

DECIZIE

Nr. ■ BO2009_0019

Data: ■ 2009

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ■, formulată de ■ cu sediul în ■, având număr de înregistrare fiscal ■, reprezentată legal de ■, împotriva deciziei de declarare a ofertei sale ca necâștigătoare emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul ■, în cadrul procedurii de "licitație deschisă" pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect "servicii pentru eliminarea/tratarea deșeurilor rezultate din golirea batalelor situate pe amplasamente în zona ■, respectiv zona ■" cod CPV 90122340-3, 90122000-8, 90122320-7, 90122330-0, s-a solicitat anularea deciziei autorității contractante și reconsiderarea evaluării ofertelor, prin declararea societății sale ca fiind câștigătoare a procedurii.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de ■ în contradictoriu cu ■.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, 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:

■ a formulat contestație împotriva deciziei de declarare a ofertei sale ca necâștigătoare emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de "licitație deschisă" pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect "servicii pentru eliminarea/tratarea deșeurilor rezultate din golirea batalelor situate pe amplasamente în zona ■, respectiv zona ■" cod CPV 90122340-3, 90122000-8, 90122320-7, 90122330-0, solicitând anularea deciziei autorității contractante și reconsiderarea evaluării ofertelor, prin declararea societății sale ca fiind câștigătoare a procedurii.

Contestatorul menționează că oferta sa a fost considerată neconformă în baza art.36 alin.(2) din HG nr.925/2006, întrucât conține propuneri ce sunt în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă. Față de acest aspect, contestatorul afirmă că nu este de acord cu motivul invocat de autoritatea contractantă, deoarece:

- în comunicarea societății sale din data de 09.02.2009, a subliniat faptul că „propunerile și clarificările contractorului” reprezintă doar o propunere pentru clauze specifice contractuale și nu obiecțiuni la condițiile contractuale, condiții cu care este de acord în totalitate

- litera b) din paragraful 2, art.36 din HG nr.925/2006 spune că o ofertă este considerată neconformă în cazul în care „conține propuneri referitoare la clauzele contractuale care sunt în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă”. Astfel, contestatorul arată că în afară că societatea sa nu a formulat condiții, nu este dovedit că „propunerile și clarificările contractorului” sunt evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă. În primul rând, precizează contestatorul, potrivit punctului 1 din scrisoarea sa din data de 09.02.2009, ■ face referire la „negocierea amendamentelor propuse”. Prin urmare, aceste amendamente sunt propuse și urmează să fie negociate, autoritatea contractantă având oportunitatea de a răspunde, motiv pentru care declarația că acestea sunt în mod evident dezavantajoase este prematură. În al doilea rând, când se analizează amendamentele propuse, contestatorul apreciază că este clar că se discută doar clarificarea unor articole neclare din contractul propus, ceea ce poate duce la condiții avantajoase pentru autoritatea contractantă. Mai mult, contestatorul apreciază că dacă acele neclarități nu sunt clarificate înainte de a semna contractului, la semnarea proiectului, contractorul se poate vedea obligat să discute câteva aspecte cu autoritatea contractantă, rezultând astfel neconcordanțe cu graficul de execuție și o posibilă creștere a prețului contractului, ambele în dezavantajul evident al autorității contractante.

- Chiar și autoritatea contractantă cere introducerea unor articole adiționale și schimbări ale contractului. În solicitarea de clarificări nr.2, întrebarea nr.3, punctul 2, este propusă adăugarea unei noi clauze contractuale, din această întrebare reieșind clar că și autoritatea contractantă este convinsă de faptul că respectivul contract propus este incomplet.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul solicită anularea deciziei autorității contractante și reconsiderarea evaluării ofertelor.

În punctul de vedere comunicat Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor prin adresa înregistrată sub nr. ■/09.03.2009, referitor la contestația depusă de ■, în calitate de autoritate contractantă, precizează că ■ a depus ofertă în cadrul procedurii, iar, în propunerea financiară, ca răspuns la solicitarea din documentația de atribuire, secțiunea F, formularul FIN 4 „exemplarul de contract semnat prin care ofertantul își demonstrează adeziunea la condițiile contractuale, fără niciun fel de obiecțiuni”, a prezentat documentul „17.4 Angajamente privind condițiile contractuale” prin care, sub titlul „■ Modificări și clarificări legate de oferta prestatorului” a propus 32 de modificări ale clauzelor contractuale. Mai arată că în preambulul acestei propuneri de modificare a contractului, contestatorul menționează că aceste propuneri fac parte integrantă a ofertei și au prioritate față de orice prevederi contrare incluse în orice document care face parte din documentația de ofertă.

Având în vedere că propunerea tehnică prezentată de ■ a îndeplinit cerințele minime solicitate și că este ofertantul calificat cu prețul cel mai scăzut, comisia de evaluare a decis să clarifice poziția ofertantului cu privire la conținutul documentului amintit mai sus față de propunerile de modificare a contractului formulate prin cuprinsul lui. Prin această solicitare de clarificare comisia de evaluare a precizat clar că nu reiese dacă aderă sau nu la condițiile contractuale și a solicitat un răspuns de tipul „da” sau „nu” pentru condițiile contractuale considerate obligatorii, respectiv imperative.

Autoritatea contractantă arată că prin răspunsul la solicitarea de clarificări cu numărul 1, ofertantul răspunde cu „DA” la solicitările de clarificări și precizează în „addendum 2” la răspuns intitulat „Our interpretation of the questions” că graficul de implementare a contractului poate fi menținut numai în cazul în care semnarea contractului se realizează înainte de 1 februarie 2009. Astfel, autoritatea contractantă susține că deși răspunsul formal a fost „da”, contestatorul și-a condiționat răspunsul de alte circumstanțe.

În urma analizării răspunsului primit, comisia de evaluare a constatat că se află în imposibilitatea de a decide dacă oferta este conformă sau neconformă și a transmis către ■ al doilea set de clarificări în dorința de a elimina ambiguitatea în formularea răspunsurilor și de a obține o declarație clară din partea acestuia cu privire la condițiile contractuale. Mai arată că prin răspunsul primit la această solicitare, ■ a transmis formularul de contract semnat, din nou cu amendamente și în care se precizează în mod clar că sunt subiect de negociere între autoritatea contractantă și ofertantul ■, aspectele propuse spre negociere fiind formulate în anexa 3 la acest răspuns, reprezentând nu mai puțin de 16 propuneri de modificare a clauzelor contractuale.

În baza acestui răspuns, comisia de evaluare a considerat că nu mai există niciun dubiu în ceea ce privește intenția ofertantului ■ cu privire la angajamentele contractuale propuse de acesta în cadrul propunerii financiare transmise.

Autoritatea contractantă menționează că în ultima ședință de evaluare, președintele acesteia a informat ceilalți membrii că ofertantul ■ își îndeplinește în mod defectuos obligațiile contractuale în cadrul unui contract de natura și complexitate similare, având ca beneficiar ■. Deși au luat notă de informarea președintelui, comisia de evaluare a decis să nu mai declare oferta ■ și inacceptabilă în baza art.36 alin.(1) din HG nr.925/2006, întrucât rezultatul procesului de evaluare nu este influențat de această informație.

De asemenea, autoritatea contractantă face precizarea că din cei 7 participanți la procedură, numai ■ a depus obiecțiuni la contract.

În ceea ce privește criticile formulate în contestație, în conformitate cu informațiile prezentate în procesul verbal intermediar nr. ■/09.02.2009 întocmit de către comisia de evaluare, autoritatea contractantă precizează că deși contestatorul afirmă în contestație că anexa 3 reprezintă doar o propunere pentru clauze contractuale, în cadrul răspunsului la solicitarea de

clarificări acesta menționează foarte clar că acceptarea contractului este condiționată de negocierea amendamentelor propuse.

De asemenea, arată că procedura de atribuire este „licitație deschisă”, astfel că, în conformitate cu prevederile ce guvernează în materie de achiziții publice, autoritatea contractantă este în imposibilitate de a negocia cu ofertantul ■ clauzele contractuale.

În concluzie, rezultă cu evidență că amendamentele la contract formulate de ■ nu au fost simple propuneri, ci, în realitate au caracterul unor condiții impuse, condiționând practic semnarea contractului de negocierea respectivelor clauze contractuale. Declarația contestatorului în sensul că acceptă contractul în forma propusă prin documentația de atribuire a fost pur formală, deoarece de fiecare dată a venit cu propuneri de modificare a clauzelor contractului, inițial fiind 32 de propuneri, condensate mai apoi în 16 propuneri de modificare a clauzelor contractuale. Mai mult, autoritatea contractantă arată că prin documentul „17.4 Angajamente privind condițiile contractuale” prin care, sub titlul „■ Modificări și clarificări legate de oferta prestatorului”, ■ a propus 32 de modificări ale clauzelor contractuale cu precizarea fără echivoc că modificările propuse țin de esența ofertei și au prioritate față de acceptarea formală a contractului în forma propusă prin documentația de atribuire.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă un extras din procesul verbal de evaluare intermediară nr. ■/09.02.2009 în care comisia de evaluare a analizat conținutul propunerilor prezentate de ■, subliniind clauzele contractuale propuse, vizibil în dezavantajul autorității contractante.

În plus, față de opinia comisiei de evaluare, autoritatea contractantă precizează că propunerea ■ este deosebit de dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă deoarece, în conformitate cu prevederile Autorizației Integrate de Mediu nr.15, neîndeplinirea termenului de finalizare a serviciilor de:

a) eliminarea/tratarea deșeurilor rezultate din golirea batalelor având termen de finalizare 30.12.2011

b) aducerea terenului la starea inițială prin umplerea batalelor cu material care să respecte prevederile Ordinului nr.756/1997 pentru tipul de folosință sensibilă având termen de finalizare 30.12.2012

c) execuție foraje de monitorizare în amonte și aval de batale, având termen de finalizare 30.12.2011

d) ierbarea terenurilor rezultate în urma umplerii batalelor, având termen de finalizare 30.12.2011

conduce la suspendarea Autorizației de Mediu și la încetarea activității după caz, conform OUG nr.195/2005 privind protecția mediului- aprobată prin Legea nr.265/2006, precum și la sancționarea celor vinovați.

De asemenea autoritatea contractantă precizează că dacă se acceptau propunerile de clauze contractuale prezentate de ■, contractul ce ar fi urmat a fi semnat ar fi fost schimbat fundamental în raport cu contractul prezentat în documentația de atribuire, ceea ce ar fi condus la încălcarea principiilor

nediscriminării și cel al tratamentului egal. Mai afirmă că instituția sa are în vedere și comunicarea Comisiei și Consiliului de Miniștrii în legătură cu negocierea condițiilor contractuale pe perioada evaluării ofertelor depuse.

În concluzie, autoritatea contractantă arată că modificările clauzelor contractuale solicitate de ■ au în vedere clauze ce țin de esența contractului și nu clauze specifice. Prin urmare, apreciază că modificarea unor clauze precum:

- cea referitoare la termenul limită contractual în care trebuie prestate serviciile de către contractor cu privire la care ■ a solicitat extinderea termenului

- cea privind răspunderea contractorului în caz de neexecutare a clauzelor contractului cu privire la care ■ a solicitat limitarea răspunderii

- cea referitoare la preț, cu privire la care ■ a solicitat modificarea prețului în funcție de rata de schimb EURO-RON

- cea referitoare la locul de soluționare a disputelor cu privire la care ■ a solicitat ■ ca loc al arbitrajului, și nu sediul achizitorului

ar putea produce grave prejudicii materiale autorității contractante.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că modificarea unor astfel de clauze ar însemna de fapt încălcarea dispozițiilor OUG nr.34/2006 pentru că ar duce la prejudicierea celorlalți ofertanți care și făcut oferte conforme documentației de atribuire.

Cu privire la ultimul argument adus de contestator, autoritatea contractantă menționează că în cadrul documentației de atribuire, la secțiunea D, au fost identificate următoarele clauze contractuale drept clauze contractuale specifice:

- 17.3 din art.17 „Plata”
- 26 „Măsurarea deșeurilor eliminate”.

Autoritatea contractantă face precizarea că aceste clauze contractuale specifice sunt însoțite de următoarea notă „clauza contractuală specifică, a cărui conținut va fi stabilit prin acordul părților în funcție de necesitățile obiective ale ■ și conținutul ofertei declarate câștigătoare, cu respectarea legislației ce guvernează în materie de achiziții publice”.

De asemenea, mai arată că art.37 „alte condiții de executare a contractului” se specifică faptul că „în funcție de necesitățile obiective ale achizitorului și în raport cu conținutul ofertei declarate câștigătoare, părțile prin acord scris, pot stabili condiții de executare a contractului suplimentare celor stabilite prin prezentul contract, cu respectarea legislației în vigoare în materie de achiziții publice”.

Așadar, autoritatea contractantă menționează că prin aceste note a dorit să evidențieze care sunt clauzele contractuale ce pot fi ajustate în funcție de specificul contractului și de oferta câștigătoare, așa cum se specifică și în Ordinul Președintelui ANRMAP nr.155/2006.

Autoritatea contractantă precizează că ■ a propus clauze contractuale ce anihilează clauzele contractuale obligatorii și imperative și care pot, dacă

ar fi fost acceptate, determina încălcarea principiilor nediscriminării și al tratamentului egal.

Mai face referire și la faptul că ■, prin punctul de lucru ■, derulează în acest moment un contract cu ■ având ca obiect „Eliminarea deșeurilor și ecologizarea haldelor din interiorul ■, contract atribuit în baza procedurii de licitație deschisă derulată în perioada 2007-2008, din procesul de evaluare intermediară rezultând că există întâzieri în derularea contractului de cel puțin 11 luni.

Ca o comparație, autoritatea contractantă arată că ■, prin punctul de lucru ■ a atribuit contractul „Eliminarea deșeurilor și ecologizarea batalurilor interioare- ■” către asociera ■, acest contract derulându-se conform graficului de implementare.

Față de cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă menționează că acceptarea amendamentelor propuse de ■ și declararea acestei oferte câștigătoare ar fi generat riscul de a fi acuzată că a încheiat contractul în condiții mai dezavantajoase decât cele prezentate în documentația de atribuire, făcând astfel incidente prevederile art.296¹ din OUG nr.34/2006 și creând premisele sancționării contractului cu nulitate absolută de către ANRMAP.

Pentru considerentele mai sus expuse, autoritatea contractantă solicită resingerea contestației formulate de ■ ca nefondată.

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

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de "licitație deschisă" pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect "servicii pentru eliminarea/tratarea deșeurilor rezultate din golirea bătălelor situate pe amplasamente în zona ■, respectiv ■" cod CPV 90122340-3, 90122000-8, 90122320-7, 90122330-0, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă, fiind publicat în SEAP anunțul de de participare nr. ■ din 13.08.2008, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În procesul verbal de deschidere a ofertelor nr. ■ din 13.10.2008, autoritatea contractantă a consemnat depunerea a 7 oferte, documentele de calificare și ofertele financiare depuse.

În raportul procedurii nr. ■ din 24.02.2009, autoritatea contractantă a consemnat respingerea ofertei depuse de ■ ca fiind neconformă conform art.36 alin.(2) lit.b) din HG nr.925/2006 și pe cea depusă de asociera ■ și ■ SA ca fiind inadmisibilă și neconformă, admisibilitatea celorlalte oferte, precum și desemnarea ofertei depuse de asociera ■ și ■ ca fiind câștigătoare a procedurii, conform criteriului de atribuire stabilit.

Referitor la criticile formulate în contestație, Consiliul reține că, în conformitate cu solicitările documentației de atribuire aferentă acestei proceduri, raportat la oferta depusă de ■, contestatorul nu a respectat întocmai cerința din secțiunea F pct. F.3 unde erau prezentate formularele standard ale propunerii financiare care trebuiau utilizate ca atare, respectiv nu

a prezentat formularul FIN-4- angajamente privind condițiile comerciale conform căruia avea obligația de a depune exemplarul de contract semnat prin care ofertantul își demonstrează adeziunea la condițiile contractuale, fără niciun fel de obiecțiuni.

Consiliul reține că ■ a anexat la oferta sa financiară un document intitulat „■- Modificări și clarificări legate de oferta prestatorului” prin care acesta propunea un număr de 32 de modificări/clarificări. Mai reține că în preambulul acestui document, ofertantul a precizat că oferta sa are la bază modificările specificate „care fac parte integrantă a prezentei oferte”, ele „având prioritate față de orice prevederi contrare incluse în orice document care face parte din documentația de ofertă”. Prin urmare, având în vedere solicitarea expresă a documentației de atribuire specificată mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a procedat corect solicitând clarificări la oferta depusă. În urma acestor solicitări, Consiliul constată că ofertantul ■ a transmis modelul de contract semnat, dar, așa cum reiese din adresa de răspuns la clarificări a acestuia nr. ■ din 09.02.2009, acest document era supus negocierii unor 16 amendamente propuse de ofertant.

Așadar, Consiliul apreciază că ■ prin poziția sa, respectiv condiționarea semnării contractului de modificarea mai multor clauze ale acestuia, nu a respectat întocmai solicitarea expresă din documentația de atribuire referitoare la adeziunea la condițiile contractuale, fără niciun fel de obiecțiuni, prevăzută la secțiunea F, punctul F.3.

Consiliul nu poate reține ca fiind fondate nici susținerile contestatorului cum că amendamentele propuse ar fi în avantajul autorității contractante.

Astfel, de exemplu, propunerea ■ de introducere a unei noi clauze în contract, respectiv clauza 12.4, prin care acesta propune plata de către ■ a dobânzilor la întârzieri de plată, clauză care nu exista în modelul de contract conținut de documentația de atribuire, este în mod clar dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, în condițiile în care în modelul de contract, la art.12.3 este prevăzut doar dreptul prestatorului de a sista prestarea serviciilor în condițiile în care achizitorul nu onorează facturile acceptate la plată „în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei prevăzute convenite (...)”, fără nicio penalizare.

De asemenea, clauza referitoare la obligațiile prestatorului prin care contestatorul propune extinderea termenului limită de prestare a serviciilor, în condițiile în care, în modelul de contract se menționează că „art.11.2 prestatorul se obligă să presteze serviciile în conformitate cu graficul de execuție prezentat în propunerea tehnică, înțelegând că respectarea acestuia este de esența contractului (...)”, reprezintă o altă propunere de clauză contractuală dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă.

Consiliul mai reține că ■ nu a solicitat clarificări sau modificări a clauzelor contractuale înainte de depunerea ofertelor și nici nu a contestat conținutul documentației de atribuire în termenul prevăzut de lege, respectiv până la data depunerii ofertelor.

Totodată, Consiliul apreciază că dacă autoritatea contractantă accepta la acest moment modificarea clauzelor contractuale stabilite prin documentația de atribuire, aceasta ar fi creat un avantaj ofertantului ■ față de ceilalți ofertanți care au depus oferta conform cerințelor impuse, fapt ce ar fi condus la încălcarea principiilor nediscriminării și cel al tratamentului egal, principii prevăzute expres de art.2 alin.(2) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Prin urmare, având în vedere cele mai sus precizate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă în mod corect a încadrat oferta contestatorului în categoria celor neconforme prevăzute de art.36 alin.(2) lit.b) din HG nr.925/2006, deoarece aceasta conține propuneri referitoare la clauze contractuale care sunt în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ■ în contradictoriu cu ■ și va dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

PRESEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■