosarului achiziției publice, iar veridicitatea informațiilor consemnate în cuprinsul său nu poate fi tăgăduită nici de Consiliu, nici de autoritatea contractantă. Se reține că însăși autoritatea contractantă a consemnat, în anexa 2 a *procesului – verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și fișei de date nr. /05.02.2020*, existența respectivei declarații, despre care, tot aceasta a susținut că nu este conformă cu cerințele caietului de sarcini.

Mai mult, susținerea autorității contractante din comunicarea rezultatului procedurii cum că *nu a fost prezentată intenția în scris de a vizita amplasamentul*, precum și cea din punctul de vedere, potrivit cu care *nu a fost depusă nicio adresă prin care să-și exprime dorința de a efectua vizita de amplasament* nu pot fi reținute, fiind contrazise de prevederile documentației de atribuire, în cuprinsul căreia nu a fost stabilită nicio regulă în privința vizitei amplasamentului, sub acest aspect.

După cum s-a reținut mai sus, în evaluarea ofertei amintite, autoritatea a dat dovadă de un formalism excesiv, încălcând principiul proporționalității, care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale fiind fondată, cât timp nu a fost relevată o neconformitate a propunerii tehnice. Prin urmare, în contextul înfățișat, argumentele aduse de autoritate nu pot fi confirmate de către Consiliu pentru respingerea ofertei SC SRL.

În contextul descris mai sus, Consiliul va admite, în parte, contestația SC SRL, urmând a fi anulat raportul procedurii nr. /13.04.2020 și comunicarea nr. /13.04.2020, bazată pe acesta, precum și obligată autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei și la emiterea unui nou raport, în termen de cel mult cincisprezece zile de la comunicarea deciziei.

Cu privire la capătul de cerere secundar, de anulare a întregii licitații, el este nefondat și urmează a fi respins ca atare. Conform

dispozițiilor art. 26 alin. (7) din lege – în cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire. Așadar, anularea intervine doar în situațiile în care încălcările săvârșite nu pot fi acoperite prin măsuri de remediere.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Potrivit art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, excepțiile tardivității și lipsei de interes în formularea contestației, formulate de (.....), în calitate de autoritate contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din lege, Consiliul admite, în parte, contestația depusă de SC SRL, în contradictoriu cu (....) și anulează raportul procedurii nr. /13.04.2020, precum și comunicarea nr. /13.04.2020. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL și la emiterea unui nou raport cu respectarea celor dispuse în motivare, în termen de cel mult cincisprezece zile de la comunicarea prezentei.

În baza art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondat, capătul de cerere secundar, de anulare a procedurii de atribuire.

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare 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.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....