



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1737/C3/1879

Data: 07.10.2019

Prin contestația nr. 1648/16.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36241/17.09.2019, înaintată de SRL, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - director general și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la reprezentantul convențional, în, formulată împotriva rezultatului procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 15108/04.09.2019, emis de entitatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de furnizare având ca obiect „Autoplatforme cu braț ridicător tracțiune 6x6, autovidanțe 6x6 capacitate 10000 l și servicii de întreținere în perioada de garanție”, inițiată cu anunț de participare nr. CN1011926, publicat în SEAP la 08.06.2019, s-a solicitat Consiliului:

- „anularea adresei nr. 15108 din 04.09.2019 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 15071 din 04.09.2019, în partea ce privește admisibilitatea ofertei Asocierii SRL - SRL;
- anularea deciziei entității contractante prin care oferta depusă de Asocieria SRL - SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare;
- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (101) din Legea nr. 101/2016, obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea și respingerea ofertei Asocierii SRL - SRL”.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub

nr./25.09.2019, ... SRL (lider al asocierii SRL - SRL), cu sediul în, ..., județul, reprezentată legal prin Stirban Nick și Pop Sebastian Nicolae și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, ..., ..., ..., ..., a înaintat Consiliului o cerere de intervenție, solicitând:

- „în principal, să admită excepția lipsei interesului procesual în formularea contestației SRL;

- în subsidiar, să respingă în tot contestația introdusă de SRL, astfel cum a fost formulată, cu consecința menținerii adresei nr. 15108/04.09.2019 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii de atribuire nr. 15071/04.09.2019 și a deciziei prin care oferta depusă de Asocierea SRL - SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare;

- într-un al doilea subsidiar, în măsura în care în urma verificărilor efectuate privind posibilitatea alocării fondurilor suplimentare rezultă că valoarea indicată în Fișa de date a achiziției este maximă și nu sunt disponibile fonduri suplimentare, rugăm onoratul Consiliu să dispună, anularea procedurii (în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016) și să oblige entitatea contractantă la reluarea acesteia, cu clarificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, în condiții de egalitate de tratament și nediscriminare între operatorii economici (în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016). Aceeași soluție se impune și în ipoteza în care, în urma verificărilor efectuate, se va constata că este posibilă alocarea fondurilor suplimentare, însă Consiliul apreciază că documentația de atribuire a fost neclară, generând o interpretare neunitară, neimputabilă ofertanților”.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 1648/16.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36241/17.09.2019, ... SRL atacă rezultatul procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 15108/04.09.2019, emis de entitatea contractantă în procedura mai sus arătată, potrivit căruia oferta sa a obținut un punctaj de 97 puncte (din care, 20 pentru componenta tehnică și 77 pentru componenta financiară) și s-a clasat pe locul 2, oferta desemnată câștigătoare fiind cea depusă de Asocierea SRL - SRL care, a obținut 97,71 puncte (23 pentru oferta tehnică și 74,71 pentru oferta financiară).

Pe de o parte, contestatoarea arată că, deși entitatea contractantă nu a înțeles să îi comunice, așa cum este statuat la art. 228 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 99/2016, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei

desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, iar acest aspect nu rezultă nici din raportul procedurii, ulterior, verificând documentele puse la dispoziție de entitatea contractantă, a constatat că diferența de punctaj tehnic a fost cauzată de ofertarea unui termen de livrare de 134 zile, situație care a generat acordarea unui punctaj maxim, de 23 puncte.

Pe de altă parte, raportându-se la dispozițiile art. 143 alin. (4) și (5) din HG nr. 394/2016, art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, art. 143 alin. (2) lit. e), art. 133 alin. (1) lit. h) și art. 139 alin. (3) din HG nr. 394/2016, contestatoarea precizează că numai ofertelor declarate admisibile de către comisia de evaluare li se aplică criteriul de atribuire, iar pentru aceasta trebuie ca prețul inclus în propunerea financiară de către fiecare dintre participanții la procedura de atribuire să nu depășească valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare, în caz contrar ofertele fiind declarate inacceptabile.

Or, verificând propunerea financiară, în cuantum de 9.819.000 lei, fără TVA, depusă de Asocieria SRL - SRL, se poate constata cu ușurință că aceasta depășește valoarea estimată, comunicată prin anunțul de atribuire, de 9.538.500 lei fără TVA, situație în care oferta trebuia respinsă ca inacceptabilă.

În acest context, apreciază contestatoarea, entitatea contractantă, pe lângă faptul că a încălcat prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și ale art. 143 alin. (2) lit. e) din HG nr. 394/2016, a încălcat inclusiv principiile transparenței și al tratamentului egal, reglementate la art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 99/2016.

Or, cu respectarea principiului transparenței și principiului tratamentului egal, pentru a putea declara admisibilă o ofertă care conține un preț mai mare decât valoarea estimată, menționată în anunțul de participare, entitatea contractantă avea obligația de a insera, în documentația de atribuire, informații pentru viitorii participanți la procedura de atribuire, în sensul că pot fi disponibilizate fonduri suplimentare pentru atribuirea contractului până la limita modificării substanțiale a contractului.

Contestatoarea arată că și Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat în sensul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47).

De altfel, principiile egalității de tratament și transparenței constituie temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universal Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (Hotărârea din 17

septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Prin urmare, susține contestatoarea, în măsura în care entitatea contractantă ar fi asigurat respectarea principiilor transparenței și al tratamentului egal și ar fi anunțat, în mod transparent, posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare, atunci ar fi gândit oferta tehnică în alt mod, prin ofertarea unui termen de livrare mai scurt, cu consecința creșterii ofertei financiare, dar și a șansei reale de obținere a contractului.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./25.09.2019, ... SRL a înaintat Consiliului o cerere de intervenție, solicitând respingerea contestației formulate de SRL pentru lipsa interesului procesual în formularea acesteia, ca nefondată, și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

În susținerea excepției lipsei interesului procesual în formularea contestației, intervenienta arată că, raportat la întreaga documentație de atribuire, contestatoarea trebuia și putea să cunoască împrejurarea posibilității alocării de fonduri suplimentare, prin raportare la modul în care a fost configurată documentația de atribuire și la uzanțele în domeniu.

În măsura în care ar fi avut neclarități cu privire la posibilitatea alocării fondurilor suplimentare, contestatoarea ar fi putut solicita clarificări în termenul legal, în condițiile art. 172 din Legea nr. 99/201615.

Intervenienta susține că nu există motive reale care să conducă la declararea ofertei sale drept inacceptabilă, întrucât valoarea contractului, indicată în anunțul de participare, nu este maximă, ci poate fi suplimentată prin alocarea unor fonduri suplimentare.

Pe de altă parte, presupunând, ad absurdum, că SRL nu cunoștea faptul că pot fi alocate fonduri suplimentare peste valoarea estimată, intervenienta apreciază că autoarea contestației nu ar putea face dovada că, într-adevăr, prin admiterea acesteia, rezultatul procedurii ar fi fost altul, astfel încât să își justifice interesul procesual.

În acest context, intervenienta reclamă și conduita contestatoarei de a-și declara oferta confidențială, tocmai pentru a face imposibilă verificarea acestor chestiuni, pe care le consideră esențiale, inclusiv în sensul soluționării contestației.

Pe de altă parte, intervenienta solicită Consiliului, cu titlu prealabil, să pună în vedere contestatoarei să își clarifice acțiunea, prin indicarea punctual, a actelor pe care le atacă, având în vedere faptul că, din petitul contestației, nu rezultă care anume este „decizia ROMGAZ privind admisibilitatea ofertei asocierii” pe care înțelege să o atace.

Pe fondul cauzei, intervenienta arată, pe de o parte, că modalitatea de calcul a punctajului tehnic și a celui financiar sunt suficient de

detaliat și clare în documentația de atribuire, astfel încât nu se impuneau informații suplimentare față de cele deja înscrise în raportul procedurii.

Pe de altă parte, intervenienta susține că, din documentația de atribuire, rezultă că este posibilă alocarea unor fonduri suplimentare, față de valoarea estimată a contractului. Mai mult, arată intervenienta, contestatoarea a cunoscut posibilitatea alocării fondurilor suplimentare, inclusiv prin raportare la practicile statornicite în acest tip de proceduri de achiziții sectoriale.

Astfel, analizând prevederile documentației de atribuire, intervenienta menționează că nu se indica nicăieri faptul că suma de 9.538.500 lei (fără TVA) ar fi o valoare maximă, pe care operatorii economici nu o pot depăși sub nicio formă.

De asemenea, nu se indică nicăieri în documentația de atribuire faptului că nu există posibilitatea alocării unor fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului sectorial.

Dimpotrivă, în Instrucțiunile furnizate candidaților se menționează expres că oferta poate fi considerată inacceptabilă dacă prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și:

- fie nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului (*per a contrario*, entitatea contractantă informează operatorii economici că, în măsura în care există posibilitatea alocării unor fonduri suplimentare, oferta nu va fi declarată inacceptabilă);

- dacă vor fi alocate fonduri suplimentare, oferta va fi considerată inacceptabilă, doar dacă „se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la modificarea substanțială în sensul depășirii procentelor de la art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Legea nr. 98/2016”.

Totodată, în Instrucțiunile transmise candidaților, cu referire la modalitatea de evaluare a propunerilor financiare, se menționează că entitatea contractantă (prin comisia de evaluare, desemnată conform legii), va verifica exclusiv următoarele:

- dacă propunerea financiară se referă la întregul obiect al contractului/acordului-cadru: „nu se acceptă propunerea financiară care se referă numai la o parte din obiectul contractului/acordului-cadru”;

- dacă propunerea financiară este corelată cu informațiile incluse în propunerea tehnică: „toate cerințele descrise în propunerea tehnică trebuie acoperite prin prețul în propunerea financiară”.

Rezultă, *per a contrario*, că nu vor fi excluși, în mod automat, operatorii economici care ofertează un preț care depășește valoarea estimată a contractului, în măsura în care sunt respectate condițiile menționate mai sus.

Nu în ultimul rând, conform raportului procedurii, comisia de evaluare a verificat propunerile financiare sub aspectul: (i) corelării cu propunerile tehnice prezentate; (ii) identificării și remedierii erorilor

aritmetice și corectării acestora în condițiile admise de lege; (iii) încadrării în valoarea estimată a achiziției, inclusiv sub aspectul analizării posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, cu respectarea prevederilor normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice/sectoriale și (iv) asigurării că prețul propus sau componente ale acestuia nu este/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitat prin caietul de sarcini, inclusiv erori aritmetice. Rezultatul evaluării se regăsește în procesul-verbal nr. 14685/27.08.2019, care este parte a dosarului achiziției.

Rezultă, astfel, fără dubiu, că în procesul de evaluare a propunerilor financiare depuse de SRL - SRL și, respectiv, de SRL, entitatea contractantă a procedat, totodată, la verificarea posibilității de disponibilizare fonduri suplimentare, pentru îndeplinirea contractului, motiv pentru care, constatând că ambele oferte se încadrează în pragurile valorice prevăzute de lege (pe lângă îndeplinirea cerințelor minime de selecție și calificare din punct de vedere tehnic), le-a declarat admisibile.

De altfel, susține intervenienta, legislația achizițiilor sectoriale (art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și art. 143 alin. (2) lit. e) din HG nr. 394/2016) nu interzice ofertarea unui preț care depășește valoarea estimată comunicată de entitatea contractantă prin anunțul de participare.

Astfel, în cazul în care există posibilitatea alocării unor fonduri suplimentare (așa cum este și cazul prezentei proceduri), este necesară îndeplinirea a trei condiții cumulative pentru respingerea, ca inacceptabilă, a unei oferte, respectiv:

(i) depășirea valorii estimate;

(ii) existența posibilității alocării unor fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului;

(iii) acceptarea respectivei oferte (al cărei preț depășește valoarea estimată a contractului astfel cum a fost comunicată prin anunțul de participare) ar conduce la o modificare substanțială a contractului (în sensul depășirii procentului de 10%).

Or, intervenienta arată că propunerea sa financiară (de 9.819.000 lei, fără TVA), depășește cu doar 2.94% valoarea estimată a contractului.

În aceste condiții, intervenienta apreciază, contrar opiniei contestatoarei, că entitatea contractantă nu a adus atingere principiului egalității de tratament și principiului transparenței.

În concluzie, intervenienta solicită admiterea cererii sale așa cum a fost formulată, precum și acordarea posibilității de a-și susține și oral concluziile privind motivele care reclamă respingerea contestației formulate de SRL.

Prin adresa nr. 16146/23.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 38041/26.09.2019, entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca netemeinică și nelegală.

Astfel, entitatea contractantă apreciază că SRL nu a luat în considerare toate prevederile legale incidente, în ceea ce privește obligația entității contractante de evaluare a unei oferte care depășește valoarea estimată, în vederea acceptării/respingerii acesteia.

În acest sens, entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 și ale art. 143 alin. (2) lit. e) și f) din HG nr. 394/2016, din a căror interpretare reiese faptul că depunerea unei oferte a cărei valoare depășește valoarea estimată a contractului de achiziție publică nu poate atrage, în mod automat, sancțiunea respingerii ei, ca inacceptabilă. Pentru a determina acceptabilitatea sau inacceptabilitatea ofertei, entitatea contractantă are obligația să verifice, într-o primă fază, dacă există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție sectorială și apoi dacă acceptarea unei asemenea oferte nu conduce la modificarea substanțială a contractului (valoarea modificării trebuie să fie mai mică decât 10% din prețul contractului de achiziție publică de servicii sau de produse inițial, respectiv decât 15% din prețul contractului de achiziție publică de lucrări inițial).

În aceste condiții, entitatea contractantă arată că, în virtutea atribuțiilor care îi revin, potrivit dispozițiilor art. 133 alin. (1) lit. h) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare a procedat la „(...) verificarea încadrării ofertei în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial (...)”, constatând că există fonduri care pot fi disponibilizate, acestea fiind disponibile la codurile CPV pentru care s-a organizat procedura. Astfel, în Planul de Achiziții Sectoriale al SNGN ROMGAZ SA pe anul 2019 este prevăzută o valoare totală de 12.565.000 lei, defalcată astfel:

- la numărul curent 619.1, cod CPV 34134100-6 „Autoplatforme cu braț ridicător tracțiune 6x6” - 6.750.000 lei;
- la numărul curent 622.1, cod CPV 34144520-9 „Autovidanje 6x6 capacitate 10.000 l” - 2.815.000 lei;
- la numărul curent 10.1, cod CPV 50114000-7 „Întreținerea și repararea autovehiculelor cu sarcină maximă autorizată peste 3,5 to inclusiv tractoare - 3.000.000 lei (din care 1.500.000 lei aferenți anului 2019 și 1.500.000 lei multianual).

Drept urmare, comisia de evaluare a considerat că sunt întrunite condițiile cumulative prevăzute la art. 143 alin. (2) lit. f) din HG nr. 394/2016 pentru a declara acceptabilă oferta depusă de SC SRL.

Pe de altă parte, entitatea contractantă susține că legislația incidentă, în materie de achiziții publice, nu face nicio mențiune referitoare la obligația de a insera, în documentația de atribuire, faptul

că pot fi disponibilizate fonduri suplimentare pentru atribuirea contractului.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei conform căreia aceasta și-ar fi regândit oferta tehnică, dacă ar fi avut cunoștință de faptul că există fonduri care pot fi disponibilizate, în sensul ofertării unui alt termen de livrare, entitatea contractantă apreciază că nu există nicio legătură între termenul de livrare și oferta financiară, termenul de livrare nefiind un aspect calitativ care să crească valoarea produsului oferat.

Prin adresa nr. 1758/02.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 39091/02.10.2019, ... SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de entitatea contractantă, precum și la cererea de intervenție înaintată de SRL, prin care reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la necesitatea introducerii, în cuprinsul documentației de atribuire, a informațiilor privind posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare.

În plus, contestatoarea solicită respingerea excepției invocate de SRL, arătând că are calitatea de participant la procedura de atribuire în cauză, interesul său fiind determinat de atribuirea contractului de achiziție sectorial, interes care nu poate fi realizat decât prin admiterea contestației și respingerea ofertei desemnate câștigătoare.

De asemenea, ... SRL precizează că, în cuprinsul contestației, a indicat clar actele atacate, respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii, precum și raportul procedurii – înscris în cuprinsul căruia este materializată decizia referitoare la admisibilitatea ofertei depuse de SRL.

În ceea ce privește solicitarea subsidiară a intervenientei, în sensul anulării procedurii de atribuire, contestatoarea solicită respingerea ei ca inadmisibilă, intervenienta neavând dreptul de a realiza niciun demers contrar părții pentru care a intervenit (și anume entitatea contractantă).

Ulterior, prin adresa nr. 3071/03.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 39244/03.10.2019, ... SRL a transmis Consiliului concluzii scrise, prin care reiterează faptul că întreaga documentație de atribuire confirmă existența fondurilor suplimentare pentru prezenta procedură de achiziție, aspect confirmat și de entitatea contractantă prin punctul de vedere.

În replică, prin adresa nr. 1787/04.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 39507/04.10.2019, ... SRL a transmis Consiliului răspuns la concluziile scrise înaintate de SRL, prin care își menține opinia referitoare la calificarea cererii de intervenție ca fiind accesorie, în interesul autorității contractante.

De altfel, contestatoarea solicită Consiliului ca, în măsura în care va aprecia că cererea formulată de SRL are natura juridică a unei intervenții voluntare principale, practic, în accepțiunea legii nr.

101/2016, a unei contestații, cu respectarea prevederilor art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, se impune obligarea societății interveniente la achitarea unei cauțiuni, în cuantumul prevăzut de actul normativ incident.

Prin adresa nr. 3099/04.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 39650/07.10.2019, ... SRL a transmis un răspuns, apreciind eronată poziția SRL, referitoare la calificarea cererii sale de intervenție, ca fiind accesorie, în interesul autorității contractante.

..... SRL precizează că interesul său în cauză este mai larg chiar decât al autorității contractante, întrucât nu apără doar poziția acesteia, ci și calitatea proprie de câștigător al procedurii. Or, în accepțiunea prevederilor art. 17 alin. (3) al Legii nr. 101/2016, o astfel de cerere de intervenție are o natură juridică sui generis, derogatorie față de cea stabilită de prevederile Codului de procedură civilă.

În consecință, plata unei cauțiuni din partea sa nu s-ar justifica.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului sectorial de furnizare având ca obiect „Autoplatforme cu braț ridicător tracțiune 6x6, autovidanje 6x6 capacitate 10000 l și servicii de întreținere în perioada de garanție”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1011926 din 08.06.2019, și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 15108/04.09.2019, ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, prin care solicită anularea rezultatului și a raportului procedurii, în partea ce privește stabilirea admisibilității ofertei Asocierii SRL - SRL, ce a fost desemnată și câștigătoare, precum și obligarea entității contractante la reevaluarea și respingerea ofertei acestei asocieri.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a depus recipisa de consemnare nr. 205747104/1, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, în data de 19.09.2019, privind cauțiunea aferentă contestației.

De asemenea, Consiliul reține că SRL, ofertant declarat câștigător, a formulat o cerere de intervenție, demers ce a fost încunoștințat părților.

Consiliul consideră cererea de intervenție admisibilă în principiu, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, urmând a fi analizată odată cu solicitările contestatoarei, conform cu dispozițiile art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă. În același timp, Consiliul consideră că acesta are caracterul unei intervenții accesorii, fiind formulată în favoarea menținerii validității actelor emise de autoritatea contractantă, iar soluționarea ei nu poate fi condiționată de constituirea unei cauțiuni.

Preliminar, Consiliul face analiza cu întâietate a excepției invocate de intervenientă, conform obligației rezultând din dispozițiile art. 26 alin. (1) al Legii nr. 101/2016, privitor la pretinsa lipsă a interesului contestatoarei în a ataca actualul rezultat al procedurii de atribuire.

Consiliul are în vedere că, în fapt, ... SRL pretinde o vătămare a drepturilor sale, rezultând din aplicarea regulilor procedurii ne/cuprinse în documentația de atribuire, care ar fi fost contrare principiilor din domeniu.

Întrucât autoarea criticilor este ofertantul clasat pe locul 2, în clasamentul ofertelor admisibile, este evident că interesul său în procedura de atribuire, adică în a-și păstra șansele de a câștiga viitorul contract, este indubitabil. În același timp, punând în discuție rezultatul actual al procedurii, adică modalitatea de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare, a cărei reevaluare i-ar consolida șansele amintite, prin raportare la preținse încălcări ale regulilor de analiză a ofertelor, Consiliul constată că autoarea criticilor are un interes vădit, concordant atât cu prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) litera f) din legea nr. 101/2016, cât și cu prevederile art. 33 din Codul de procedură civilă.

În concordanță cu amintitele prevederi ale Legii:

- Art. 2 alin. (1): *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi;*

- Art. 3 alin. (1) litera 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.

Consiliul constată, contrar susținerilor intervenientei, că eventuala modificare a finalității actuale a procedurii, în sensul celor cerute de contestatoare, ar conduce la posibila atribuire a contractului către aceasta, ceea ce ar releva existența unui folos practic determinat, legitim, personal, adică a interesului de acțiune, chiar pentru a preveni încălcarea dreptului la a deveni câștigător al procedurii, situație de fapt concordantă cu limitele reglementării din art. 33 din Codul de procedură civilă.

Respingând excepția lipsei interesului contestatoarei, Consiliul face analiza pe fond a disputei, constatând că aceasta este generată de

modul diferit de înțelegere, de către părți, a regulilor procedurii de achiziție sectorială în situația specifică a depășirii valorii estimate de către o ofertă.

Consiliul ia act de faptul că, în cauză, nu se neagă dreptul general al entității contractante de a accepta o ofertă care ar depăși valoarea estimată a achiziției, ci se contestă acceptarea unei astfel de oferte, printre ofertele admisibile, deși documentația de atribuire nu ar fi conținut o informație din care să rezulte, explicit, o astfel de posibilitate.

De asemenea, Consiliul constată că susținerile contestatoarei, privind modul inegal de tratament acordat ofertelor și lipsa de transparență a regulilor de evaluare, sunt motivate de aceasta pe o pretinsă informare incompletă a sa, privitor la posibila acceptare și a ofertelor cu valori peste valoarea estimată, publicată în SEAP, situație care ar fi împiedicat-o să propună, la rândul său, avantaje de natură tehnică, (precum termenul de livrare) care ar fi dus la creșterea prețului, dar și la creșterea punctajului acordat ofertei.

Consiliul reține că părțile invocă, deopotrivă, prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: *Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată.*

Din textul evocat, rezultă, fără tăgadă, că entitatea contractantă nu este obligată să respingă o astfel de ofertă (cu valoare mai mare decât valoarea estimată), dacă poate suplimenta valoarea estimată a achiziției, așa cum a fost *stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii*.

În consecință, susținerile contestatoarei că s-ar fi impus excluderea, *de plano*, a ofertei intervenientei, pentru motivul arătat, sunt considerate de Consiliu nefondate.

De asemenea, raportat la modalitatea de prezentare a informațiilor privind bugetul alocat achiziției, Consiliul constată că entitatea contractantă nu a încălcat vreo prevedere expresă a legislației aplicabile.

De altfel, în raport cu prevederile art. 17 din Legea nr. 99/2016, momentul de calculare a valorii estimate și utilitatea acestui demers al achizitorului țin de modalitatea generală de stabilire a regulilor de participare în procedură, care trebuie să conducă la ghidarea operatorilor economici interesați în analizarea/aprecierea șanselor reale de a câștiga competiția: *Valoarea estimată a achiziției sectoriale se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire.*

Consiliul constată că entitatea contractantă a procedat la estimarea costurilor cu achiziția și a indicat valoarea estimată a contractului, în anunțul de participare.

Concomitent, prin Fișa de date a achiziției, în secțiunea dedicată acestui tip de informații, entitatea contractantă a precizat care sunt costurile pe care ofertanții trebuie să i le prezinte:

IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare

Pretul ofertei reprezintă suma dintre pretul oferit pentru produse și pretul oferit pentru cheltuielile cu reviziile în perioada de garanție (conform cerințelor din caietul de sarcini).

În consecință, fiind determinate regulile de compunere a prețului, ofertanții aveau interesul de a întocmi propunerea financiară în limitele de competitivitate pe care le pot suporta, în așa măsură încât avantajele acordate/propuse achizitorului (prin oferte) să nu le compromită șansele de câștigare a contractului. Or, în cazul în care, precum în situația de față, valoarea ofertei ar depăși bugetul estimat al achiziției, este evident că autorul ei își asumă riscul neacceptării, dacă nu înțelege să combată regulile de ofertare sau să solicite completarea informațiilor (cum ar fi și disponibilitatea unor fonduri suplimentare).

Consiliul consideră că, nefiind dubii asupra modului corect de stabilire a valorii estimate a achiziției, și nici privitor la nivelul acestei valori (publicată în anunțul de participare), Consiliul consideră că susținerile contestatoarei, privitoare la nevoia indicării posibilităților de suplimentare a cheltuielilor ocazionate de execuția contractului, sunt speculative.

Nu este evidențiată vreo încălcare a principiilor transparenței sau egalității de tratament, prin conduita autorității contractante, neputându-se invalida actualul rezultat al procedurii, în lipsa oricărui indiciu că actualul câștigător al procedurii ar fi fost în posesia unor informații suplimentare celor pe care le-a avut contestatoarea, la momentul întocmirii ofertelor.

De altfel, raportat strict la nivelul acceptat al propunerii financiare din oferta desemnată câștigătoare, față de valoarea estimată (cu aproximativ 3% mai mare), mult inferior nivelului maxim permis de lege în astfel de situații (10%, conform art. 241 din Legea nr. 99/2016), dar ținând cont, totodată, că nu doar prețul ofertelor a contat în stabilirea clasamentului lor, Consiliul consideră că desemnarea câștigătoare a ofertei aflate în această situație nu s-a bazat pe un tratament preferențial, inegal sau netransparent.

În consecință, considerând corectă stabilirea ofertei câștigătoare, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

În mod implicit, Consiliul va admite petitul subsidiar al intervenientei, de respingere pe fond a contestației, dar respingând celelalte cereri subsidiare din cuprinsul cererii de intervenție, în speță, capătul de cerere subsidiar (*iii*) de anulare a procedurii și de reluare a ei, ca nefondate.

Consiliul a considerat lipsită de temei și solicitarea de audiere a părților, formulată de intervenientă, înscrisurile avute la îndemână fiind suficiente pentru soluționarea cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL, câștigător al procedurii organizate de pe baza anunțului de participare nr. CN1011926 din 08.06.2019.

Respinge excepția lipsei de interes a contestatoarei SRL, invocată de intervenientă, ca nefondată.

Respinge contestația, ca nefondată.

Admite cererea de intervenție, în partea privitoare la respingerea contestației pe fond și respinge în rest, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, conform cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....