

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. 1283/C9/1323

Data: 22.06.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 28026/03.06.2022, depusă de asocieria, cu sediul în, unde solicită comunicarea actelor de procedură, privind procedura simplificată, organizată pentru atribuirea contractului de *REALIZARE PAVILION REMIZĂ TEHNICĂ ÎN CAZARMA 541 PANTELIMON* cod CPV 45211350-7 – *Lucrări de construcții de clădiri multifuncționale (Rev.2)*, de, cu sediul în, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii privind contractul de achiziție publică indicat anterior, cu consecința declarării ofertei asocierii ca acceptabilă și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației.

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 contestă rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea face o scurtă prezentare a situației de fapt și precizează că, la data de 26.05.2022, s-a publicat raportul procedurii și procesul-verbal pentru evaluarea documentelor-suport depuse de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă din două motive, și anume:

- asocieria nu ar fi răspuns solicitării autorității contractante de a depune dovezile de prelungire a garanției de participare și a valabilității ofertei (pag. 10 și 11 din raportul procedurii);
- asocieria nu a atașat CV-ul dlui în limba română, urmare a solicitării de clarificare AT - 324/17.03.2022 (pag. 6 din raportul procedurii).

În acest sens, contestatoarea arată că a depus dovezile de prelungire a garanției de bună participare și a valabilității ofertei:

Astfel cum rezultă din corespondența din 13.05.2022, reprezentantului asocierii a transmis autorității contractante atât dovada de prelungire a garanției de bună execuție cât și declarația de prelungire a valabilității ofertei.

Mai mult, autoritatea contractantă a și confirmat primirea documentelor solicitate.

Neconcordanța dintre mențiunea din răspunsul la clarificare conform căruia contestatoarea transmitea CV-ul dlui
- În limba română și atașamentul transmis se încadrează în noțiunea de *viciu de formă*, astfel cum este definit de art. 135 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. AT 324/17.03.2022, autoritatea contractantă a pus în vedere ofertantului să clarifice depunerea CV-ului dlui În limba engleză în condițiile în care potrivit fișei de achiziții *Propunerea tehnică și anexele acesteia vor fi prezentate în limba română*.

Prin răspunsul la clarificare, AG Steel Building and Cladding SRL a arătat că *Referitor la clarificarea AT - 324 din 17.03.2022, vă transmitem* *atașat* *CV-ul domnului* *în limba română, (s.n.).*

Contestatoarea apreciază ca fiind evident că atașarea tot în limba engleză a CV-ului dlui expert este o eroare ce nu poate conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă decât în situația în care ofertantul nu este de acord cu îndepărtarea viciilor de formă (art. 135 alin. 2 din Normele metodologice); ori, manifestarea de intenție a ofertantului este neechivocă în sensul că depune documentul în limba română.

În susținerea sa, contestatoarea invocă prevederile art. 135 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și jurisprudența europeană.

În prezenta cauză, a declarat că depune CV-ul expertului în limba română și din greșeală a fost atașată tot varianta în limba engleză. Contestatoarea afirmă că este evident că „ambiguitatea are o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat”, criterii de apreciere ale existenței viciului de formă în interpretarea Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Față de evidența erorii, remedierea viciului de formă sau nesanționarea greșelii nu ar fi determinat o „favorizare” a contestatoarei sau o încălcare a tratamentului egal al ofertanților, ci o conduită conformă cu standardul de diligență impus de CJUE:

În acest sens, conform raportului procedurii: *în urma răspunsului la solicitările de clarificări, comisia de evaluare consemnează următoarele: Comisia de evaluare a constatat faptul că ofertantul a atașat CV-ul domnului tot în limba engleză. Răspunsul este considerat neconcludent. Comisia de evaluare nu a solicitat clarificări suplimentare,*

în virtutea principiilor ce guvernează procesul de achiziție publică, întrucât ar discrimina ceilalți ofertanți care au confirmat îndeplinirea cerinței respective, în condițiile în care solicitarea de clarificări inițială a oferit ocazia operatorului economic să îndeplinească la rândul său cerința. (pag. 6 din raportul procedurii).

Contestatoarea aduce în discuție caracterul general al justificării sancționării sale, precum și trimiterea generică la „principiile ce guvernează procesul de achiziție publică” fără a indica în mod precis care anume principii sunt încălcate.

Drept urmare, consideră că, prin aplicarea celei mai aspre sancțiuni, respectiv declararea ofertei asocierii ca inacceptabilă pentru atașarea variantei greșite a CV - ului expertului, autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, principiu care nu este doar un principiu ce guvernează materia achizițiilor publice, ci un principiu de drept al Uniunii Europene.

În continuare, se invocă jurisprudența europeană, precum și art. 148 alin. (2) din Constituția României.

În final, contestatoarea supune atenției o critică de nelegalitate a rezultatului procedurii, urmând ca, după studierea dosarului achiziției, a o detalia: la cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date este precizat că: *în cazul unei oferte depuse în asociere, fiecare membru al asocierii trebuie să depună documentele necesare pentru demonstrarea faptului că este autorizat să desfășoare partea sa din contract.* Or, deși AG Steel Building & Cladding SRL este singurul participant la licitație care are în obiectul de activitate execuție lucrări instalații electrice și hidranți și deține autorizații specifice acestor activități - parte din obiectul contractului de achiziție publică licitat, iar autoritatea contractantă nu a sancționat participanții ce nu îndeplinesc această condiție, aplicând, astfel, un tratament discriminatoriu acesteia. La fel s-a raportat autoritatea contractantă și la omisiunea ofertanților de a depune extrase din actele constitutive, obligație impusă prin documentația de atribuire.

Prin adresa nr. A8418/06.06.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 28706/07.06.2022, ...București a transmis punctul său de vedere asupra contestației, cu următoarele precizări:

Referitor la motivul de excludere din procedură, arată că, prin adresa nr. AT324/17.03.2022, comisia de evaluare a solicitat contestatoarei să clarifice depunerea CV-ului- în limba engleză în condițiile în care potrivit fișei de date a achiziției *Propunerea tehnică și anexele acesteia vor fi prezentate în limba română.*

Prin răspunsul la clarificare, contestatoarea a menționat în adresa de înaintare: *Referitor la clarificarea AT-324 din 17.03.2022, vă transmitem atașat CV-ul domnului- în limba română, însă a transmis același CV în limba engleză.*

Drept urmare, clarificările/completările transmise nu au fost concludente, iar oferta a fost considerată inacceptabilă, conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă susține că, însăși contestatoarea admite, în cuprinsul contestației, că "atașarea tot în limba engleză a CV-ului dlui expert este o eroare", ce "nu poate conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă decât în situația în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă".

Astfel, prin adresa nr. AT 324/17.03.2022, transmisă de comisia de evaluare, în condițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea a avut ocazia să îndrepte viciile de formă cu privire la oferta sa, însă, prin răspunsul său, viciul de formă legat de CV-ul expertului nu a fost corectat.

Comisia de evaluare nu a solicitat clarificări suplimentare, în virtutea principiilor ce guvernează procesul de achiziție publică, deoarece ar fi discriminat ceilalți ofertanți care s-au conformat cerinței de a prezenta propunerea tehnică și anexele acesteia în limba română.

Autoritatea contractantă menționează că aceste aspecte au fost semnalate și în comunicarea transmisă ofertantului.

Totodată, autoritatea afirmă că societatea contestatoare a fost exclusă din procedură la etapa tehnică, la acel moment garanția de participare fiind valabilă, iar o resolicitare de clarificări ar fi încălcat principiile proporționalității și al tratamentului egal, potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la garanția de participare, arată că, dintr-o eroare, a menționat în raportul procedurii (pag. 10 și 11), faptul că asocierea nu a prelungit valabilitatea garanției de participare și a ofertei.

Asocierea a transmis răspunsul, respectiv dovada prelungirii garanției de participare și declarația de prelungire a valabilității ofertei, prin e-mail în data de 13.05.2022, înregistrat la sediul autorității cu nr. A-7192/16.05.2022.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă menționează că această eroare nu a fost de natură a distorsiona rezultatul procedurii de achiziție, contestatoarea fiind exclusă încă de la etapa tehnică de evaluare.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliul sub nr. 28706/07.06.2022, fiind atașate punctului de vedere.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 30416/17.06.2022, ... a solicitat transmiterea de către autoritatea contractantă în integralitate a dosarului achiziției cu oferta Rom Service Construct SRL și accesul la această ofertă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Ministerul București, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată pentru

atribuirea contractului de *REALIZARE PAVILION REMIZĂ TEHNICĂ ÎN CAZARMA 541 PANTELIMON*, cod CPV 45211350-7 – *Lucrări de construcții de clădiri multifuncționale (Rev.2)*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr., data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită pentru 20.01.2022, ora 15⁰⁰; valoarea estimată a contractului fiind 7.385.220,00 lei, fără TVA.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, asocierea a înaintat contestația în analiză.

Societatea a constituit cautiunea în sumă de 147.704,40 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208103497/1 din 07.06.2022, eliberată de CEC Bank, Sucursala Iași.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, prin adresa nr. AT-728/26.05.2022, s-a comunicat contestatoarei respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, din următoarele motive:

Prin adresa nr. AT-324/17.03.2022, autoritatea contractantă v-a solicitat clarificări cu privire la următoarele aspecte:

Comisia de evaluare, în conformitate cu art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă solicită să clarificați următoarele:

În fișa de date a achiziției la secțiunea IV.4.1 – modul de prezentare al propunerii tehnice, se menționează: Propunerea tehnică și toate anexele acesteia să fie prezentate în limba română.

Societatea dumneavoastră a prezentat CV-ul pentru domnul în limba engleză.

(...)

În data de 18.03.2022, societatea dumneavoastră a transmis răspuns la solicitarea de clarificări, în termen, prin intermediul SICAP, semnat cu semnătură electronică extinsă și înregistrat la sediul autorității contractante cu nr. A4198 din 21.03.2022, după cum urmează:

Referitor la clarificarea nr. AT324 din 17.03.2022, vă transmitem atașat CV-ul domnului în limba română.

În urma răspunsului la solicitările de clarificări, comisia de evaluare consemnează următoarele:

Comisia de evaluare a constatat faptul că societatea dumneavoastră a atașat CV-ul domnului în limba engleză. Răspunsul este considerat neconcludent. Comisia de evaluare nu a solicitat clarificări suplimentare, în virtutea principiilor ce guvernează procesul de achiziție publică, întrucât ar discrimina ceilalți ofertanți care au confirmat îndeplinirea cerinței respective, în condițiile în care solicitare de clarificări inițială a oferit ocazia societății să îndeplinească la rândul său cerința.

Analizând solicitarea de clarificări și răspunsul la aceasta invocate în comunicarea privind rezultatul procedurii, se constată, astfel cum a susținut și contestatoarea și cum a observat și autoritatea contractantă, că, deși în răspunsul la clarificări se face referire la prezentarea CV-ului în limba *română*, ofertanta a depus CV-ul tot în limba *engleză*.

O astfel de eroare nu putea atrage măsura extremă a respingerii ofertei, pe motiv că o nouă solicitare de clarificări ar fi condus la

încălcarea principiului tratamentului egal, câtă vreme a fost clară intenția ofertantei de a depune documentul în limba română.

Într-adevăr, operatorul economic a depus documentul în limba engleză atât în oferta inițială, cât și prin răspunsul la clarificări, însă măsura luată de achizitoare trebuie să fie proporțională raportat la motivul solicitării prezentării documentului la care se face referire. Fiind vorba despre un CV Europass nu se poate susține că lipsa prezentării acestuia în limba română împiedica în mod semnificativ evaluarea ofertei și, mai mult, era evidentă eroarea transiterii din nou a documentului în limba engleză.

Este corectă susținerea achizitoare că nu este permisă avantajarea unui operator economic prin transmiterea de clarificări suplimentare, conform art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, însă, în cazul de față, trebuia aplicat principiul proporționalității măsurii luate.

Tribunalul Uniunii Europene a reținut în Hotărârea din 10 decembrie

2009(*), cauza T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV, referitor la

principiul proporționalității următoarele: Mai mult, 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 din 5 mai 1998,

National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. I-2211, punctul 60). Acest principiu

impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, punctul 56 de mai sus, punctul 43).

O măsură adecvată, în cazul analizat, nu era cea de respingere a ofertei, ci de solicitare a unei noi clarificări, raportat la evidenta eroare în care s-a aflat ofertanta, depunând din nou documentul în limba engleză, deși făcea referire în răspunsul său la documentul în limba română.

Astfel fiind, constatându-se că, în mod eronat, a fost luată decizia respingerii ofertei, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei cu solicitarea de clarificări.

Relativ la constatarea din raportul procedurii referitoare la nedepunerea prelungirii garanției de participare și a valabilității ofertei de către contestatoare, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă a explicat că este vorba despre o eroare care nu a distorsionat rezultatul procedurii. Fiind necesară reevaluarea ofertei pentru motivele mai sus arătate, achizitoarea va fi obligată să înlăture eroarea constatată.

În ceea ce privește criticile aduse în finalul contestației, referitoare la nerespectarea de către ceilalți ofertanți a cerinței de la cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției, respectiv prezentarea de autorizații specifice, și a cerinței vizând prezentarea de extrase din actele constitutive, se reține că simpla reproducere în contestație a unora dintre cerințele din documentație, dublată de acuza că ceilalți operatori economici nu le îndeplinesc, nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia acuzei rămase la nivel declarativ.

Chiar și atunci când contestatorul invocă faptul că înscrisurile se află la partea adversă (autoritatea contractantă), el este ținut să își motiveze acțiunea, respectiv să explice de ce este nelegal actul autorității pe care îl atacă, în termenul prescris imperativ de lege.

Contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept. În lumina legislației incidente, formularea și, implicit, motivarea contestației sunt independente de studiul dosarului cauzei de către contestator, dosar care, evident, nici nu există la data depunerii contestației, ci se întocmește ulterior de către organul administrativ-jurisdicțional. În consecință, și soluționarea contestației este și trebuie să fie independentă de studierea dosarului cauzei de către reclamantă. Nicio prevedere în vigoare nu leagă și, cu atât mai puțin, nu împiedică soluționarea contestației de către Consiliu de absența studierii dosarului de către părțile în conflict, în cele 20 de zile de care dispune organul jurisdicțional, dimpotrivă.

Nu există temei legal pentru motivarea contestației în afara termenului stabilit de legiuitor, eventual după primirea dosarului achiziției publice.

Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestației sau soluționarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice. Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți, cum s-a spus mai înainte.

Completarea contestației nu se realizează prin intermediul concluziilor scrise, acestea fiind inadmisibile și depășind cadrul procesual cu care a fost investit, raportat la prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Așadar, Consiliul constată a fi nemotivate criticile în referire la celelalte oferte depuse în cadrul procedurii.

Totodată, va fi respinsă cererea de completare a dosarului cu oferta câștigătoare, nefiind necesară în soluționarea cauzei, raportat la criticile formulate prin contestație.

Va fi respinsă solicitarea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor determinate de soluționarea litigiului, nefiind depuse documente în susținere.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de asocieria, în contradictoriu cu Ministerul București, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. A7623/23.05.2022 și comunicările privind rezultatul procedurii transmise operatorilor economici ale căror oferte au fost declarate admisibile. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Respinge solicitarea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva deciziei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.