C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 43763/24.10.2018, formulată de SC ... SRL, cu sediul în …, având CUI …, număr de înregistrare în Registrul Comerțului …, reprezentată convențional prin … cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în …, privind procedura de licitație deschisă online, organizată de ..., cu sediul în …, în vederea atribuirii contractului de …, cod CPV …, contestatoarea a solicitat anularea în tot a deciziei nr. 2324/19.10.2018 de anulare a procedurii și a comunicării nr. 2328/19.10.2018, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii conform anunțului de participare, raportat la data de valabilitate a ofertei și la data limită de evaluare a calificării tehnice și financiare.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL atacă decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, prin anunțul de participare nr. CN1002867/02.08.2018, s-au menționat datele procedurii de licitație deschisă:

- Depunere ofertă - 04.09.2018, ora 15:00

- Valabilitate ofertă - 04.12.2018, ora 00:00
- Evaluarea calificare/tehnică: data limită 05.11.2018, ora 18:00
- Dată finalizare: 13.09.2018, ora 18:42
- Evaluare financiară: data limită 05.11.2018, ora 18:00

Contestatoarea subliniază că a solicitat anumite clarificări referitoare la perioada de valabilitate a ofertei și perioada de desfășurare a evenimentelor, fiind citate întrebările adresate și răspunsurile primate.

Arată că i s-au solicitat mai multe clarificări, la care a răspuns cu adrese și acte doveditoare, ultima datând din 01.10.2018, prin care i s-a pus în vedere să fundamenteze economic modul de formare a prețului, având în vedere că propunerea financiară depusă reprezenta 63,28% din valoarea estimată, fiind considerată ca având un preț neobișnuit de scăzut. În termenul stabilit de autoritatea contractantă contestatoarea și-a îndeplinit toate obligațiile arătând că propunerea sa financiară are caracter real și serios, este competitivă și de natură a asigura îndeplinirea contractului de achiziție publică cu respectarea caietului de sarcini și a cerințelor documentației de atribuire.

Deși se aștepta declararea ofertantului câștigător, la data de 18.10.2018, s-a comunicat anularea procedurii invocându-se următoarele: *din eroare organizatorul licitației nu a anticipat condiții de organizare și management al … ca instituție finanțatoare, ne aflăm în situația în care, la data de 20.10.2018, acest contract este în imposibilitate de a fi semnat*.

Invocând prevederile art. 211, 212 și 213 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea subliniază că, din nicio prevedere legală, nu rezultă posibilitatea autorității contractante de a invoca o eroare în întocmirea caietului de sarcini și stabilirea termenelor de derulare a etapelor procedurii, ceea ce este în total acord cu principiul de drept potrivit căruia, "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*"- nimeni nu-și poate invoca propria culpă.

Autoritatea contractantă a extins efectele legii în beneficiul său, adăugând la lege, dând o interpretare proprie legii, în vederea creării unui aparent motiv justificativ de anulare a procedurii.

De altfel, imposibilitatea de încheiere a contractului nu se datorează încălcării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2), condițiile climaterice neputând fi obiect al principiului nediscriminării, tratamentului egal, recunoașterii reciproce, transparenței, proporționalității sau asumării răspunderii.

SC ... SRL apreciază că amalgamul de texte legale invocate conduc la dovedirea relei credințe a autorității contractante și a unui abuz de drept, ceea ce nu poate fi sancționat prin anularea deciziei 2324/19.10.2018.

Contestatoarea apreciază că această "eroare" nu a fost decât o aparentă cauză de anulare, urmărindu-se practic ca doar un anumit ofertant să fie cel declarat câștigător. Aceasta rezultă din modul în care s-a derulat procedura de evaluare și clarificări, din intenția autorității

declarată la data de 22.08.2018, prin care se menționa că s-a luat în calcul perioada necesară atât pentru analiza și evaluarea ofertelor, cât și pentru rezolvarea eventualelor contestații.

Motivul referitor la imposibilitatea de desfășurare în intervalul orar și calendaristic din cauza lipsei luminii diurne și a condițiilor climaterice nu poate fi considerat unul pertinent, întrucât acesta a fost invocat numai după comunicarea clarificărilor solicitate contestatoarei, în urma cărora nu a putut fi descalificată.

Astfel, încă din data de 04.09.2018, data deschiderii documentelor ofertanților s-a știut că nu se poate respecta perioada indicată în contract, respectiv septembrie-octombrie 2018, mai mult decât atât ultimele clarificări au fost solicitate la data de 01.10.2018 termenul de răspuns fiind de 04.10.2018.

Încălcarea perioadei de derulare a contractului a fost avută în vedere încă de la început, termenul de valabilitate al ofertelor fiind stabilit până la data de 04.12.2018, în raport de acesta fiind stabilite și datele limită pentru evaluarea ofertelor, respectiv 05.11.2018, ora 18:00, date în raport de care contestatoarea înțelege să invoce excepția prematurității anulării procedurii, termenul limită nefiind depășit. Cu alte cuvinte, nu a mai existat un motiv obiectiv de nedeclarare a câștigătorului și neîncheierea contractului până în termenul limită, întrucât de la data de 04.10.2018 și până la 05.11.2018 exista timpul necesar atât pentru evaluarea finală, cât și pentru semnarea contractului.

Contestatoarea apreciază că răzgândirea pe parcurs a autorității contractante, pe considerentul că „nu mai sunt asigurate condițiile climaterice" nu se înscrie în rândul motivelor recunoscute de legiuitor pentru anularea unei achiziții, în plus, îi vatămă in mod direct pe operatorii economici implicați în procedură.

Prin adresa nr. 2422/29.10.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 44549/29.10.2018, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

După ce face un amplu istoric al modului de derulare a procedurii, autoritatea contractantă apreciază că cerințele caietului de sarcini au fost clare, dovada stând în faptul că un singur operator economic (contestatoarea) a "ridicat o serie de probleme".

Referitor la așa-zisele neconcordanțe dintre termenele de valabilitate și evaluare ale ofertei, stabilite prin anunțul de participare și perioada de desfășurare a evenimentului, autoritatea contractantă, după ce reamintește răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. 1796/ 22.08.2018, își exprimă nedumerirea că, în continuare, contestatoarea face referire la niște termene estimative, și nu la prevederile documentației de atribuire, respectiv ale caietului de sarcini și modelul de contract, publicate și asumate prin depunerea ofertei.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că, dacă mențiunile din cadrul adresei nr. 1796/22.08.2018, invocată de contestatoare, erau contradictorii și nu erau satisfăcătoare, orice operator economic putea să se prevaleze de drepturile oferite de Legea nr. 101/2018 și să conteste înainte de deschiderea ofertelor, în termenul prevăzut de actul menționat.

Prin depunerea contestației, este contestat însuși răspunsul din adresa nr. 1796/22.08.2018, ceea ce poate fi considerat tardiv, conform prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

... apreciază că alegațiile referitoare la "eroarea" invocată sunt nesemnificative, deoarece, în Decizia nr. 2324/19.10.2018 se menționează că "*din eroare organizatorul licitației nu a anticipat condiții de organizare și management al …, ca instituție finanțatoare, ne aflăm în situația în care, la data de 20.10.2018, acest contract este în imposibilitate de a fi semnat.*", deoarece în data de 12.09.2018 a fost numit un nou Director al …, iar în urma numirii au intervenit modificări în organizarea activității acestuia, fapt ce a dus la prelungirea cu câteva zile a perioadei de evaluare.

Autoritatea contractantă nu înțelege enumerarea tuturor articolelor prevăzute de legislația in vigoare referitoare la modalitatea de finalizare a procedurii, atât timp cât conform Deciziei Directorului nr. 2324/ 19.10.2018 și a actelor subsecvente acesteia, procedura a fost anulată în baza prevederilor art. 212, alin. (1) lit. c) teza a II-a, cu modificările și completările ulterioare, fiind *"imposibilă încheierea contractului"* și consideră jignitoare precizările contestatoarei potrivit cărora "autoritatea a extins efectele legii în beneficiul său, adăugând la lege, dând o interpretare proprie legii, în vederea creării unui aparent motiv justificativ de anulare."

Conform calendarului de desfășurare a procedurii, comisia de evaluare a făcut tot posibilul de a nu anula procedura, așa cum se insinuează, însă, pe parcursul derulării procesului de evaluare a survenit, de mai multe ori, necesitatea solicitărilor de clarificări, tocmai pentru a nu respinge ofertele, însă, din cauza multor evenimente care s-au desfășurat în același timp la …, nu a fost posibilă întrunirea întregii comisii în vederea evaluării ofertelor.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că *"s-a mai așteptat până în data de 19.10.2018"* pentru a fi anulată procedura tocmai pentru ca, așa cum a precizat și anterior, pe parcurs, s-a încercat găsirea unor soluții viabile prin care să se poată desfășura spectacolele, fără modificarea specificațiilor caietului de sarcini, având în vedere faptul că, cele 8 concerte trebuiau a se desfășura în aer liber, spectatorii urmând a sta pe scaune (în cazul concertelor de muzică clasică), iar în cazul unor condiții climaterice nefavorabile ar fi fost necesare echipamente tehnice suplimentare celor prevăzute în caietul de sarcini, ceea ce ar fi dus la modificarea ofertei.

Autoritatea contractantă opinează că obligarea sa la continuarea procedurii, respectiv organizarea evenimentului care face obiectul procedurii de referință, duce, cum a precizat mai sus, la modificarea cerințelor caietului de sarcini, prin suplimentarea echipamentelor tehnice, ceea ce ar duce la denaturarea ofertei, deoarece, atât caietul de sarcini cât și valoarea estimată a contractului au fost făcute fără luarea în considerare a acestora.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării contestației au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 44549/29.10.2018.

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

... a inițiat procedura de licitație deschisă online pentru atribuirea contractului de …, cod CPV …, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului este de … lei, fără TVA, criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-preț, iar data limită de depunere a ofertelor a fost ...

SC ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Societatea contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de 14.513,20 lei, conform prevederilor art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 205004704/1, constituită la CEC Bank SA, Sucursala ...

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, potrivit caietului de sarcini, perioada de desfășurare a … a fost stabilită pentru lunile septembrie-octombrie 2018, timp de 4 săptămâni consecutive, în zilele de sâmbătă și duminică, între orele 18:00-20:00.

În cadrul adresei nr. 1796/22.08.2018, de răspuns la solicitările de clarificări ale unui operator economic, la întrebarea 4: *Pe SICAP este menționat termenul de valabilitate al ofertei, 04.12.2018, și cel de evaluare clarificare/ tehnică este de 05.11.2018. De asemenea, evaluarea financiară are termen 05.11.2018. Cele 8 concerte se vor desfășura pe parcursul a 4 weekend-uri în perioada septembrie-octombrie. Nerespectarea perioadei pe care deja am precontractat-o cu artiștii ne poate crea o situație de plată daune-interese. În această situație, vă rugăm să faceți o clarificare la cele menționate mai sus.*, răspunsul autorității contractante a fost: *Perioada de valabilitate a ofertei, respectiv cea de evaluare a acesteia, a fost stabilită acoperitor având în vedere prevederile art. 124 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit căreia "perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzute în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului cadru." Pentru aceasta au fost luate în considerare "estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificarea acestor activități precum și perioada legală prevăzută pentru eventualele contestații" conform art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016. De asemenea, având în vedere prevederile art. 214 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 "autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare într-un termen care să nu depășească perioada de valabilitate a ofertelor stabilită prin documentele achiziției.* ***Concertele se vor desfășura conform perioadei menționate în caietul de sarcini, respectiv septembrie-octombrie****".*

Se observă, așadar, atât din caietul de sarcini, cât și din răspunsul la clarificări, invocat și de contestatoare, că perioada pentru desfășurarea evenimentelor pentru a căror organizare a fost inițiată procedura a fost clar stabilită, respectiv septembrie-octombrie, nefiind modificată prin răspunsurile la clarificări.

Prin adresa nr. 2328/19.10.2018, societatea contestoare a fost informată că procedura a fost anulată, având în vedere următoarele aspecte:

- *scopul urmărit de proiect, așa cum rezultă din cuprinsul caietului de sarcini prevedea oferirea către toți cetățenii Sectorului 1 a unor reale alternative de petrecere a timpului liber, în spații deschise, prin audirea unor spectacole muzicale de calitate pe parcursul a 4 (patru) săptămâni consecutive în zilele de sâmbătă și duminică în intervalul orar 18:00-20:00. Această activitate cu scop de recreere a fost prevăzută a se desfășura în intervalul orar și calendaristic pentru următoarele considerente: lumina diurnă și condițiile climaterice.*
- *din eroare organizatorul licitației nu a anticipat condiții de organizare și management al Centrului Cultural Sector 1 ca instituție finanțatoare, ne aflăm în situația în care, la data de 20.10.2018, acest contract este în imposibilitate de a fi semnat*.
- *chiar și în situația în care, în cursul intervalului următor de timp, se va stabili participantul câștigător al licitației se va redacta procesul-verbal de atribuire a contractului, cât și semnarea contractului, toate aceste activități, nu vor fi de natură să asigure cadrul legal și tehnic de desfășurare în bune condiții a evenimentului.*

Analizând motivele de anulare a procedurii, astfel cum au fost comunicate contestatoarei, Consiliul constată că acestea sunt corect fundamentate, încheierea contractului la momentul luării deciziei de anulare a procedurii neputându-se realiza, având în vedere perioada de desfășurare a evenimentelor pentru care s-a realizat achiziția.

Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să încheie un contract pentru evenimente cu perioadă de desfășurare depășită, neavând relevanță în această privință faptul că perioada de valabilitate a ofertei este mai mare decât perioada în care ar fi trebuit să se desfășoare evenimentele.

Nu poate fi încheiat un contract în luna noiembrie pentru desfășurarea unor evenimente în lunile următoare, în perioada de valabilitate a ofertei, câtă vreme caietul de sarcini prevedea în mod expres o altă perioadă de desfășurare și alte condiții climaterice și de spațiu (spații deschise).

O modificare a obiectului documentației de atribuire ar conduce la încălcarea principiilor transparenței și tratamentului egal, câtă vreme eventualele modificări ale perioadei de desfășurare a evenimentelor nu au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici.

Imposibilitatea încheierii contractului este evidentă, date fiind informațiile cuprinse în documentația de atribuire, fiind deplin aplicabile

dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) *Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau* ***dacă este imposibilă încheierea contractului***.

Cererea petentei de continuare a procedurii și desemnare a câștigătorului, pe motiv că perioada de valabilitate a ofertei nu a expirat, nu își găsește nicio justificare, ținând seama de obiectul contractului, respectiv evenimentele care urmau a fi desfășurate și condițiile aferente desfășurării.

Aspectele invocate de autoarea contestației că s-a urmărit încheierea contractului cu un anumit operator economic, însă, pe motiv că oferta sa nu a putut fi respinsă, astfel încât respectivul operator economic să câștige contractul, s-a decis anularea procedurii, separat de faptul că nu au fost probate, nu pot determina luarea unei măsuri de continuare a procedurii, în raport de cele constatate.

Astfel fiind, față de cele de mai sus, neputând fi obligată achizitoarea la continuarea unei proceduri pentru organizarea unor evenimente care trebuiau să aibă loc într-o perioadă anterioară, Consiliul va respinge ca nefondată contestația.

Respingerea contestației nu împiedică solicitarea de către contestatoare, la instanțele de judecată, de despăgubiri determinate de luarea de către autoritatea contractantă a deciziei de anulare a procedurii, dacă apreciază că această decizie i-a cauzat prejudicii.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., și menține decizia de anulare a procedurii.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în patru exemplare, conţine opt pagini.