

DECIZIE

BO2011_0499

Data: .2011

Prin contestația nr. ▫/21.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▫/21.01.2011, depusă de către S.C. ▫ S.R.L., cu sediul în ▫, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ▫ și Cod Unic de Înregistrare ▫, împotriva deciziei de anulare a procedurii, comunicată prin adresa nr. ▫/19.01.2011, emisă de către ▫ S.A. - ▫, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ▫, în cadrul procedurii de „cerere de oferte” cu etapa finală de licitație electronică, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare saci și pungi din polietilenă”, s-a solicitat anularea adresei nr. ▫/19.01.2011, continuarea procedurii și calificarea contestatorului în faza finală de licitație electronică.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de S.C. ▫ S.R.L., în contradictoriu cu ▫ S.A. - ▫ și anulează raportul procedurii și actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii, termenul pentru realizarea măsurii dispuse fiind de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006.

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:

Prin contestația formulată, S.C. ▫ S.R.L. contestă decizia de anulare a procedurii, comunicată prin adresa nr. ▫/19.01.2011, emisă de către ▫ S.A. - ▫, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte” cu etapa finală de licitație electronică, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare saci și pungi din polietilenă”,

solicitând anularea adresei nr. ▫/19.01.2011, continuarea procedurii și calificarea contestatorului în faza finală de licitație electronică.

Autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii invocând art. 209 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006 – abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului.

În urma analizării ofertelor, comisia de evaluare a constatat că au avut loc erori grave la întocmirea documentației în ceea ce privește determinarea valorii estimate a contractului, aspect confirmat prin discrepanța ofertelor financiare depuse de ofertanți și a dispus anularea procedurii de atribuire, măsură pe care contestatorul o consideră injustă, netemeinică și nelegală.

Contestatorul critică faptul că autoritatea contractantă nu a indicat în comunicarea deciziei care este baza legală, respectiv O.U.G. nr. 34/2006, ci numai articolele din aceasta.

Contestatorul invocă prevederile Caietului de sarcini – pct. II „Condiții obligatorii”, unde se solicită obligatoriu catalogul produselor, precum și mostre pentru fiecare produs oferat.

Ținând cont de faptul că celălalt ofertant nu a prezentat mostrele și catalogul solicitat obligatoriu, în conformitate cu procesul verbal de deschidere, contestatorul consideră injustă și irelevantă metoda de comparație a ofertei financiare.

Contestatorul arată că își poate îmbunătăți oferta, deoarece procedura presupune etapa finală de licitație electronică, iar autoritatea contractantă avea obligația să respecte prevederile art. 4 alin. (3) și (4) din H.G. nr. 925/2006, art. 2 alin. (2), art. 25, art. 26, art. 213 și art. 216 din O.U.G. nr. 34/2006.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ▫/26.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▫/27.01.2011, ▫ S.A. - ▫, în calitate de autoritate contractantă, precizează: „comisia de evaluare a constatat că au avut loc erori grave la întocmirea documentației de atribuire în ceea ce privește determinarea valorii estimate, aspect confirmat prin discrepanța ofertelor financiare depuse de către cei doi ofertanți (9.455 lei oferta financiară depusă de către S.C. ▫ S.R.L. și 21.400,5 lei oferta financiară depusă de către ofertantul S.C. ▫ S.R.L.).”

Autoritatea contractantă arată că a hotărât anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 209 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006.

La stabilirea valorii estimate pentru procedura de achiziție publică, respectiv 21.430 lei, s-a ținut cont și de faptul că acest contract este un contract de regularitate la care există posibilitatea suplimentării cantității, conform art. 6 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006 actualizată.

Dorința autorității contractante este suplimentarea cu maximum 50%, astfel cum a fost prevăzut în documentația de atribuire.

Ca urmare, valoarea estimată ar fi de 14.287 lei, iar valoarea cu care s-ar putea suplimenta este de 7.143 lei.

Niciunul dintre potențialii ofertanți nu au solicitat clarificări cu privire la valoarea reală a achiziției, dacă conține sau nu și procentul de maximum 50% din valoarea contractului, după cum este precizat în documentația de atribuire.

Având în vedere cele antemenționate, hotărârea comisiei de evaluare privind anularea procedurii de atribuire nu este o măsură injustă, netemeinică și ilegală.

Autoritatea contractantă arată că își menține hotărârea de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

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

- S.A. - ▪, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte” cu etapa finală de licitație electronică, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare saci și pungi din polietilenă”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP, în data de ▪.12.2010, invitația de participare nr. ▪, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de faptul că autoritatea contractantă a luat decizia de a anula procedura de atribuire a contractului mai sus menționat. Considerentul principal al acestei decizii a fost acela că „urmare analizării și verificării ofertelor, comisia de evaluare a constatat că au avut loc erori grave la întocmirea documentației de atribuire în ceea ce privește determinarea valorii estimate, aspect confirmat prin discrepanța ofertelor financiare depuse de către cei doi ofertanți (9.455 lei și 21.400,5 lei)”.

Din analiza documentelor, Consiliul reține următoarele aspecte:

- în cadrul notei privind stabilirea valorii estimate nr. ▪/22.10.2010, autoritatea contractantă a determinat valoarea estimată plan, precum și valoarea estimată a procedurii de atribuire în cauză, la 21.430 lei;

- prețul din oferta financiară a S.C. ▪ S.R.L. – societatea contestatoare, este de 21.400,5 lei;

- prețul din oferta financiară a S.C. ▪ S.R.L. este de 9.455 lei.

Prețurile din ofertele financiare ale celor doi ofertanți sunt consemnate în Procesul-verbal al ședinței de deschidere nr. ▪/11.01.2011.

Potrivit art. 4 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 autoritatea contractantă poate iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după aprobarea bugetului propriu care va conduce la definitivarea programului anual al achizițiilor publice în funcție de fondurile aprobate și de posibilitățile de atragere a altor fonduri.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă și-a identificat modalitățile de finanțare a achiziției în cauză, respectiv din surse proprii, astfel cum rezultă din Fișa de date a achiziției – pct. I.4.

Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă a elaborat Raportul procedurii nr. 19/19.01.2011, în care a precizat următoarele:

„Urmare analizării și verificării ofertelor, comisia de evaluare constată că au avut loc erori grave la întocmirea documentației de atribuire în ceea ce privește determinarea valorii estimate, aspect confirmat prin discrepanța ofertelor financiare depuse de către cei doi ofertanți (9.455 lei și 21.400,5 lei).

Drept urmare, comisia de evaluare, cu respectarea principiului prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) „eficienta utilizare a fondurilor publice” HOTĂRĂȘTE anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 209 alin. (1) lit. d) «abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului {...} deoarece

a) 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 alin. (2) lit. a)-f);

b) autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă, la rândul lor, la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f)»”.

Consiliul nu poate reține în soluționare argumentația autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere cu privire la contestație, care subliniază că „niciunul dintre potențialii ofertanți nu au solicitat clarificări cu privire la valoarea reală a achiziției, dacă conține sau nu și procentul de maxim 50% din valoarea contractului după cum este precizat în documentația de atribuire la Cap. II – Obiectul contractului, pct. A – Clauze contractuale obligatorii”, și nici cea privitor la discrepanța ofertelor financiare depuse de către cei doi ofertanți (9.455 lei și 21.400,5 lei), având în vedere următoarele motive:

- propunerea financiară este parte integrantă din cadrul ofertei care potrivit prevederilor art. 3 lit. q) din O.U.G. nr. 34/2006 reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Rezultă „eo ipso” că elaborarea propunerii financiare este strict alegerea/manifestarea de voință a operatorilor economici

participanți care își asumă implicit și riscurile aferente. Astfel diferențele mari de preț existente între propunerile financiare nu pot constitui un motiv de anulare a unei proceduri, deoarece aceste diferențe nu sunt de natură a face imposibilă compararea ofertelor datorită modului neuniform de abordare a soluțiilor financiare. Fiind o procedură competitivă, ofertanții au propus oferte financiare diferite. De asemenea este de reținut și faptul că autoritatea contractantă, în cadrul procedurilor de atribuire, nu poate interveni în niciun fel în modul de elaborarea/formare a ofertelor (tehnice și financiare) de către operatorii economici participanți, acestea fiind angajamentele ferme la care se vor obliga aceștia să execute respectivul contract.

- în cadrul documentației de atribuire este menționat în mod expres și explicit faptul că „autoritatea contractantă are dreptul de a prelungi durata contractului de produse, în cazul apariției anumitor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la încheierea contractului. Autoritatea contractantă are dreptul de a suplimenta valoarea contractului, până la nivelul maxim de 50% din valoarea inițială a contractului, prin act adițional”;

-art. 25 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede în mod explicit faptul că *„autoritatea contractantă are obligația de a estima valoarea contractului de achiziție publică pe baza calculării și însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, fără taxa pe valoarea adăugată, luând în considerare orice forme de opțiuni și, în măsura în care acestea pot fi anticipate la momentul estimării, orice eventuale suplimentări sau majorări ale valorii contractului”*. Față de aceste aspecte rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă pentru a putea uza de dreptul său de a prelungi contractului și implicit de a suplimenta cantitățile produselor trebuia să includă în cadrul valorii estimate și costul acestor suplimentări. Aceste aspecte fiind reglementate legal, orice operator economic trebuia să le cunoască având în vedere faptul că nu poate invoca necunoașterea legii potrivit principiului de drept *„nemo censetur ignorare legem”*. Mai mult ofertanții au obligația, potrivit art. 170 din OUG nr. 34/2006 de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar prin depunerea lor, aceștia și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit faptul că autoritatea contractantă dorește să uzeze de dreptul său de a suplimenta cantitățile de produse ce fac obiectul prezentei proceduri.

- procedura de atribuire în cauză cuprinde o fază finală de licitație electronică, al cărei element al ofertei care va face obiectul procesului repetitiv de ofertare, potrivit prevederilor art. 164 din O.U.G. nr. 34/2006 este prețul astfel cum rezultă din fișa de date a achiziției cap. IV.2. În acest sens rezultă să elementul care va fi

îmbunătățit ca urmare a aceste etape suplimentare de licitație electronică va fi elementul preț.

- O.U.G. nr. 34/2006 stabilește la art. 78 dreptul operatorilor economici de a solicita clarificări și nu obligația acestora, situație în care dacă operatorii economici nu au dorit să uzeze de dreptul lor legal de a cere clarificări în momentul elaborării ofertelor a fost voința lor, care nu poate fi sancționată cu anularea procedurii de atribuire;

- potrivit art. 6 din H.G. nr. 925/2006, autoritatea contractantă, înainte de inițierea unei proceduri, trebuie să identifice sursele de finanțare prin care se asigură fondurile necesare în vederea îndeplinirii contractului. În speță, ținând cont de necesitatea acestei achiziții, autoritatea contractantă a identificat fondurile, a elaborat nota justificativă privind stabilirea valorii estimate nr. 4/22.10.2010, în care a stabilit valoarea estimată a contractului de furnizare respectiv în funcție de necesitățile sale, și nu în ultimul rând de fondurile sale disponibile, sens în care a inițiat procedura prin publicarea invitației de participare nr. 4/09.12.2010;

- maniera în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Potrivit art. 209 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul să anuleze aplicarea procedurii, de regulă înainte de transmiterea comunicării privind rezultatul acesteia pentru patru motive expres și limitativ prevăzute de lege, printre acestea neregăsindu-se motivația că „niciunul dintre potențialii ofertanți nu au solicitat clarificări cu privire la valoarea reală a achiziției” sau „discrepanța ofertelor financiare depuse”. Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că atunci când hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere atât încadrarea contractului în bugetul său, cât și stabilirea unor cerințe care să corespundă necesităților sale și care să nu restrângă concurența. Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

În subsidiar nu trebuie ignorat faptul că, în cauză, hotărârea de anulare a procedurii s-a făcut după ședința de deschidere a ofertelor, în cadrul căreia s-au consemnat propunerile operatorilor economici referitoare la prețul contractului de furnizare.

Această manieră de a proceda a autorității contractante, pe de o parte este nelegală în raport de dispozițiile art. 209 din Ordonanță, iar pe de altă parte de natură să încalce drepturile

recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (achiziționarea caietului de sarcini, deschiderea ofertelor).

Conform art. 204 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă.

De la această regulă, actul normativ precizat instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se motivele autorității contractante care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în speță.

Consiliul reține faptul că în speță, autoritatea contractantă nu a făcut dovada existenței unor „abateri grave de la prevederile legislative” care „afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului”.

Potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006, va admite contestația formulată de S.C. ▪ S.R.L., în contradictoriu cu ▪ S.A. - ▪ și va anula raportul procedurii și actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii, termenul pentru realizarea măsurii dispuse fiind de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului.

În temeiul art. 278 alin. (6) din același act normativ, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

▪

MEMBRU COMPLET

▪

MEMBRU COMPLET

▪

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) file.