



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrul Comerțului J...și Cod Unic de Înregistrare ... împotriva rezultatului procedurii și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3151/11.07.2013 transmisă de ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... județul ... în cadrul procedurii de cerere de oferte organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „furnizare contoare de apa rece cu montaj în căminele de bransare, în ... județul ... s-a solicitat anularea deciziei de anulare a procedurii și obligarea autorității contractante la continuarea acesteia, respectiv la emiterea unui nou raport al procedurii și la încheierea contractului.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 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, admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune anularea raportului privind anularea procedurii și a comunicărilor privind rezultatul procedurii, precum și evaluarea ofertor.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză, prin punerea în aplicare a celor decise.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 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:

Prin contestația depusă, ... critică decizia autorității contractante de a anula procedura, prin prisma motivului invocat pentru aceasta și anume o corespondență purtată cu ofertantul SC ...SRL cu privire la anumite clarificări, nepostată în SEAP și care, astfel, nu a fost adusă la cunoștința celorlalți participanți la procedură.

Contestatoarea arată că doar ea ar fi fost în măsură să invoce neaducerea la cunoștință a corespondenței de clarificare purtată de autoritatea contractantă cu ofertantul respectiv și că acesta este, oricum, un aspect nesemnificativ, care nu poate fi considerat abatere gravă în înțelesul OUG nr. 34/2006. În susținere, invocă și faptul că în cadrul procesului-verbal al ședinței de deschidere a fost menționat, asumat prin semnătură și de reprezentaul celuilalt ofertant participant, că, anterior deschiderii ofertelor, nu au existat solicitări de clarificare privind documentația de atribuire.

În opinia contestatoarei, în speță nu au incidență prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) și nici cele ale art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, neputându-se invoca în susținerea anulării procedurii faptul că cele două părți care au purtat corespondența în cauză nu au vazut-o și publicată în SEAP.

Contestatoarea mai atrage atenția și asupra faptului că autoritatea contractantă nu a precizat în mod concret motivul care a stat la baza deciziei de anulare a procedurii, respectiv care au fost acele pretinse erori sau omisiuni care ar fi făcut imposibilă continuarea procedurii. În susținerea nelegalității măsurii de anulare a procedurii, contestatoarea invocă și principiul conform căruia nimeni nu poate invoca propria culpă în susținerea unui demers propriu.

Prin urmare, decizia de anulare a procedurii, în aceste circumstanțe, este apreciată ca nefondată, nelegală și abuzivă.

Prin adresa nr. 3598/02.08.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 26213/05.08.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestație însoțit de copia dosarului achiziției.

Prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației ... și menținerea ca legală a măsurii de anulare a procedurii. În susținere arată că anterior datei de deschidere a ofertelor, a primit o solicitare de clarificări din partea oferantului SC ... SRL cu privire la posibilitatea considerării drept experiență similară a unui contract de execuție lucrări de rețele de alimentare cu apă rece în cadrul căruia au fost puse în operă și contoare de apă rece. La această solicitare, autoritatea contractantă a răspuns că respectivul contract poate fi considerat experiență similară, dar aceasta corespondență nu a fost publicată și în SEAP spre a fi adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedură.

După deschiderea ofertelor, autoritatea contractantă a primit din partea SC ... SRL o adresă prin care ofertantul își exprimă intenția de a contesta procedura, motivat de faptul că autoritatea contractantă nu a ținut seama de experiența similară prezentată în cuprinsul ofertei în conformitate cu răspunsul dat la solicitarea de clarificări, solicitând, în mod nejustificat, clarificări suplimentare, în sensul precizării modalității în care contractul depus îndeplinește cerința din fișa de date a achiziției cu privire la experiența similară. Un alt motiv invocat în susținerea intenției de a contesta procedura a fost faptul că în cadrul procesului-verbal al ședinței de deschidere nu a fost menționat faptul că anterior deschiderii ofertelor au fost solicitate clarificări cu privire la documentația de atribuire.

Ulterior, comisia de evaluare a ofertelor a hotărât anularea procedurii, cu luarea în considerare a faptului că nu au fost respectate prevederile art. 78 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, respectiv că adresa de solicitare de clarificări nr. 163/26.06.2013 a SC ... SRL și adresa de răspuns nr. 2929/28.06.2013 nu au fost postate în SEAP, astfel încât toți operatorii economici care obținuseră documentația de atribuire să poată avea cunoștință de acestea.

Autoritatea contractantă consideră nefondate criticile contestatoarei legate de anularea procedurii în mod abuziv, precizând că această măsură a fost luată deoarece nepublicarea în SEAP a corespondenței de clarificări ar putea fi un motiv pentru care alți operatori economici interesați să participe la procedură și care ar fi putut să depună ca experiență similară contracte de execuție rețele de alimentare cu apă, nu au mai depus oferte.

În plus, această măsură a fost luată în contextul în care nu mai puteau fi dispuse alte măsuri de remediere fără încălcarea

principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) din OUG nr. 34/2006.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că a inițiat o nouă procedură pe care a suspendat-o până la pronunțarea Consiliului în prezenta cauză.

Analizând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „furnizare contoare de apa rece cu montaj în căminele de bransare, în ... județul ... prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ... criteriul de atribuire ales fiind „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fără TVA fiind de 285.000 lei.

Potrivit procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 3037/05.07.2013, în cadrul procedurii au fost depuse 2 oferte, printre care și cea a contestatoarei, care a avut un preț de 199.633 lei, prețul ofertat de SC ...SRL fiind de 206.121,50 lei. După data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei contestatoare clarificări privind conținutul documentelor depuse, aceasta transmițând documentele solicitate. Ulterior acestui schimb de corespondență, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei adresa nr. 3151/11.05.2013, prin care îi aduce la cunoștință anularea procedurii de atribuire, invocând drept motiv pentru aceasta o corespondență purtată cu ofertantul SC ...SRL cu privire la anumite clarificări, nepostată în SEAP și care, astfel, nu a fost adusă la cunoștința celorlalți operatori economici interesați de procedură.

Contestatoarea ... consideră că autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, deoarece nici ea și nici SC ...SRL nu sunt vătămate prin nepublicarea acestui act, deoarece acestea aveau cunoștință de el, singura vătămată fiind însăși contestatoarea, care, însă, nu s-a plâns de nepublicarea actului. Mai mult, contestatoarea subliniază că în procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor este consemnat faptul că nu s-au solicitat clarificări, aspect însușit prin semnătură de reprezentantul societății SC ...SRL participant la ședință, concluzionând că această corespondență de clarificări ar fi fost întocmită ulterior procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 3037/05.07.2013.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că potrivit raportului de anulare a procedurii nr. 3149/02.08.2013, și adresei nr. 3151/11.05.2013 de comunicare a deciziei privind anularea procedurii, autoritatea contractantă a reținut drept motiv de anulare a rezultatului procedurii faptul că la sesizarea SC ...SRL din adresa nr. 178/11.07.2013, a observat că înainte de depunerea ofertelor, a răspuns solicitării de clarificări nr. 163/26.06.2013 a acestei societăți, prin adresa nr.

2929/28.06.2013, și nu a postat în SEAP, conform art. 78 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, răspunsurile însoțite de întrebările aferente către toți operatorii economici care au obținut documentația de atribuire. Prin urmare, pentru a evita încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din același act normativ, a decis anularea rezultatului procedurii.

Verificând adresa nr. 178/11.07.2013 emisă de SC ...SRL, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 3138/11.07.2013, această societate reamintește autorității contractante schimbul de corespondență referitoare la interpretarea cerinței de calificare privind experiența similară, cu următorul conținut:

«Înainte de depunerea ofertei, societatea noastră a transmis o cerere de clarificări (adresa nr. 163/26.06.2013) prin care am solicitat autorității contractante să ne specifice dacă „un contract de execuție rețele de alimentare cu apă, în cadrul căruia s-au pus în operă contoare de apă rece aferent lucrărilor de branșamente” îndeplinește condițiile de experiență similară conform fișei de date a achiziției.

La data de 28.06.2013, prin adresa nr. 2929/28.06.2013, transmisă prin fax, autoritatea contractantă a răspuns că „se consideră experiență similară contractul dvs. de execuție rețele de alimentare cu apă, în cadrul căruia s-au pus în operă contoare de apă rece aferent lucrărilor de branșamente”.

Văzând comportamentul autorității contractante, am analizat cu atenție procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 3037/05.07.2013, și am constatat faptul că autoritatea contractantă a menționat în procesul verbal că „nu s-au solicitat clarificări”, în condițiile în care societatea noastră a depus o solicitare de clarificări. Totodată, am constatat că răspunsul transmis societății noastre prin adresa nr. 2929/28.06.2013, nu a fost publicat în SEAP pentru a fi luat la cunoștință de către potențialii de către potențialii operatori economici, fapt care ne face să ne întrebăm dacă pe parcursul procedurii au mai fost solicitate clarificări iar autoritatea contractantă a omis cu bună știință publicarea acestora în SEAP, în sensul restrângerii numărului de participanți.

Având în vedere cele prezentate mai sus, constatăm faptul că autoritatea contractantă a încălcat grav prevederile legislative, omițând, în mod clar, publicarea în SEAP a răspunsului la solicitarea de clarificări transmisă de societatea noastră și încălcând prevederile art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, respectiv tratamentul egal, transparența și nondiscriminarea, și cele ale art. 78 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, „(3) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite răspunsurile - însoțite de întrebările aferente - către toți operatorii economici care au obținut, în condițiile prezentei ordonanțe de

urgență, documentația de atribuire, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective”.

Conform celor mai sus menționate, ne exprimăm intenția de a contesta prezenta procedură de achiziție la CNSC, în situația în care autoritatea contractantă nu va lua măsurile de remediere necesare.»

Așadar, de teama unei contestații care s-ar fi putut depune de SC ...SRL, societatea care are cunoștință de răspunsul la solicitarea de clarificări și care invocă nepublicarea în SEAP pentru ca terții să ia la cunoștință de aceasta, precum și posibilitatea teoretică a existenței unor alte clarificări necunoscute, care ar fi putut conduce la o eventuală respingere a ofertei sale, autoritatea contractantă a luat decizia drastică a anulării procedurii, deși petenta respectivă nu a motivat în niciun fel care este vătămarea sa proprie rezultată din nepublicarea clarificării respective. Autoritatea contractantă, fără a lua în considerare că societatea respectivă nu trebuie să invoce doar o simplă încălcare a legii pentru a ataca un act, ci și un interes, astfel cum se prevede la art. 255 din Ordonanța de urgență, dă curs solicitării acesteia anulând procedura, fără a ține seama că această măsură vatămă pe contestatoare, ofertanta cu cel mai scăzut preț. Mai mult, autoritatea contractantă nu adoptase nicio decizie de respingere a ofertei SC ...SRL pentru lipsa experienței similare, ci formulase o simplă solicitare de clarificări, fapt care nu justifică vreo nemulțumire din partea acestei societăți. Este evident că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 2 alin. (2) și pe cele ale art. 78 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, nepublicând în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări, dar această încălcare a legii nu putea fi invocată de SC ...SRL, care nu a suferit niciun prejudiciu, ea având cunoștință de clarificarea nepublicată în SEAP. Acționând în acest mod, societatea respectivă i-a creat autorității contractante pretext de anulare a procedurii, situație care, cu siguranță, nu s-ar fi produs dacă prețul ofertei sale era mai scăzut decât al ofertei

Este, de asemenea, pertinentă apărarea contestatoarei conform căreia nefiind aduse niciun fel de obiecțiuni la procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor de către SC ...SRL, societate al cărui reprezentant a semnat actul în cauză, în care se consemnează inexistența clarificărilor cu privire la documentația de atribuire, nu este posibil ca ulterior să se nege valabilitatea acestui act, pe motiv că mențiunile din cuprinsul său nu sunt reale. De asemenea, societatea în cauză, singura care avea cunoștință de existența răspunsului la solicitarea sa de clarificări, niciodată de la momentul primirii acestui răspuns nu a atras atenția autorității contractante asupra omisiunii acesteia de a publica în SEAP clarificarea respectivă și nu a întreprins niciun demers pentru obligarea autorității contractante de a-și îndeplini obligațiile legale, acest demers fiind realizat numai după ce a aflat date despre oferta concurentă.

Mai mult, autoritatea contractantă nu poate invoca acum în sprijinul său propriul fapt culpabil al nepublicării în SEAP a răspunsului la solicitarea de clarificări referitoare la conținutul documentației de atribuire ("nimeni nu poate invoca neregularitatea pricinuită prin propriul său fapt"). Regula *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* nu îngăduie ca o parte să își creeze o situație favorabilă invocând propria sa vină/incorectitudine.

Dispozițiile art. 209 din OUG nr. 34/2006 invocate în cauză de autoritatea contractantă stabilesc următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: (...)

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului. (...)

(4) În sensul prevederilor alin. (1) lit. c), prin abateri grave de la prevederile legislative se înțelege:

a) criteriile de calificare și selecție și/sau criteriul de atribuire sau factorii de evaluare prevăzuți în cadrul invitației de participare/anunțului de participare, precum și în documentația de atribuire au fost modificate/modificați, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 179 alin. (4);

b) pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f).

c) deciziile luate de autoritatea contractantă în procesul de evaluare a ofertelor au la bază cerințe/criterii de calificare și/sau selecție ce nu se regăsesc în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare;

d) orice situație reglementată expres de prezenta ordonanță de urgență”.

Este covârșitoare practica instanțelor judecătorești în care acestea au statuat că anularea unei proceduri de atribuire trebuie să aibă la bază motive care nu se găsesc la discreția autorității contractante, independente de orice culpă a acesteia și obiective. În acest sens pot fi invocate *exempli gratia* decizia nr. 436 din 10 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal; decizia civilă nr. 2646 din 27 noiembrie 2008, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 3556 din 24 iunie 2009, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Elocventă este și decizia nr. 612/R-C din 13 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, Secția comercială și de

contencios administrativ și fiscal, în care instanța a reținut că: *potrivit art. 209 alin. (1) din ordonanță, autoritatea contractantă are obligația să anuleze aplicarea procedurii, de regulă, înainte de transmiterea comunicărilor privind rezultatul acesteia pentru patru motive expres și limitativ prevăzute de lege, printre care și acela că "abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului". Din modul de redactare a textului și din întreaga economie a ordonanței, inclusiv din observarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție, se apreciază că interpretarea care se impune este aceea că legiuitorul a avut în vedere, cu ocazia elaborării textului, o abatere gravă, imposibil de remediat, de natură să producă vătămări operatorilor economici implicați. Abaterile nu pot fi luate în considerare dacă nu au produs vătămări, numai o asemenea ipoteză putând fi luată în considerare pentru anularea procedurii.*

Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă în cauză să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara unei imposibilități obiective, urmând să se observe în principal că, atunci când răspunde la solicitări de clarificări privind conținutul documentației de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere obligația de a publica acest răspuns în SEAP. Nefiind localizată o culpă în sarcina contestatoarei, aceasta nu poate fi prejudiciată printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

Relevant în speță este și art. 93 alin. (4) din HG nr. 925/2006, care stabilește că „Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii”. Dând curs solicitării SC ...SRL, autoritatea contractantă a creat asemenea circumstanțe, măsură, evident, disproporționată în condițiile în care niciun operator economic nu poate justifica vreo vătămare prin nepublicarea în SEAP a clarificării respective, act care nici nu a modificat cerința de calificare publicată în cadrul invitației. Mai mult, chiar și în noua documentație publicată în SEAP atașat invitației de participare nr. 350368/12.07.2013 autoritatea contractantă a menținut cerința de calificare referitoare la experiența similară din prima documentație. Admițând și validând modul în care autoritatea contractantă a luat măsura drastică a anulării procedurii echivalează cu acordarea autorităților contractante a posibilității anulării tuturor procedurilor de atribuire, motivat de faptul că, la un moment dat, în istoricul desfășurării acestora, au purtat o corespondență cu un ofertant sau un simplu operator economic neparticipant cu ofertă, această corespondență nefiind publicată în SEAP. Cum o astfel de interpretare ar lăsa la bunul plac al autorității contractante orice procedură, aceasta având posibilitatea, ori de câte ori apreciază că rezultatul acesteia nu îi este pe plac, să o anuleze, fapt de natură a încălca principiile și scopurile ordonanței de urgență.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 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, Consiliul urmează să admită contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și să dispună anularea raportului privind anularea procedurii și a comunicărilor privind rezultatul procedurii, precum și evaluarea ofertor.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză, prin punerea în aplicare a celor decise.

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...