

DECIZIE
BO2010_0949
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/05.02.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■/05.02.2010, depusă de asocieria formată din SC ■ SA, cu sediul în ■, CUI ■, și SC ■ SA, cu sediul în ■, CUI ■, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de lucrări de reparații generale și de renovare, inclusiv proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice, coduri CPV 45453000-7 și 71322000-1, cu data de deschidere a ofertelor 05.10.2009, organizată de Spitalul ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea adresei nr. ■/02.02.2010 de comunicare a deciziei de anulare a procedurii de atribuire, precum și obligarea autorității la reevaluarea ofertelor și stabilirea unui nou clasament, în acord cu prevederile legale și criteriile asumate.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În baza art. 278 al. 5 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația asocierii SC ■ SA - SC ■ SA nr. ■/05.02.2010, în contradictoriu cu Spitalul ■.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 3 din OUG 34/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 al. 1 din OUG 34/2006, să soluționeze contestația de față, prin care asocieria ofertantă SC ■ SA - SC ■ SA reclamă decizia de anulare a procedurii de atribuire, comunicată prin adresa nr. ■/02.02.2010, anulare întemeiată în drept pe dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG 34/2006, motivele de fapt fiind:

- nota intermediară a "UCVAP" nr. ■/18.12.2009, în care se recomandă anularea procedurii, pentru imposibilitatea comparării ofertelor;

- inexistența fondurilor bugetare necesare pentru anul 2010.

Petenta face o expunere a contestațiilor anterioare depuse la procedură, precum și a deciziilor pronunțate de consiliu în soluționarea lor. Întrucât autoritatea contractantă insistă în a refuza

atribuirea contractului către asocierea contestatoare, căutând motive de a anula procedura, s-a văzut nevoită să formuleze o a patra contestație, cea din cauză.

Conform art. 209 al. 1 lit. d din ordonanță: *Prin excepție de la prevederile art. 204, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, dacă ia această decizie, de regulă, înainte de data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii de atribuire și, oricum, înainte de data încheierii contractului, numai în următoarele cazuri: [...] d) abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului.*

În adresa nr. ■/02.02.2010 autoritatea contractantă nu indică împrejurările care au condus la incidența textului legal invocat, respectiv care sunt "abaterile grave de la prevederile legislative" care împiedică operațiunea de comparare a ofertelor (imposibilitatea de comparare a ofertelor, astfel cum "recomandă" UCVAP). Pe de o parte, acest argument a fost înlăturat prin ultima decizie a consiliului, iar pe de altă parte, nota intermediară a UCVAP nu este opozabilă contestatoarei, nefiindu-i comunicată. De altfel, nota intermediară nu poate produce efecte peste ceea ce a statuat consiliul în decizia nr. ■/14.01.2010, UCVAP neavând atribuții jurisdicționale.

Autoritatea este la a patra sesiune de evaluări în speță, la precedentele două sesiuni de evaluare ofertele fiind comparabile, declarându-se de fiecare dată câștigătoare aceeași ofertă.

În ceea ce privește al doilea motiv de anulare a procedurii, respectiv returnarea fondurilor alocate pentru 2009 și inexistența fondurilor bugetare pentru 2010, se aduc următoarele precizări:

Anunțul de participare la licitație a fost publicat la 17.09.2009, ședința de deschidere a ofertelor având loc la 05.10.2009. Procedura are ca obiect încheierea unui acord-cadru pe o perioadă de trei ani. În aceste condiții, chiar și în ipoteza în care licitația nu ar fi fost contestată și contractul ar fi fost atribuit către SC ■ SRL, lucrarea tot n-ar fi putut fi finalizată până la sfârșitul lui 2009, aceasta fiind destinată unui acord-cadru de trei ani. Motivarea autorității contractante în sensul neutilizării fondurilor bugetare alocate anului 2009 și obligația restituirii acestora apare ca irelevantă, câtă vreme licitația a fost organizată abia la sfârșitul anului 2009.

În ceea ce privește nealocarea resurselor bugetare pentru 2010, "pe de o parte, la data evaluării ofertelor depuse la licitației Legea bugetului de stat pe anul 2010 a fost publicată în Monitorul Oficial în 27.01.2010, astfel încât existența sau inexistența alocațiilor bugetare nu era încă o certitudine". Pe de altă parte, răspunderea asigurării resurselor financiare necesare derulării proiectului revine în totalitate autorității contractante. Odată angajată în procedura de achiziție publică, oferta de contractare

obligă autoritatea contractantă, în același mod în care depunerea ofertei de participare la licitației obligă în egală măsură ofertanții.

A interpreta altfel prevederile referitoare la achiziții publice înseamnă a lăsa încheierea sau nu a contractului la latitudinea uneia din părțile contractante, fapt ce încalcă flagrant atât regulile dreptului comun, cât și principiile care stau la baza procedurilor de achiziție publică.

Pentru a deveni operant ca și motiv de anulare a procedurii, faptul invocat de autoritate contractantă trebuie să aibă un caracter de abatere de la prevederile legislative, în mod obiectiv și imposibil de remediat. Situația în cauză reprezintă un abuz de putere din partea autorității, care afirmă că nu a mai solicitat fonduri bugetare pentru lucrarea ofertată și că nici nu are de gând să solicite, în contextul stabilit de deciziile consiliului.

Inexistența fondurilor bugetare la acest moment nu implică inexistența fondurilor bugetare pe întreaga perioadă supusă acordului-cadru, astfel încât această împrejurare nu poate sta la baza deciziei de anulare a licitației, câtă vreme nu există niciun motiv care să constituie "abatere gravă de la prevederile legislative", cum cere textul de lege invocat.

În punctul său de vedere nr. ■/11.02.2010 asupra contestației, autoritatea contractantă arată că, în urma ultimei decizii a consiliului, la 29.01.2010 s-a întrunit comisia de evaluare a ofertelor, care a procedat la reevaluarea ofertelor, constatând următoarele:

1. În cadrul documentației de atribuire nu se regăsește un punct de referință în raport cu care să fie apreciată conformitatea sau neconformitatea ofertelor, fiind stabilită doar o valoare minimă și o valoare maximă a lucrărilor ce se anticipează a fi executate și o listă de cantități minime și maxime de lucrări. În cadrul documentației de atribuire nu există un preț unitar estimat – preț de referință, stabilit pentru fiecare articol de lucrări, pe baza căruia să poată fi făcută evaluarea și departajarea ofertelor.

În aceste condiții, autoritatea contractantă nu poate compara cu obiectivitate ofertele financiare depuse de operatorii economici participanți la procedură, care să conducă la atribuirea contractului de achiziție publică cu respectarea întocmai a criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut", iar folosirea altor criterii de departajare ar fi contrară prevederilor art. 197 din OUG 34/2006. Având în vedere că documentația de atribuire nu conține aceste elemente, comisia de evaluare a stabilit că adoptarea unor măsuri corective în această etapă a procedurii nu poate avea loc, deoarece ar determina încălcarea principiilor de la art. 2 alin. (2) din ordonanță.

2. S-a analizat dacă mai sunt îndeplinite condițiile care au făcut posibilă demararea procedurii de achiziție publică, precum și dacă aceasta mai poate continua. Astfel, la momentul demarării procedurii de achiziție publică, în fila de buget a autorității contractante pe anul 2009, exista prevăzută finanțarea unei părți a

lucrărilor până la 31.12.2009. Întrucât până la sfârșitul anului 2009 procedura de atribuire nu a fost finalizată, sumele de bani care au avut această destinație au fost returnate Ministerului Sănătății, iar în bugetul alocat pe 2010 nu mai există alocată finanțare care să aibă această destinație.

Datorită acestor constatări, luând în considerare și recomandările transmise de UCVAP prin nota intermediară nr. ■/18.12.2009, comisia de evaluare a decis că se impune anularea procedurii.

Dovada inexistenței fondurilor o constituie extrasul de cont din luna decembrie 2009, când s-a restituit suma Ministerului Sănătății, în temeiul Legii 500/2002, potrivit căreia sumele neutilizate pentru reparații capitale până la finele anului se restituie ordonatorului principal de credite.

Contestatoarea acuză autoritatea de lipsa de interes cu privire la solicitarea de fonduri pentru anul 2010, care să aibă această destinație, or prin proiectul planului de achiziție publică întocmit la finele anului 2009, lucrările de reparații au fost incluse, dar după aprobarea bugetului pe trimestrul I 2010, aceste lucrări au fost excluse din planul de achiziție aprobat, întrucât nu există finanțare. Lucrările de reparații capitale și de renovare la clădiri se execută din fonduri alocate de la bugetul de stat, prin bugetul Ministerului Sănătății, fiind interzisă executarea acestor lucrări din venituri proprii realizate ca urmare a contractului de furnizare de servicii medicale încheiat cu "CJAS ■".

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, consiliul reține că autoritatea contractantă Spitalul ■ a inițiat, prin publicarea anunțului de participare nr. ■/17.09.2009, o licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de lucrări de reparații generale și de renovare, inclusiv proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice, pe 36 de luni, a cărui valoare estimată anunțată de autoritate este între 1.300.000 și 19.704.200 lei, fără TVA.

Prețurile celor trei oferte primite la licitație sunt următoarele:

- SC ■ SRL 129.316,26 lei;
- SC ■ SA (în asociere) 212.968,87 lei;
- SC ■ SA 349.784,63 lei.

Procedura de atribuire a fost contestată de mai multe ori, iar în urma deciziei consiliului de soluționare a ultimei contestații, autoritatea contractantă a procedat la reevaluare ofertelor, hotărând anularea licitației, aspect adus la cunoștința ofertanților prin adresa nr. ■/02.02.2010 de comunicare a rezultatului procedurii, care a determinat demersul de față al contestatoarei.

Ca aspect preliminar, în niciuna dintre precedentele decizii ale consiliului, acesta nu a impus autorității contractante să declare câștigătoare o anumită ofertă și să încheie acordul-cadru. Dimpotrivă, prin decizia nr. ■/14.01.2010, consiliul a admis posibilitatea anulării de către autoritate a procedurii, dacă sunt

Întrunite prescripțiile legale, elocventă fiind următoarea frază din considerentele deciziei: *"Pe de altă parte, dacă autoritatea contractantă nu mai dispune de fondurile necesare executării contractului, soluția anulării procedurii trebuia să se întemeieze pe normele art. 209 alin. (1) lit. d) teza a II-a din ordonanță, respectiv este imposibilă încheierea contractului, iar nu pe cele ale art. 209 alin. (1) lit. c)."*

Relativ la motivele care au condus la anularea procedurii de față, consiliu constată că ele sunt întemeiate.

Autoritatea contractantă a ales drept criteriu de atribuire a contractului "prețul cel mai scăzut" - pct. VII.1 din fișa de date a achiziției. Potrivit acestui criteriu, dacă este admisibilă, oferta contestatoarei s-ar clasa pe locul II (212.968,87 lei), după cea a SC ■ SRL, al cărei preț este de 129.316,26 lei, pe locul III fiind oferta SC ■ SA - 349.784,63 lei.

Prin prisma valorii acordului-cadru de lucrări estimate și anunțate de autoritatea contractantă - între 1.300.000 și 19.704.200 lei - se observă că niciuna dintre oferte nu se apropie de valorile date de autoritate. Pe de altă parte, nici între ele prețurile ofertelor nu sunt apropiate, diferențele fiind substanțiale.

Prin rapoartele inițiale ale procedurii autoritatea a declarat câștigătoare oferta SC ■ SRL, cu prețul de 129.316,26 lei, fără TVA, deci cu o valoare de zece ori mai mică decât cea minimă estimată de autoritate (1.300.000 lei). Autoritatea a luat în considerare prețurile ofertelor cuprinse în lista de cantități unitare de articole de lucrări (pentru o singură unitate de măsură aferentă fiecărui articol de lucrări), respectiv anexa nr. 1. Însă, la procedură, li s-a pus la dispoziție ofertanților și o listă de cantități maxime de lucrări (anexa nr. 4), iar din analiza prețurilor în baza acesteia, cerute de autoritate ofertanților prin adresa nr. ■/06.10.2009, se constată că firma care avea cel mai scăzut preț unitar al ofertei, declarată câștigătoare, avea în același timp cel mai mare preț al ofertei socotit la cantitățile maxime, după cum urmează:

- SC ■ SRL 2.309.414,38 lei;
- SC ■ SA 2.246.104,30 lei;
- SC ■ SA (în asociere) 1.551.860,69 lei.

Deci, din prisma cantităților maxime, SC ■ SRL nu mai avea prețul cel mai scăzut, ci dimpotrivă, cel mai ridicat.

În atari condiții, corect a sesizat observatorul desemnat din cadrul Compartimentului de Verificare a Achizițiilor Publice - Direcția Generală a Finanțelor Publice ■, în nota intermediară nr. ■/18.12.2009, că autoritatea contractantă nu asigură respectarea principiului eficienței utilizării a fondurilor publice. Este corect și exemplul dat de observator: "Pentru îndeplinirea unui contract am nevoie de produsul X (cantitate maximă 5 bucăți) și de produsul Y (cantitate maximă 15 bucăți). Ofertantul A propune 4 lei pentru produsul X și 6 lei pentru produsul Y (suma prețuri unitare - 10 lei), iar ofertantul B propune 2 lei pentru produsul X și 7 lei pentru

produsul Y (suma prețuri unitare - 9 lei). Înmulțind prețurile unitare cu cantitățile maxime, rezultă că prețul cel mai scăzut la care s-ar îndeplini contractul este cel propus de ofertantul A (110 lei), și nu de ofertantul B (115 lei)."

Potrivit art. 2 al. 1 lit. d și al. 2 lit. f, unul dintre scopurile OUG 34/2006, respectiv principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, constă în asigurarea eficienței utilizării fondurilor. În același sens, la art. 2 al. 2 din HG 925/2006, se prevede că, "în cazul contractelor a căror atribuire nu intră sub incidența prevederilor ordonanței de urgență, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o utilizare eficientă a fondurilor în procesul de atribuire [...]."

În contextul dat, prin stabilirea unei ofertei câștigătoare pe baza listei prețurilor unitare, astfel cum a prevăzut în fișa de date a achiziției, autoritatea ar încălca flagrant principiul legal al eficienței utilizării fondurilor publice. De altminteri, raportarea la lista cu prețuri unitare (anexa nr. 1 sau formularul 13) nici nu este în avantajul autorității, interesată cu precădere de diminuarea cheltuirii fondurilor publice, știut fiind că, bunăoară, potrivit art. 29 al. 1 lit. e din Legea 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, republicată, aceasta controlează inclusiv economicitatea, eficacitatea și eficiența utilizării fondurilor publice.

Art. 209 al. 1 lit. d din ordonanță dispune că autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire, respectiv dacă în cadrul documentației de atribuire și/sau în modul de aplicare a procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni care au ca efect încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 și autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă, la rândul lor, la încălcarea principiilor evocate.

În speța de față este de netăgăduit că, prin stabilirea în documentația de atribuire (pag. 16 din fișa de date) că evaluarea se va realiza pe baza prețurilor unitare (anexa nr. 1 sau formularul 13) autoritatea încălcă principiul legal al eficienței utilizării a fondurilor publice. Văzând că autoritatea contractantă a săvârșit erori grave în cadrul documentației de atribuire, care se răsfrâng în modul de aplicare a procedurii de atribuire, consiliul constată că procedurii îi devin aplicabile normele art. 209 al. 1 lit. d, coroborat cu al. 2, din ordonanță, care determină anularea ei, astfel încât măsura luată de autoritatea contractantă este una legală și temeinică. Întrucât nu era posibilă remedierea și continuarea procedurii în prezența erorii amintite mai sus, se impunea anularea procedurii, după cum judicios a propus observatorul desemnat din cadrul Compartimentului de Verificare a Achizițiilor Publice - Direcția Generală a Finanțelor Publice ■ și a hotărât autoritatea contractantă.

Cu privire la motivul secund care a condus la anularea procedurii, acela al lipsei fondurilor, se reține că și acesta este întemeiat. Astfel, această procedură a fost inițiată de autoritatea contractantă la 09.09.2009, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 1. Sursa de finanțare a achiziției o reprezenta fondurile repartizate spitalului de către ordonatorul superior de credite - Ministerul Sănătății -, după cum se indică la pct. III.1.2 din anunț și pct. I.d din fișa de date a achiziției.

Conform celor declarate de managerul și consilierul juridic ai autorității contractante *"întrucât, până la sfârșitul anului 2009, procedura de atribuire nu a fost finalizată, sumele de bani care au avut această destinație au fost returnate Ministerului Sănătății, iar în bugetul alocat pe 2010, nu mai există alocată finanțare care să aibă această destinație"*. Până la înscrierea ei în fals, această declarație a persoanelor semnatare reprezentante ale autorității se bucură de prezumția de veridicitate și valabilitate.

De bună seamă că, în situația în care fondurile necesare achiziției lipsesc, nu este posibilă semnarea unui contract de achiziție și, astfel, angajarea legală a unui credit bugetar.

Conform art. 4 și 61 din Legea 500/2002 privind finanțele publice:

- legea bugetară anuală prevede și autorizează, pentru anul bugetar, veniturile și cheltuielile bugetare, precum și reglementări specifice exercițiului bugetar;

- sumele aprobate, la partea de cheltuieli [...] în cadrul cărora se angajează, se ordonânțează și se efectuează plăți, reprezintă limite maxime care nu pot fi depășite;

- angajarea cheltuielilor din aceste bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate;

- creditele bugetare neutilizate până la închiderea anului sunt anulate de drept.

Potrivit art. 71 din aceeași lege, nerespectarea prevederii conform căreia angajarea cheltuielilor din bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la o lună la 3 luni sau cu amendă de la 5.000 lei la 10.000 lei. Altfel spus, angajarea cheltuielilor de către ordonatorul de credite cu depășirea limitelor creditelor bugetare aprobate sau, mai grav, fără să mai existe prevăzut creditul bugetar, este interzisă și constituie infracțiune la disciplina financiară. Prevederi similare există și în ceea ce privește finanțele publice locale (Legea 273/2006 privind finanțele publice locale).

Totodată, Normele metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonânțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1.792/2002, dispun la fel de clar: "Este interzis ordonatorilor de credite aprobarea unor angajamente legale fără asigurarea că au fost rezervate și fondurile publice necesare plății acestora în

exercițiul bugetar [...]. Angajarea cheltuielilor trebuie să se facă întotdeauna în limita disponibilului de credite bugetare [...]."

În contextul în care, potrivit dispozițiilor Legii 500/2002 privind finanțele publice, Legii 273/2006 privind finanțele publice locale și celorlalte reglementări financiare, nu se pot angaja cheltuieli în absența unui credit bugetar acoperitor aprobat (ordonatorii de credite răspunzând inclusiv penal de angajarea, lichidarea și ordonanțarea cheltuielilor în limita creditelor bugetare repartizate și aprobate de care dispun), autoritatea contractantă nu poate încheia contractul de achiziție publică și angaja legal cheltuielile pe care le presupune, nemaexistând la acest moment sursa de finanțare a lor. Chiar dacă la data inițierii procedurii în bugetul autorității existau alocate fonduri pentru achiziția în cauză, la închiderea exercițiului bugetar pe anul 2009 ele nu se mai regăseau, fiind returnate Ministerului Sănătății. Conform legislației financiare în vigoare creditele bugetare neutilizate până la închiderea anului sunt anulate de drept, iar veniturile și cheltuielile bugetare sunt aprobate prin buget pe o perioadă de un an, care corespunde exercițiului bugetar. Așadar, nu se pot face cheltuieli în 2010 pe baza unui buget valabil pe anul 2009.

Art. 72 al. 2 lit. g din HG 925/2006 include între atribuțiile comisiei de evaluare și pe aceea de a verifica propunerile financiare prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv. În aceeași direcție, conform art. 209 al. 1 lit. d din ordonanță, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, dacă este imposibilă încheierea contractului, iar, în speță, având în vedere că fondurile alocate pentru procedura în cauză nu mai există, autoritatea contractantă se află în imposibilitatea efectivă a acceptării vreunei oferte și a încheierii contractului cu vreun ofertant. Drept urmare, trebuie observat că, în mod corect autoritatea a anulat procedura de atribuire în cauză, decizia sa fiind în acord atât cu prevederile Legilor 500/2002 și 273/2006, cât și cu cele ale OUG 34/2006. Măsura se impunea, mai cu seamă că art. 94 din HG 925/2006, în noua sa redactare, dispune expres că, indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

Cum s-a evocat în extrasul redat la pagina 6 de mai sus: "[...] *dacă autoritatea contractantă nu mai dispune de fondurile necesare executării contractului, soluția anulării procedurii trebuia să se întemeieze pe normele art. 209 al. 1 lit. d teza a II-a din ordonanță, respectiv este imposibilă încheierea contractului [...].*", temei comunicat de autoritate contestatoarei în cuprinsul adresei nr. ■/02.02.2010.

Cele expuse sunt valabile în speță, chiar dacă se atribuie un acord-cadru, întrucât, din declarația managerului spitalului "[...] *în bugetul alocat pe 2010, nu mai există alocată finanțare care să aibă această destinație*".

Față de circumstanțele de fapt și de drept reținute, în temeiul art. 278 al. 5 din OUG 34/ 2006, consiliul va respinge ca nefondată contestația asocierii SC ■ SA - SC ■ SA nr. ■/05.02.2010, în contradictoriu cu Spitalul ■. Vizavi de eventualele pagube suferite de asocierea contestatoare prin anularea procedurii, respingerea contestației nu exclude răspunderea patrimonială a autorității contractante și dreptul contestatoarei de a se îndrepta împotriva acesteia, la instanța de judecată competentă potrivit art. 286 și 287, pentru recuperarea prejudiciului cauzat prin derularea defectuoasă a procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în trei exemplare, conține 9 (nouă) file