Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.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....
Data:...

Prin contestația datată..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de..., cu sediu în.....**,** bl....., ap....., având..., înmatriculată la... sub nr...., reprezentată legal prin administrator... și convențional prin ... - SPARL, cu sediul ales pentru..., bd.... nr...., ap....., privind procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect Servicii de proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului „...", cod... Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev*.2), de..., cu sediul în..... nr....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:*

1. Anularea în parte a documentației de atribuire, respectiv a prevederilor din Fișa de date a achiziției (Instrucțiuni pentru ofertanți), pag. 19 și Nota 4 de la pag. 23, precum și din caietul de sarcini, pag. 5-6, prin care se impun vizitarea obligatorie a amplasamentului și atașarea la ofertă, în secțiunea „documente de calificare", a procesului-verbal de vizită, sub sancțiunea declarării ofertei neconforme;
2. Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, în termenul pe care îl va stabili Consiliul, constând în modificarea documentației de atribuire prin eliminarea caracterului obligatoriu al vizitei și a obligației de a prezenta procesul-verbal de vizită (vizita putând rămâne facultativă, fără nicio consecință asupra admisibilității ofertei), publicarea modificării în SEAP și prelungirea...;
3. În subsidiar, pentru ipoteza în care cerința ar fi menținută: anularea procesului-verbal nr.... în partea privind societatea sa, precum și a refuzului autorității contractante de a-i permite vizitarea amplasamentului, cu obligarea autorității contractante să organizeze vizitarea amplasamentului, în prezența reprezentantului său, cu

întocmirea și predarea procesului-verbal de vizită, la o dată care să permită pregătirea ofertei și cu prelungirea...;

4. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

5. Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de 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... critică prevederi ale documentației de atribuire și refuzul autorității de a-i permite vizitarea amplasamentului, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că documentația de atribuire nu se limitează să recomande vizitarea amplasamentului. Ea cere ca procesul-verbal să fie atașat ofertei în secțiunea documente de calificare și sancționează lipsa lui cu respingerea ofertei. Funcțional, procesul-verbal devine astfel o condiție de participare la procedură.

Or, art. 172 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/... limitează criteriile de capacitate la trei categorii (capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară, capacitatea tehnică și profesională) și interzic autorității contractante să impună operatorilor economici „alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire”. Un proces-verbal de vizită nu atestă nimic din toate acestea. El dovedește doar că o persoană împuternicită de ofertant s-a deplasat, la o anumită oră, împreună cu reprezentantul autorității contractante.

Mai mult decât atât, cerința nu figurează în anunțul de participare simplificat. Potrivit art. 30 alin. (4) și (6) din Normele metodologice aprobate prin HG nr....5, criteriile de calificare se includ în anunț, iar cele care se regăsesc doar în caietul de sarcini „sunt considerate clauze nescrise”. Autoritatea contractantă nu poate obține prin caietul de sarcini și prin instrucțiunile către ofertanți o condiție de participare pe care nu a putut-o formula legal în anunț.

De asemenea, susține că, dacă, *per absurdum*, cerința ar fi considerată legală, refuzul din... tot nu poate fi menținut. El este un act al autorității contractante, în sensul art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și produce un efect direct: fără procesul-verbal, oferta sa ar fi respinsă ca neconformă, potrivit propriei documentații a autorității contractante.

Aduce argumente referitoare la solicitarea de anulare a refuzului autorității de a-i permite vizitarea amplasamentului.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul ”[SCN1... /...22] CONTESTATIE.pdf”, publicat de autoritate în SEAP la data de..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare simplificat SCN1... /....

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă a comunicat că nu este de acord cu suspendarea procedurii de atribuire și solicită respingerea cererii, deoarece nu sunt îndeplinite condițiile cumulative ale art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: existența unui caz bine justificat și necesitatea prevenirii unei pagube iminente.

Pe fondul cauzei, arată că, prin fișa de date a achiziției (pag. 19 și Nota 4 de la pag. 23) și prin caietul de sarcini (pag. 5-6), vizitarea amplasamentului a fost stabilită ca obligatorie pentru toți ofertanții, cu consecințe clar precizate.

Cerința vizitării amplasamentului a fost publicată la.... Contestatoarea nu a solicitat clarificări și nu a criticat-o înainte de vizită. Dimpotrivă, s-a înscris la vizită, acceptând condițiile. Contestatoarea invocă nelegalitatea cerinței abia după ce nu s-a prezentat la ora stabilită, ceea ce arată că interesul ei nu privește legalitatea documentației, ci acoperirea propriei întârzieri.

Adaugă faptul că cerința are legătură directă cu obiectul contractului.

Contractul este unul de proiectare și execuție. Ofertantul declarat câștigător va elabora el însuși proiectul tehnic pentru rețeaua de alimentare cu apă, pe baza căruia va executa lucrările. Cunoașterea directă a terenului (relief, traseu, accese, condiții locale) este necesară pentru fundamentarea propunerii tehnice și a prețului. Cerința nu este un criteriu de calificare de tipul celor prevăzute de art. 172 din Legea nr. 98/2016, ci o condiție privind modul de elaborare a ofertei, aplicată identic tuturor operatorilor economici, în acord cu principiile tratamentului egal și proporționalității prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.... și decizia CNSC invocate de contestatoare au caracter de recomandare, respectiv de soluție dată într-o speță diferită, și nu au forță obligatorie în prezenta cauză.

Consideră că nu a existat nicio neclaritate privind data vizitei.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost comunicate, prin e-mail, cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr.....

Cu adresa înaintată la Consiliu sub nr...., contestatoarea a depus în original recipisa de consemnare a cauțiunii.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect Servicii de proi*ectare și execuție lucrări în cadrul proiectului „...", cod... Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale* la mare distanță (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr...., data limită de depunere a ofertelor fiind..., ora.... Valoarea estimată a contractului de lucrări este..., fără TVA.

Nemulțumită de impunerea vizitării obligatorie a amplasamentului și de refuzul autorității de a-i permite vizitarea amplasamentului... a

depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de..., conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr...., eliberată de... - Sucursala..., la data de....

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, în termenul legal de la data publicării în SEAP a documentației de atribuire (documentația a fost publicată în SEAP în data de...; contestația a fost transmisă Consiliului și autorității în data de...)... a criticat cerința referitoare la vizitarea obligatorie a amplasamentului.

Cerința se regăsește în fișa de date a achiziției - Instrcuțiuni pentru ofertanți, la cap. IV.... Modul de prezentare al ofertei, fiind formulată astfel: Nota 4: **Potentialii ofertanti sunt obligați să viziteze amplasamentul** pentru a evalua, pe propria raspundere, cheltuiala si risc, datele necesare pregatirii si elaborarii ofertei. Ofertantii interesati sa participe la vizitarea amplasamentului 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 urmare a necunoașterii amplasamentului nu va fi luată în considerare.

De asemenea, cerința a fost prevăzută în caietul de sarcini, astfel: Ofertantul **are obligatia de a vizita amplasamentul lucrarilor** ce urmeaza a fi executate in maxim 3 zile dupa publicarea anuntului de participare, impreuna cu un reprezentant al autoritatii contractante. In urma vizitei autoritatea contractanta va incheia un proces verbal de vizita amplasament. Participantilor la vizita in teren li se va da cate o copie a procesului verbal de vizita in teren, care se va atasa la oferta - sectiunea documente de calificare. Participantii vor avea la vizita in teren actul de identitate (buletin sau carte de identitate) si o imputernicire din partea administratorului/ reprezentantului legal al operatorului economic pentru participarea la vizita in teren si semnarea procesului verbal de vizita in teren. **Lipsa procesului de vizita amplasament duce la declararea ofertei neconforme.**

În ceea ce privește critica contestatoarei cu privire la obligația stabilită de autoritatea contractantă, privind vizitarea amplasamentului și a consecinței de respingere a ofertei pentru lipsa procesului-verbal de vizitare - Consiliul reține că sunt corecte susținerile petentei, în sensul în care vizitarea amplasamentului poate fi, cel mult, o recomandare din partea autorității pentru ca operatorii să poată *evalua, pe propria răspundere, cheltuiala și risc, datele necesare pregătirii și elaborării ofertei*, însă, transformarea acesteia într-o obligație, conduce la restricționarea participării la procedură a operatorilor economici, nefiind identificată vreo prevedere legală care să reglementeze această obligație.

Uzanțele în materia achizițiilor publice interzic și sancționează condiționarea ofertării de vizitarea prealabilă a amplasamentului:

- în... „... IDEN*TIFICATE ÎN CADRUL DOCUMENTAȚIILOR DE ATRIBUIRE AFERENTE CONTRACTELOR DE EXECUTIE DE LUCRARI STANDARD SI DE PROIECTARE SI EXECUTIE LUCRARI ÎN ACTIVITATEA DE CONTROL EX ANTE, ÎNSCRISE IN AVIZELE CONFORM...", disponibil spre consultare la https: //....gov.ro/r*o/wp-content/uploads/2021/12/cele-mai-frecvente-observatii-din-cadrul-avizelor-analiza.._.pdf...:

Baza legală	Abaterea identificată	Masura de remediere dispusă
Art.154-156 Legea 98/ 2016	Cerințele formulate cu privire la modul de întocmire a propunerii tehnice implică aspecte care trebuie corectate.	RECONSIDERAȚI cerința de includere în propunerea tehnică: *„Procesul verbal de vizita amplasament”*, deoarece o astfel de cerință nu se circumscrie prevederilor art. 155-156/Legea nr.98/2016, neprezentarea acestui document nu poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă. REFORMULAȚI, AC poate recomanda vizitarea amplasamentului, fără a condiționa includerea procesului verbal în propunerea tehnică.

- iar în... „... IDEN*TIFICATE ÎN CADRUL DOCUMENTAȚIILOR DE ATRIBUIRE AFERENTE CONTRACTELOR DE FURNIZARE ÎN ACTIVITATEA DE CONTROL EX ANTE, ÎNSCRISE IN AVIZELE CONFORM...”, disponibil spre consultare la https: //....gov.ro/*ro/wp-content/ uploads/2021/10/FURNIZARE-cele-mai-frecvente-neconformitati-din-cadrul-avizelor-analizate-aferente-c.._.pdf...:

Baza legală	Abaterea identificată	Măsura de remediere dispusă
Art. 154 din Legea 98/2016; Art. 20 din HG 395/2016 - Aspect Calitate	Cu privire la precizarea ca *”se solicita vizitarea amplasamentului inainte de licitatie. Acest lucru va fi demonstrat prin prezentarea unui proces verbal”*, intrucat are caracter restrictiv.	Veti reformula solicitarea de vizitare a amplasamentului, in sensul ca **se recomanda** vizitarea acestuia. Aveti in vedere, pe de o parte, ca AC nu are dreptul de a impune cerinte ce pot restrange accesul la procedura de atribuire (prin solicitarea vizitarii restrangeti accesul operatorilor care nu viziteaza amplasamentul), iar pe de alta parte, potrivit art. 154 Legea 98/2016, AC are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire. Cerintele documentatiei de atribuire trebuie sa fie elaborate cu respectarea principiului proportionalitatii, astfel incat, elaborarea ofertei si participarea la procedura de atribuire sa nu conduca la cheltuieli suplimentare, nejustificate pentru ofertanti.

Eliminarea din competiție a ofertanților care nu au efectuat o vizitare prealabilă a amplasamentului în prezența reprezentantului autorității nu poate fi validată, prevalând caracterul facultativ al acestei vizite, pentru a nu fi restricționată participarea operatorilor economici la procedură.

Trebuie, de asemenea, amintit că, potrivit art. 20 alin. (10) din normele metodologice aprobate prin... nr...., caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante, iar art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 stabilește în sarcina autorității contractante obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

În contextul expus, cerința din caietul de sarcini cu privire la vizitarea amplasamentului constituie, în fapt, o regulă prin care autoritatea contractantă obligă operatorii economici să-și dobândească sau, eventual, completeze informațiile necesare pentru elaborarea ofertelor prin vizitarea amplasamentului și nu respectă prevederile legale anterior indicate, fiind de natură, totodată, de a crea discrepanțe între operatorii economici participanți datorită modalității distincte în care ar putea sesiza aceștia diverse detalii ale investiției în timpul vizualizării/vizitării amplasamentului.

Regula stabilită prin prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 20 alin. (10) și (11) din normele metodologice este că autoritatea contractantă elaborează caietul de sarcini în care descrie, prin intermediul specificațiilor tehnice, serviciile și lucrările care îi sunt necesare, astfel încât, în baza acestor descrieri, operatorii economici participanți să-și poată elabora ofertele, iar membrii comisiei de evaluare să poată verifica conformitatea ofertelor depuse prin compararea acestora

cu specificațiile din caietul de sarcini, după cum dispun prevederile art. 1... alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016.

Rezultă că specificațiile din caietul de sarcini au rol dublu, atât de informare a operatorilor economici cu privire la necesitatea autorității contractante (sens în care prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 dispun în sensul informării complete, corecte și precise cu privire la toate aspectele aferente procedurii), cât și de etalon, la îndemâna comisiei de evaluare, pentru a verifica dacă ofertele depuse respectă cerințele și regulile stabile de către autoritatea contractantă și acceptate de operatorii economici prin depunerea ofertelor.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut *„(...) pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse **aceloraşi condiții pentru toți ofertanții**. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze **absența riscului** de favoritism și **de arbitrar din partea autorității contractante.** Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți **să le înțeleagă conținutul exact** și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, **să permită autorității contractante să verifice efectiv** dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”*.

În plus, astfel cum rezultă din parcurgerea documentelor atașate anunțului de participare simplificat, autoritatea contractantă a pus la dispoziția operatorilor economici studiu de fezabilitate (parte scrisă și parte desenată) rezultând, așadar, că operatorii economici se află în posesia informațiilor pentru elaborarea ofertei, rămânând la latitudinea lor, prin aplicarea principiului asumării răspunderii, dacă aleg să își completeze eventual informațiile cu date rezultate din vizitarea amplasamentului.

Prin urmare, studierea amplasamentului poate constitui cel mult o opțiune a ofertanților, pentru a confirma informațiile din documentația de atribuire sau pentru a sesiza anumite neclarități, conform art. 160 din Legea nr. 98/2016, însă, acest drept/opțiune a operatorilor economici nu poate fi transformat în obligație, fără încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal, fără restricționarea concurenței pe motive geografice/logistice și fără a crea oportunitatea autorității contractante de a adopta decizii subiective cu privire la ofertele depuse.

Potrivit jurisprudenței comunitare anterior iterată, evaluarea ofertelor trebuie să fie predictibilă, astfel încât ofertanții să fie în deplină cunoștință de modalitatea în care va verifica autoritatea contractantă ofertele depuse, deziderat incompatibil cu regula privind obligația studierii amplasamentului, ca și condiție de admisibilitate.

Se constată, în ambianța celor de mai sus, caracterul întemeiat al criticilor contestatoarei în referire la impunerea obligației de vizitare a

amplasamentului cu consecința respingerii ca neconforme a ofertelor care nu prezintă procesul-verbal de vizitare.

Dincolo de cele deja reliefate și care nu justifică impunerea în documentație a cerinței amintite, în partea a doua a contestației, operatorul economic prezintă situația ivită ca urmare a prezentării sale cu întârziere la vizitarea amplasamentului.

Autoritatea contractantă a invocat faptul că reluarea vizitei cu un operator care nu a respectat programul stabilit ar fi acordat acestuia un avantaj nejustificat față de ceilalți operatori. Or, câtă vreme vizita urma să aibă loc anterior datei limită de depunere a ofertelor nu exista vreun motiv pentru care să fie refuzat accesul la amplasament. Informațiile pe care contestatoarea urma să le aibă în vedere în evaluare ar fi rezultat dintr-o acțiune anterioară datei limită de depunere a ofertelor și, în plus, nu a fost indicat în concret care ar fi fost informațiile suplimentare pe care le-ar fi obținut contestatoarea. Un așa-zis avantaj nu rezultă din vizitarea amplasamentului cu o oră sau două mai târziu decât ora stabilită, cu atât mai mult cu cât, cum s-a arătat, este în discuție o cerință care ar trebui să se regăsească cu titlu de *recomandare* în documentație, nu cu titlu obligatoriu.

Față de cele de mai sus, Consiliul concluzionează asupra necesității eliminării din documentație a obligației vizitării amplasamentului cu consecința respingerii ofertei pentru lipsa în ofertă a procesului-verbal de vizitare.

Dat fiind că procedura nu a fost suspendată de autoritatea contractantă și, la data limită de depunere a ofertelor (..., ora 15:...), potrivit informațiilor din... de..., au fost depuse ofertele, singura măsură care poate fi dispusă pentru respectarea principiilor transparenței și tratamentului egal, este anularea procedurii.

Faptul că operatorul economic contestator a depus ofertă în cadrul procedurii nu înseamnă că poate fi continuată procedura, câtă vreme, după cum acesta a arătat, ofertele au fost prezentate în baza unei documentații cuprinzând cerințe nelegale.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite, în parte, contestația și va anula procedura simplificată organizată de... pentru atribuirea contractului de Servicii de proie*ctare și execuție lucrări în cadrul proiectului „Alimentare cu apă în satul.....”.*

Urmare soluționării contestației, va fi respinsă, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației.

Va fi respinsă cererea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, nefiind depuse dovezi 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 (7) 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, în parte, contestația formulată de..., în contradictoriu cu..., și anulează procedura simplificată organizată pentru atribuirea contractului de Servicii de proiectare și ex*ecuție lucrări în cadrul proiectului „Alimentare cu apă în satul.....”.*

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației.

Respinge cererea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘ**EDINTE,**	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**
	...	**...**