

# **DECIZIE**

**BO2011\_0224**

**Data: .2011**

Prin contestația nr. •/23.12.2010, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. •/24.12.2010, depusă de către SC • SA, cu sediul social în • și adresa de corespondență în •, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului • și Cod Unic de Înregistrare •, formulată împotriva adresei nr. •/•/17.12.2010 reprezentând comunicarea de anulare a procedurii, emisă de către •, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în •, în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de programare de sisteme informatice și software utilitare”, cod CPV 72211000-7, 48612000-1, 48820000-2, 72263000-6, s-a solicitat anularea comunicării respective și continuarea procedurii prin aplicarea criteriului de atribuire indicat în documentația de atribuire.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

## **DECIDE:**

Respinge ca nefondata contestația formulată de SC • SA în contradictoriu cu •.

Mentine decizia de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare

## **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC • SA a formulat contestație împotriva adresei nr. •/•/17.12.2010 reprezentând comunicarea de anulare a procedurii, emisă de către •, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de programare de sisteme informatice și software utilitare”, cod CPV 72211000-7, 48612000-1, 48820000-2, 72263000-6, solicitând anularea comunicării respective și continuarea procedurii prin aplicarea criteriului de atribuire indicat în documentația de atribuire.

În fapt contestatorul menționează că în cadrul aceleiași proceduri a mai depus o contestație împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. •/•/24.08.2010, soluționată favorabil de Consiliului National de Solutionare a Contestatiilor, prin Decizia nr. •/20.09.2010.

De asemenea contestatorul mai menționează că autoritatea contractantă a înaintat Curții de Apel București plângere împotriva acestei decizii, acesta fiind respinsă prin decizia pronunțată în Dosarul nr. •/•/2010.

Contestatorul precizează că, atât Consiliul cât și instanța de judecată au reținut modul nelegal în care s-a procedat la evaluarea ofertelor precum și încălcarea tratamentului egal în raport cu oferta declarată câștigătoare care se afla într-o situație identică cu oferta sa, autoritatea contractantă fiind obligată să reia procedura de atribuire prin clarificarea aspectelor în discuție, în condițiile în care principalul element în divergență s-a dovedit a fi nivelul de implicare a experților raportat la întreaga perioadă de derulare a contractului, despre care comisia de evaluare a susținut că ar fi inferior unor niveluri minimale indicate contextual în Fișa de date a achiziției.

În această sens, contestatorul menționează că în etapa reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă i-a înaintat solicitarea de clarificare nr. •/•/24.11.2010 căreia i-a răspuns prin adresa nr. •/29.11.2010, demonstrând argumentat și motivat pe elemente certe din oferta tehnică prezentată, faptul că: "Față de cele arătate mai sus, subscria garantează schema de alocare a experților propuși prin oferta noastră care satisface în proporție de 100% toate cerințele și activitățile definite în planul de proiect necesare pentru atingerea obiectivelor acestuia, atât din punctul de vedere al experților cheie cât și non-cheie propuși în conformitate cu dimensiunea și durata proiectului, având niveluri minime de implicare raportat la întreaga perioadă de derulare a contractului situate între 83% - 97,82%, în cea mai avantajoasă formulă din punct de vedere economic pentru autoritatea contractantă, fapt demonstrat prin prețul ofertat, dar și prin conformitatea soluției propuse cu cerințele caietului de sarcini, după cum rezultă din procesul-verbal nr. •/20.08.2010".

Contestatorul precizează că a răspuns în mod complet și edificator și la adresa nr. •/•/07.12.2010, iar autoritatea contractantă, fiind pusă în situația de a nu mai avea argumente raționale pe baza cărora să-i respingă oferta, a decis să anuleze procedura de atribuire prin trimitere la o clarificare publicată anterior datei limită de depunere a ofertelor prin care susține că ar fi procedat la modificarea factorilor de evaluare ai ofertelor și a algoritmului de calcul, motiv pentru care ar fi incidente dispozițiile art. 209 din OUG nr. 34/2006.

Contestatorul consideră că această situație nu este reală, deoarece instanțele judecătorești au statuat că anularea unei proceduri trebuie să aibă la bază motive obiective care, nu se găsesc la discreția autorităților contractante și sunt independente de orice culpă a acesteia, în acest sens invocând mai multe decizii ale Curților de Apel.

De asemenea contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu numai că se află în situația de a-și invoca propria culpă, în contradicție cu modul de interpretare și aplicare a dispozițiilor legale în discuție de către instanțele judecătorești, ci și în situația de a persevera în încălcarea principiului tratamentului egal.

Contestatorul consideră frapant comportamentul autorității contractante care, cu toate că știa încă înainte de data limită de depunere a ofertelor despre motivul invocat în justificarea deciziei de anulare, aceasta a continuat să deruleze procedura de atribuire și să inducă ofertanților speranța legitimă a obținerii contractului de achiziție publică, o concluzie similară rezultând inclusiv din cererile de clarificare transmise doar cu câteva zile înainte de momentul anulării procedurii de atribuire.

Referitor la motivele de anulare invocate de autoritatea contractantă, care erau cunoscute încă dinainte de data limită de depunere a ofertelor, contestatorul consideră că acestea nu pot justifica anularea procedurii, cu atât mai mult cu cât este aplicabil principiul de drept "nemo auditor propriam turpitudinem allegans", care nu îngăduie ca o parte să-și creeze o situație favorabilă prin invocarea propriei incorectitudini/fapt culpabil, ignorând aspectul că soluția anulării procedurii a venit în momentul în care s-a confirmat schimbarea clasamentului ofertelor admisibile.

În concluzie, contestatorul consideră că raționamentul autorității contractante nu este judicious, din moment ce anularea procedurii de atribuire reprezintă o măsură extremă, care trebuie să se conformeze dispozițiilor legale care o reglementează, mai ales că, potrivit art. 293 lit. o) din OUG nr. 34/2006, anularea unei proceduri în alte cazuri decât cele permise de lege constituie contravenție și se sancționează cu amendă de până la 100.000 de lei.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a reținut în mod nejustificat faptul că prin clarificarea din data de 01.07.2010 s-ar fi modificat factorii de evaluare și algoritmul de punctare, pe parcursul derulării procedurii de atribuire, iar în raport cu această stare de fapt, singura măsură corectivă ar fi anularea procedurii de atribuire.

Contestatorul apreciază că, dincolo de discuțiile referitoare la afirmația că s-ar fi modificat factorii de evaluare și raportat la gravitatea măsurii de anulare a procedurii, elementul în discuție se dovedește a fi decizia comisiei de evaluare de a pune în aplicare fie

factorii de evaluare indicați prin documentația de atribuire, fie varianta detaliată a acestora, astfel cum a fost indicată prin solicitarea de clarificare la care face trimitere autoritatea contractantă.

În acest sens, contestatorul consideră că alternativa aplicării factorilor de evaluare indicați în documentația de atribuire era prioritară măsurii anulării procedurii de atribuire, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile din HG nr. 925/2006 care o obligau la publicarea unei erate.

Contestatorul precizează că prin anularea/neluarea în considerare a actului administrativ presupus a fi în contradicție cu dispozițiile art. 199 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 (clarificarea publicată în data de 01.07.2010), s-ar fi eliminat orice presupusă nelegalitate care să afecteze procedura de atribuire atribuire în ansamblul său, motiv pentru care solicită Consiliului ca, să aibă în vedere această soluție, în măsura în care ar aprecia ca fiind justificate afirmațiile autorității contractante referitoare la incidența art. 199 alin (3) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea contestatorul consideră că „această soluție se impune inclusiv prin prisma dispozițiilor art. 209 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006 a cărui invocare de către autoritatea contractantă este nefondată, în condițiile în care, prin invalidarea clarificării, nu se poate susține că s-ar ajunge la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) - f), raportat la aspectul că anularea procedurii de atribuire conduce explicit la încălcarea principiului tratamentului egal demonstrată prin comportamentul comisiei de evaluare care a fost particularizat în funcție de ofertantul clasat pe locul 1, în două situații identice, respectiv aplicarea criteriului de atribuire”.

În concluzie, având în vedere că măsura anulării procedurii de atribuire se dovedește a fi nejustificată, nelegală și aflată în culpa directă a autorității contractante, contestatorul solicită Consiliului să dispună conform capetelor de cerere din contestație, continuarea procedurii de atribuire.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. •/•/05.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. •/05.01.2011, •, în calitate de autoritate contractantă, precizează că în data de 08.10.2010 a atacat cu plângere la instanța judecătorească decizia nr. •/20.09.2010 emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, iar prin decizia nr. •/15.11.2011 Curtea de Apel București a respins plângerea, considerând-o neîntemeiată.

Astfel, autoritatea contractantă menționează că din data de 22.11.2010, conform dispoziției zilnice nr. •/22.11.2010, a fost reluată activitatea de reevaluare a ofertelor, prin numirea unei comisii de evaluare a ofertelor.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că pe parcursul reevaluării ofertelor, observatorii desemnați de Ministerul Finanțelor Publice-Unitatea de Coordonare și Verificare a Achizițiilor Publice și membrii comisiei de evaluare au constatat faptul că, în timpul derulării procedurii de atribuire, prin adresa de clarificare publicată în SEAP în data de 07.07.2010, factorii de evaluare a ofertelor, algoritmul de calcul și metodologia de punctare au fost modificate contrar prevederilor art. 199 din OUG nr. 34/2006.

În acest sens, autoritatea contractantă precizează că observatorii Unității de Coordonare și Verificare a Achizițiilor Publice au întocmit nota intermediară nr. 1/14.12.2010 prin care au semnalat aspectele menționate, precum și faptul că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a aplica măsuri de corecție fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) din OUG nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă menționează că în data de 17.12.2010, comisia de evaluare a propus anularea procedurii în baza prevederilor art. 209 alin. (1) lit. d) și alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă o situație similară, soluționată de CNSC prin decizia nr. 1 din 03.12.2010, în care s-a dispus anularea procedurii tot ca urmare a modificării factorilor de evaluare, algoritmului de calcul și metodologiei de punctare.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

1, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de programare de sisteme informatice și software utilitare”, cod CPV 72211000-7, 48612000-1, 48820000-2, 72263000-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. 1/06.2010, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

În Procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 1/15.07.2010, s-a consemnat depunerea a 2 oferte, documentele de calificare și ofertele financiare.

În Raportul procedurii nr. 1/24.07.2010, comisia de evaluare a consemnat respingerea unei oferte ca inacceptabilă și admisibilitatea celeilalte, precum și desemnarea ofertei depuse de S.C. S.R.L. ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o ofertă de 7.815.057,58 fără TVA.

Împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire, SC SA a formulat contestația care a format obiectul dosarului nr. 1/2010, soluționată prin Decizia CNSC nr. 1/20.09.2010, care a dispus anularea raportului procedurii de evaluare nr. 1/24.07.2010 și a

tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor, în urma solicitărilor de clarificări necesare evaluării ofertelor, în conformitate cu dispozițiile art. 201 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 78 din H.G. nr.925/2006, conform motivării deciziei.

Această decizie a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel București de către ▪, iar Curtea, prin decizia nr. ▪/15.11.2010 pronunțată în dosarul nr. ▪/2010, a respins plângerea.

Autoritatea contractantă a întocmit un nou raport al procedurii înregistrat sub nr. ▪/17.12.2010, în care s-a consemnat anularea procedurii în baza art. 209 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 34/2006, întrucât abaterile constatate de la prevederile legislative afectau procedura în cauză, autoritatea contractantă aflându-se în imposibilitatea de a adopta măsurile corective fără ca acestea să conducă, la rândul lor, la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) - f) din OUG nr. 34/2006.

Împotriva adresei nr. ▪/17.12.2010 reprezentând comunicarea de anulare a procedurii, SC ▪ SA a formulat contestația care formează obiectul dosarului în cauză.

Consiliul retine faptul ca pe parcursul reevaluării ofertelor, dispusa de CNSC și confirmata prin decizia Curții de Apel București, observatorii desemnați de Ministerul Finanțelor Publice-Unitatea de Coordonare și Verificare a Achizițiilor Publice și membrii comisiei de evaluare au constatat faptul că, în timpul derulării procedurii de atribuire, prin adresa de clarificare publicată în SEAP în data de 01.07.2010, factorii de evaluare a ofertelor, algoritmul de calcul și metodologia de punctare au fost modificate.

Acest fapt, asupra caruia nici CNSC, nici Curtea de Apel București nu au fost sesizate anterior se confirmă a fi real întrucât prin clarificarea [▪/005] publicată în SEAP la data de ▪.07.2010 se precizează următoarele referitor la modificarea capitolului VII.3. lit b) - Punctajul tehnic:

*„Modalitatea de acordare a punctajului tehnic se va efectua în conformitate cu grila de punctaj din această secțiune și nu în conformitate cu cea din Anexa 1 lit. b din Caietul de sarcini.”*

Concret, au fost modificate substanțial pe parcursul procedurii (prin clarificarea menționată) o mare parte din factorii de evaluare tehnici, ponderile și modul de acordare a punctajelor.

Potrivit prevederilor art.199 alin (3) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

*„autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar și detaliat, în documentația de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din*

*propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți. **Factorii de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătura concretă cu specificul contractului și, după ce au fost stabiliți, nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire.***

In consecința, prin modificarea factorilor de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora, a algoritmului de calcul, precum și a metodologiei concrete de punctare, autoritatea contractantă a încălcat prevederi legale imperative și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice prevăzute la art.2 alin(2) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Față de cele reținute, deși culpa integrală pentru încălcarea prevederilor art.199 alin (3) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, aparține autorității contractante, Consiliul constată că situația nu poate fi remediată în cadrul aceleiași proceduri și se impune menținerea deciziei de anulare a procedurii.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ▪ SA în contradictoriu cu ▪ și va menține decizia de anulare a procedurii.

**PREȘEDINTE COMPLET**

▪

**MEMBRU COMPLET**

▪

**MEMBRU COMPLET**

▪

Redactată în 3 (trei) exemplare originale, conține 7 (șapte) file.