



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.cnscl.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. 1864 / C8 / 2110

Data: 24.10.2019

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 40002/08.10.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de domnul - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de proiectare fază adaptare la amplasament și asistență tehnică din partea proiectantului și execuția de lucrări pentru obiectivul de investiții „Sala de sport școlară, localitatea Făgăraș, strada Vasile Alecsandri nr 13, județul, cod CPV 45200000-9, cu data-limită de depunere a ofertelor 06.06.2019, organizată de, cu sediul în, CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de doamna ... - director general, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității la reevaluarea ofertelor, conform condițiilor din documentația de atribuire, cu atribuirea contractului către contestatoare.

**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

conestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia autorității contractante ...de a desemna câștigătoare oferta asocierii ..., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, potrivit mențiunilor din cuprinsul său, caietul de sarcini „face parte integrantă din documentele achiziției și constituie ansamblul cerințelor pe baza cărora se va elabora propunerea tehnică și financiară. Oferta prezentată va fi considerată conformă în măsura în care propunerea tehnică va fi întocmită cu respectarea cerințelor din caietul de sarcini. Autoritatea contractanta va declara neconformă oferta care nu îndeplinește cerințele impuse prin Caietul de sarcini.” În continuare, la pag. 27 din caiet, se arată: „Antreprenorul este obligat să viziteze amplasamentul și să studieze proiectul pilot și studiile aferente.”

Așadar, ofertanții aveau obligația de a vizita amplasamentul, cerință a documentației de atribuire, sub sancțiunea considerării ofertei ca fiind neconformă.

Potrivit art. 215 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, „oferta admisibilă este oferta care nu este inacceptabilă, neconformă sau neadecvată”, iar potrivit alin. (5) din același articol „oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției”.

Având în vedere că asocierea ... nu s-a prezentat, până la data depunerii ofertei, pentru vizitarea amplasamentului, oferta sa nu îndeplinește condițiile caietului de sarcini, astfel că trebuia respinsă.

În punctul său de vedere nr. 18756/16.10.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 41455/16.10.2019, autoritatea contractantă susține în apărare că nu a solicitat prin documentația de atribuire obligativitatea depunerii vreunui înscris în sensul vizitării amplasamentului sub sancțiunea eliminării de la procedură. În caietul de sarcini este precizat că „antreprenorul are obligația de a verifica în timpul ofertării toată documentația și amplasamentul și își va asuma orice modificare din punct de vedere financiar”.

Obligativitatea vizitării amplasamentului a fost adusă la cunoștință ofertanților doar pentru a se evita costurile suplimentare în timpul realizării lucrărilor, nu ca o condiție eliminatorie în cadrul procedurii de achiziție publică.

Contestația este neîntemeiată și pentru faptul că societatea contestatoare nu are posibilitatea să demonstreze dacă ofertantul câștigător a vizitat sau nu amplasamentul. După cum rezultă din cerințele caietului de sarcini, vizitarea amplasamentului este la alegerea ofertanților, riscul întocmirii ofertei fiind în sarcina acestora, neputând în timpul execuției să își invoce propria culpă ca

motiv al întocmirii defectuoase a ofertei (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Prin adresa nr. 9075/17.10.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 41646/17.10.2019, SC SRL a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante în care susține că, chiar dacă prin documentația de atribuire nu se furnizează un formular, nu înseamnă că ofertantul câștigător nu trebuie să depună actul doveditor al îndeplinirii unei obligații. Dovada faptelor negative poate fi făcută printr-un fapt pozitiv contrar sau printr-un fapt vecin și conex. SC SRL și-a îndeplinit obligația de a vizita amplasamentul, ocazie cu care s-a încheiat un proces-verbal. Rămâne astfel în sarcina autorității contractante să dovedească faptul că ofertantul câștigător a vizitat amplasamentul.

Mențiunile din documentația de atribuire potrivit cărora „vizitarea amplasamentului este obligatorie” nu pot fi interpretate ca fiind supletive, pentru că termenul „obligatoriu” semnifică ceva care nu poate lipsi, care trebuie efectuat.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. SCN1043015, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 09.05.2019, autoritatea contractantă ...a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de proiectare și asistență tehnică, precum și execuție de lucrări pentru obiectivul de investiții „Sala de sport școlară, localitatea Făgăraș, strada Vasile Alecsandri nr 13, județul”, estimate valoric la 6.479.584 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 09.05.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură au fost primite patru oferte, între care și aceea a asocierii SC SRL - SC ... SRL, clasată pe locul secund, iar câștigătoare a fost declarată oferta asocierii SC, cu prețul cel mai scăzut. Împotriva acestui rezultat, considerând că oferta câștigătoare ar fi trebuit respinsă din cauză că autoarea ei nu a vizitat în prealabil amplasamentul investiției, SC SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile

documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 4735L/01.10.2019, rezultat comunicat competitorilor la 03.10.2019. La 08.10.2019, SC SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare, obiectând că oferta declarată câștigătoare ar fi trebuit respinsă, din cauză că societățile

care au depus-o nu au vizitat în prealabil amplasamentul viitoareii lucrări.

Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei motivului de respingere a ofertei concurente, pe care se sprijină demersul contestatoarei, relevante sunt, în primul rând, prevederile anunțului de participare, pct. VI.3) - *Informatii suplimentare*, subpct. 2: „*Potentialii ofertanti **pot** vizita amplasamentul pentru a evalua, pe propria raspundere, cheltuiala si risc, datele necesare pregatirii si elaborarii ofertei. Ofertantii **int** **sa p** **la vizi** **am** sunt rugati sa informeze, in scris, Autoritatea contractantă asupra intentiei de a vizita amplasamentul. Orice solicitare de clarificari care decurge din vizitarea amplasamentului va fi adresata Autoritatii Contractante (AC), în scris. AC precizează ca orice solicitare suplimentară pentru necesitatea executării unor lucrări **ca urm** **a necunoașt** **am** nu va fi luată în considerare.*”

Aceleași instrucțiuni se regăsesc și în fișa de date a achiziției.

Din lecturarea acestora reiese în mod evident caracterul opțional, facultativ al vizitării amplasamentului lucrărilor, rămânând la aprecierea viitorilor ofertanți dacă sunt ori nu interesați să efectueze o asemenea vizită în teren, fără consecințe asupra valabilității ofertei, însă cu asumarea riscului de a nu corespunde realității din teren.

Obligația de vizitare pe care o pretinde reclamanta nu se regăsește între cerințele de calificare privind capacitatea tehnică pe care le poate solicita o autoritate contractantă ofertanților, conform art. 178 și 179 din Legea nr. 101/2016. Mai mult, vizitarea unui amplasament nu poate constitui niciun alt tip de cerință de calificare, întrucât nu dovedește în niciun fel capacitatea ofertantului de a executa viitorul contract.

Nimic nu trebuie să interzică sau să îngreuească participarea unui operator economic interesat la procedura de atribuire, după cum, tot astfel, nicio ofertă nu poate fi legal respinsă pentru motivul expus, mai cu seamă că pot exista operatori economici care cunosc dinainte amplasamentul și nu au nevoie de o eventuală revizitare a lui pentru a își întocmi corespunzător propriile oferte.

Pe de altă parte, răspunderea întocmirii conforme a ofertei fiind a ofertantului, este opțiunea acestuia de a efectua o vizită a amplasamentului în prealabil întocmirii ofertei. Iar dacă alege să nu efectueze o astfel de vizită, își asumă și riscul respingerii ofertei sale pentru eventuale neconformități. Vizita prealabilă pe teren nu servește decât la întocmirea corespunzătoare din punct de vedere tehnic a ofertei, iar în situația în care oferta este conformă, aceasta nu poate fi respinsă doar pe motivul ca respectivul ofertant nu a efectuat vizitarea amplasamentului lucrărilor.

Așadar, din cele evocate rezultă cu claritate că, prin introducerea cerinței în discuție, autoritatea nu putea restricționa în mod legal participarea operatorilor economici la licitație, critica adusă de SC SRL fiind neîntemeiată.

Pornind de la scopul înscris la art. 2 alin. (1) din legea precitată, autoritatea contractantă trebuie să urmărească asigurarea accesului tuturor operatorilor economici interesați la informațiile privind procedura de atribuire, pentru promovarea concurenței între aceștia și garantarea tratamentului egal și nediscriminatoriu. Fixarea vizitării obligatorii a amplasamentului lucrărilor ar fi constituit în mod evident un obstacol nejustificat de natură să restrângă concurența între agenții economici.

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 cheie 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, mai cu seamă că, astfel cum s-a punctat mai sus, autoritatea a specificat expres că viitorii ofertanți pot face respectiva vizită, nicidecum că ea este obligatorie, sub sancțiunea respingerii ofertei. Deși, în punctul său de vedere nr. 18756/ 16.10.2019, invocă exclusiv prevederile pag. 21 din caiet, instrucțiunile clare din anunțul de participare și fișa de date – potrivit cărora vizitarea prealabilă constituie o oportunitate, nu o obligație sub sancțiunea excluderii din procedură – sunt nu doar conforme legislației în vigoare, ci și deplin aplicabile prezentei spețe și vin să îi determine soluția.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a admis oferta asocierii ..., prin prisma criticii lămurite mai sus, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC SRL nr. 40002/ 08.10.2019, în contradictoriu cu

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivului invocat de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul

conestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SC SRL nr. 40002/08.10.2019, în contradictoriu cu Compania Națională de Investiții SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.