

DECIZIE
Nr. ■BO2009_0144
Data: ■.2009

Prin contestația nr. ■ din 12.12.2008, transmisă cu adresa nr. ■ din 12.12.2008, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ■ din 12.12.2008, depusă de S.C. ■ S.A., cu sediul ■, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ■, având CIF ■, împotriva deciziei comunicată cu adresa ■ din 04.12.2008, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, emisă de S.C. ■ S.A., cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică „Reabilitarea și extinderea stației de epurare ape menajere pentru aglomerarea ■”, cod CPV 7423200-4 și 45232420-4, se solicită anularea deciziei sau actului prin care autoritatea contractantă a declarat oferta sa ca inacceptabilă, precum și obligarea acesteia de a emite o decizie prin care să constate că oferta sa este câștigătoare a procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Respinge excepția tardivității depunerii contestației de către S.C. ■ S.A., invocată de autoritatea contractantă S.C. ■ S.A.

Respinge capătul de cerere privind anularea raportului procedurii de atribuire nr. ■ din 03.12.2008, formulat prin contestația depusă de S.C. ■ S.A., cu sediul în ■, în contradictoriu cu S.C. ■ S.A., cu sediul în ■, ca nefondat.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante de a emite o decizie prin care să constate că oferta depusă de către ■ este câștigătoare a procedurii de atribuire.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.
Obligatorie.

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 nr. ■ din 12.12.2008, transmisă cu adresa nr. ■ din 12.12.2008, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ■ din 12.12.2008, S.C. ■ S.A. critică decizia autorității contractante S.C. ■ S.A., comunicată cu adresa ■ din 04.12.2008, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică „Reabilitarea și extinderea stației de epurare ape menajere pentru aglomerarea ■”, și solicită anularea deciziei sau actului susmenționat, precum și obligarea autorității contractante de a emite o decizie prin care să constate că oferta sa este câștigătoare a procedurii de atribuire.

În contestație se arată că, prin adresa nr. ■ din 04.12.2008, autoritatea contractantă a comunicat: „în conformitate cu art. 36 alin. (1) din O.U.G. nr. 925/2006, comisia de evaluare hotărăște respingerea ofertei declarând-o inacceptabilă”, deoarece „costul de execuție (...), în cuantum de ■ lei, depășește bugetul propus pentru acest contract, iar S.C. ■ S.A. (...) nu-și poate asuma riscul depășirii fondurilor aprobate de Comisia Europeană în condițiile în care proiectul (...) include nouă contracte pentru care se fac actualizări permanente de preț”.

Contestatorul învederează că, în fișa de date, se indică, la punctul de 1.5 „Sursa de finanțare: fonduri europene - 85%, cofinanțare națională - 15%”, la punctul 2.2.1 se prevede că valoarea estimată a contractului este ■ lei, iar la punctul 7.1 se prevede aplicarea criteriului de atribuire „cea mai avantajoasă ofertă economică”, calculată conform formulei:

$P = \text{Prețul ofertei} + 25 \times (\text{cost operațional anual maxim garantat})$, unde P reprezintă combinația de preț dintre costul de investiții și cost operațional anual pe o durată de 25 ani.

Contestatorul menționează că valorile ofertelor calculate conform formulei, au fost, conform procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ■ din 31.10.2008, următoarele: S.C. ■ S.A. - ■ lei, ■ - lei și ■/■ - ■ lei.

Indicatorul „costul de execuție”, menționat de autoritatea contractantă, susține contestatorul, nu se regăsește în formula de calcul menționată la punctul 7 „Criterii de atribuire”, iar, dacă se echivalează „costul de execuție” cu „costul de investiții” sau „Prețul ofertei” din formularul ofertei, acesta nu este luat în calcul la „Criterii de atribuire”, fiind inclus în „Valoarea ofertei”, care este, în cazul său, de ■ lei.

Contestatorul arată că, dacă se echivalează „costul de execuție” cu valoarea estimată a contractului, de ■ lei, aceasta este o „sumă orientativă”, despre care, în caietul de sarcini, nu se menționează că nu poate fi depășită și nici nu intră în formula de calcul indicată la „Criterii de atribuire”.

Referitor la afirmația autorității contractante, conform căreia aceasta nu-și poate asuma riscul depășirii fondurilor aprobate de Comisia Europeană, în condițiile în care proiectul include nouă contracte pentru care se fac actualizări permanente de preț, S.C. ■ S.A. subliniază că, în anunțul de intenție nr. ■ din 06.11.2007, s-a specificat că valoarea estimată a contractului este de ■ euro, iar în anunțul de participare nr. ■ din 16.08.2008 s-a stipulat că valoarea estimată a contractului este de ■ lei, la cursul de ■ lei/euro.

Contestatorul precizează că, la solicitarea de clarificări referitoare la motivul pentru care se impune folosirea valorii în lei în locul celei în euro, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. ■ din 11.09.2008, precizând că oferta va fi prezentată în lei, iar ofertanții sunt obligați, ca la stabilirea prețului ofertei, să ia în calcul riscurile generate de cursul de schimb leu/euro.

Referitor la acest aspect, contestatorul susține că dacă se actualiza prețul, valoarea estimată a contractului ar fi fost de ■ lei (curs ■ lei/euro) la 15.08.2008, data publicării anunțului în SEAP, și de ■ lei (curs ■ lei/euro) la 31.10.2008, data depunerii ofertelor.

Contestatorul învederează că, din variația cursului lei/euro și din prețurile ofertelor în lei, din contract, se face o economie de ■ euro, iar, prin faptul că acest contract fiind FIDIC 1999, care prevede un fond de 10% pentru „diverse și neprevăzute”, se realizează o economie de ■ euro de la bugetul EU alocat pentru această lucrare.

În opinia contestatorului, afirmația autorității contractante că oferta acestuia a depășit „valoarea alocată”

este nefondată și „nu poate fi primită”, în condițiile în care nu toate fondurile alocate provin din surse U.E., ci provin și din fonduri de la bugetul de stat, bugetul local și din împrumuturi, este „evident și de notorietate” că fondurile ce provin de la bugetul de stat sau de la bugetul local pot fi suplimentate prin rectificări de buget și, de asemenea, pot fi atrase și alte surse de finanțare.

Contestatorul subliniază că autoritatea contractantă folosește o „valoare estimată” a contractului, ceea ce, în opinia sa, presupune o marjă, în plus sau în minus.

Contestatorul susține că a dovedit, „cu prisosință”, că dispune de logistica necesară, are capacitatea tehnică și financiară, de a susține și realiza „un proiect de o asemenea anvergură”.

În considerarea celor de mai sus, S.C. ■ S.A. susține că decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă, este „total” nelegală și nefondată.

În drept, sunt invocate prevederile O.U.G. nr. 34/2006.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: dovada comunicării contestației către S.C. ■ S.A., adresa nr. ■ din 04.12.2008, documentația de atribuire, procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, anunțul de intenție și anunțul de participare.

Cu adresa nr. ■ din 18.12.2008, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ■ din 18.12.2008, S.C. ■ S.A. a transmis punctul de vedere nr. ■ din 17.12.2008, referitor la contestația formulată de S.C. ■ S.A., prin care solicită respingerea acesteia, pentru mai multe motive.

Astfel, autoritatea contractantă arată că susținerea S.C. ■ S.A., referitoare la faptul că valoarea estimată a contractului, menționată la art. 2.2.1 din fișa de date a achiziției, este o sumă orientativă, nefiind menționat, în „caietul de sarcini”, că această valoare nu poate fi depășită, nu este corectă, deoarece valoarea estimată a fost determinată prin actualizarea devizului general cu indicele de inflație total, publicat de INS la data publicării anunțului de participare, și reprezintă valoarea disponibilă la data încheierii contractului.

Autoritatea contractantă învederează că, chiar dacă în „caietul de sarcini” nu este menționat, explicit, că această valoare nu poate fi depășită, totuși ofertantul era obligat să se conformeze legislației în vigoare și să țină seama de

prevederile H.G. nr. 925/2006, sau putea solicita clarificări în acest sens, cu atât mai mult cu cât în art. 4.3 „Legislația aplicată” din fișa de date au fost specificate principalele acte normative care se aplică.

Referitor la noțiunea „cost de execuție”, utilizată în adresa autorității contractante nr. ■ din 04.12.2008, aceasta face precizarea că, chiar dacă această noțiune nu se regăsește în fișa de date, reprezintă „prețul ofertei”, respectiv valoarea de ■ lei, așa cum a fost declarat în Formularul de ofertă.

S.C. ■ S.A. menționează că răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. ■ nu se referă la cursul leu/euro, care a fost utilizat la calculul valorii estimate a contractului, ci se referă la modul în care ofertantul își calculează prețul ofertei, luând în calcul toți factorii care influențează acest preț.

În punctul de vedere se arată că, prin contractul de finanțare a proiectului „Extindere și reabilitarea sistemelor de alimentare cu apă și canalizare în județul ■”, încheiat între ■ și S.C. ■ S.A., s-a stabilit valoarea maximă de finanțare a acestui proiect, în lei, conform prevederilor legale la data încheierii acestui contract, și, în consecință, valoarea contractelor, a plăților, a cererilor de rambursare din cadrul acestui proiect se vor face în lei, implicit și valoarea prevăzută pentru contractul în speță a fost exprimată în lei.

În opinia autorității contractante, toate tentativele contestatorului de transformare a valorii din euro în lei, la date diferite, nu sunt justificate.

Autoritatea contractantă arată că anunțul de intenție publicat în anul 2007 a indicat o valoare estimată mai mare, întrucât, la vremea respectivă, în volumul de lucrări, au fost incluse unele componente, respectiv stații de ape uzate, care, ulterior, în urma aprobării documentației, au fost incluse în alte contracte.

S.C. ■ S.A. precizează că valoarea estimată a contractului, actualizată pe baza cursului leu/euro la data publicării anunțului de participare, menționată în contestație, de ■ lei, este inferioară prețului ofertei și, în această situație, decizia sa este în conformitate cu prevederile legislației în vigoare.

Se mai precizează, în punctul de vedere, că S.C. ■ S.A. confundă „prețul ofertei” cu „criteriul de atribuire”, prezentat în fișa de date, și afirmă că valoarea ofertei contestatorului a

fost de ■ lei, așa cum s-a menționat în formularul de ofertă și în detalierea formulei de calcul a criteriului de evaluare, iar valoarea de ■ lei reprezintă rezultatul aplicării algoritmului de calcul pentru stabilirea ofertei celei mai avantajoase, nereprezentând prețul ofertei, și care stabilește valoarea contractului.

Autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. ■ din 04.12.2008, contestatorului i s-a comunicat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 36 alin. (1) lit. e) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, "ca urmare a depășirii valorii estimate a contractului", și, în consecință, în conformitate cu prevederile legale, criteriile de atribuire aplicându-se numai ofertelor declarate admisibile, ofertei contestatorului nu i s-a aplicat criteriul de atribuire.

Referitor la critica contestatorului, privind neinclusiunea, în calculul valorii estimate, a unor sume pentru „diverse și neprevăzute”, autoritatea contractantă susține că aceasta este nejustificată, întrucât, la art. 3.1.2 din fișa de date, a fost indicat că aceste valori nu sunt incluse, nefiind încălcată vreo prevedere legală în acest caz.

Autoritatea contractantă mai susține că solicitarea contestatorului de suplimentare a fondurilor pentru acest contract nu este necesară, atâta timp cât există o altă ofertă care îndeplinește criteriile de selecție și calificare, care propune o ofertă tehnică corespunzătoare cerințelor din documentația de atribuire, la un preț al ofertei care se încadrează în valoarea estimată a contractului, conform fișei de date.

Afirmația contestatorului privind posibilitatea susținerii unui astfel de proiect, este, în opinia autorității contractante, exagerată, întrucât a depus o ofertă tehnică insuficient susținută și demonstrată, drept pentru care, chiar dacă ar fi avut un preț inferior valorii estimate, nu ar fi fost acceptabilă din punct de vedere tehnic.

S.C. ■ S.A. susține că cele din punctul de vedere ilustrează, pe deplin, faptul că, prin emiterea adresei nr. ■ din 04.12.2008, a acționat în deplină conformitate cu legislația privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă mai susține că S.C. ■ S.A. nu este în drept să formuleze contestația, întrucât oferta a fost depusă de SOCIETATEA MIXTĂ ■, S.C. ■ S.A. fiind una dintre

cele 3 societăți ale Consorțiului și, prin urmare, contestația trebuia formulată de către SOCIETATEA MIXTĂ ■. Autoritatea contractantă menționează că SOCIETATEA MIXTĂ ■ trebuia să fie reprezentată la procedură de către ■, în urma mandatului special și netransferabil acordat acestuia, și nu de dl. ■, care nu avea calitatea de a se prezenta și de a semna.

S.C. ■ S.A. solicită respingerea, ca tardivă, a contestației depusă de S.C. ■ S.A., în baza art. 271 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, întrucât autoritatea contractantă nu a fost notificată cu privire la depunerea contestației la C.N.S.C.

În drept, sunt invocate prevederile art. 274 din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu adresa nr. ■ din 18.12.2008, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ■ din 18.12.2008, S.C. ■ S.A. a depus, în copie conformă cu originalul, documentele dosarului achiziției publice.

Analizând înscrisurile depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

Procedura de licitație deschisă, fără împărțire pe loturi, a fost inițiată prin publicarea, în SEAP, a anunțului participare nr. ■, în data de 16.08.2008, și în JOUE, criteriul de atribuire fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Anunțul de intenție, pe loturi, a fost publicat, în SEAP, cu nr. ■ din 06.11.2007, și în JOUE, cu nr. ■/■ din 09.11.2008.

Au fost depuse 3 oferte, printre care și cea a ofertantului „S.C. ■ S.A. societate mixtă”, care au fost deschise în data de 31.10.2008, prilej cu care a fost încheiat procesul-verbal al ședinței de deschiderea ofertelor nr. ■ din 31.10.2008. Așa cum reiese din acest document, nicio ofertă nu a fost respinsă la deschidere.

Conform raportului procedurii nr. ■ din 03.12.2008, ofertantul câștigător este ■, cu o ofertă în valoare de ■ lei fără TVA și cost anual de operare de ■ lei.

Oferta depusă de SOCIETATEA MIXTĂ ■, având un preț de ■ lei și un preț anual de operare de ■ lei a fost declarată „admisibilă” și a fost respinsă ca „inacceptabilă”, întrucât autoritatea contractantă „nu poate suporta costuri mai mari decât estimate în caietul de sarcini”, așa cum rezultă din raportul procedurii susmenționat.

În conformitate cu prevederile art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să se pronunțe, mai întâi, cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, pe care o va respinge, din următoarele motive:

Procedura de atribuire fiind inițiată în data de 16.08.2008, așa cum s-a arătat mai sus, îi sunt aplicabile prevederile ordonanței de urgență, în forma în care aceasta opera la data inițierii procedurii în cauză, prin urmare prevederile art. 272 alin. 1 așa cum acesta a fost modificat prin prevederile O.U.G. nr. 143/2008, nu sunt aplicabile.

Astfel, Consiliul, analizând susținerile autorității contractante potrivit cărora contestatorul nu și-ar fi îndeplinit obligația de a o notifica cu privire la depunerea contestației în fața Consiliului, se va raporta, în soluționare, la dispozițiile art. 271 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu care "Odată cu transmiterea contestației către Consiliu sau cel târziu în următoarea zi lucrătoare datei transmiterii, contestatorul va înainta autorității contractante, sub sancțiunea nulității contestației, o copie a acesteia și a înscrisurilor prevăzute la alin. (1), dacă acestea sunt disponibile".

Din înscrisurile depuse de către contestator la dosarul cauzei, rezultă că, o copie de pe contestația transmisă Consiliului, a fost transmisă, prin fax, și autorității contractante, în data de 12.12.2008, fiind înregistrată la aceasta sub nr. ■/12.12.2008, ceea ce înseamnă că S.C. ■ S.A. și-a îndeplinit, sub acest aspect, obligația instituită în sarcina sa prin lege.

Față de cele prezentate, Consiliul respinge excepția tardivității contestației, în drept a nulității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Pentru verificarea susținerilor autorității contractante potrivit cărora contestația este introdusă de o persoană fără calitate, Consiliul a solicitat S.C. ■ S.A., prin adresa nr. ■ din 22.12.2008, să depună înscrisuri din care să reiasă forma juridică a SOCIETĂȚII MIXTE ■ care a depus ofertă în cadrul procedurii în cauză, precum și împuternicirea în baza căreia S.C. ■ S.A. a depus contestație în numele și pentru societatea mixtă susmenționată.

Cu adresa nr. ■ din 07.01.2009, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ■ din 07.01.2009, S.C. ■ S.A. a depus contractul de

parteneriat, încheiat între S.C. ■ S.A., ■ - ■ și ■, cu încheiere de autentificare nr. ■ din 28.10.2008, cu scopul de a crea o societate mixtă care să participe la procedura în cauză, precum și procura specială prin care ■, administrator unic la S.C. ■ S.A. este împuternicit să reprezinte pe ■-■ "în fața oricărei persoane fizice și juridice", semnând în numele său și pentru sine, semnătura acestuia fiindu-i opozabilă.

Față de înscrisurile depuse, Consiliul constată că susținerile autorității contractante cu privire la calitatea de contestator a S.C. ■ S.A. sunt nefondate și nu le va reține, în soluționare.

Pe fondul cauzei, examinând contestația depusă de către S.C. ■ S.A., punctul de vedere al autorității contractante, în baza înscrisurilor depuse la dosar, precum și în considerarea prevederilor legale care reglementează în materie, Consiliul constată următoarele:

SOCIETATEA MIXTĂ ■ a avut o ofertă financiară de ■ lei, care depășea valoarea fondurilor alocate, în valoarea de ■ lei, valoare care reiese din nota justificativă privind valoarea estimată a contractului, în care apare, distinct menționat "buget (lei fără TVA) ■", precum și din documentele transmise la Consiliu, la solicitarea acestuia, de către autoritatea contractantă, cu adresa nr. ■ din 13.01.2009, în cazul de față valoarea estimată a contractului fiind egală cu valoarea fondurilor care pot fi disponibilizate pentru realizarea contractului.

Față de situația prezentată, Consiliul constată incidența, în cauză, a prevederilor art. 36 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006, în conformitate cu care „Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) e) prețul inclus în propunerea financiară depășește valoarea fondurilor care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv”.

Susținerile contestatorului referitoare la eventuale suplimentări ale fondurilor alocate, nu vor fi reținute, în soluționare, prevederile legale invocate mai sus reglementând expres, sub acest aspect.

De asemenea, Consiliul nu va reține, fiind nefondate, susținerile contestatorului în conformitate cu care, fiind vorba despre o valoare estimată a contractului, iar nu despre una fixă, se pot admite variații de la aceasta, deoarece, de fapt și de drept, raportarea se face, așa cum precizează articolul de

lege invocat, la valoarea fondurilor alocate, iar nu la valoarea estimată a contractului cum, în mod eronat, apare în contestație, pe de-o parte, iar pe de altă parte, deoarece situația în speță este reglementată expres prin dispozițiile legale invocate mai sus.

Prin urmare, decizia autorității contractante de a declara oferta depusă de către SOCIETATEA MIXTĂ ■ inacceptabilă, apare ca întemeiată.

În ceea ce privește criticile contestatorului cu privire la faptul că valoarea estimată a contractului a fost stabilită în lei, iar nu în euro, Consiliul reține tardivitatea acestora, raportat la prevederile art. 272 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, S.C. ■ S.A. luând cunoștință de această prevedere, din anunțul de participare, din documentația de atribuire și, ulterior, din răspunsul la clarificări nr. ■ din 11.09.2008.

Față de cele prezentate, Consiliul respinge capătul de cerere privind anularea raportului procedurii de atribuire nr. ■ din 03.12.2008, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 5 din ordonanța de urgență, ca nefondat.

Examinând capătul de cerere privind obligarea autorității contractante de a emite o decizie prin care oferta SOCIETĂȚII MIXTE ■ să fie declarată câștigătoare, Consiliul urmează a-l respinge, ca inadmisibil, în temeiul prevederilor art. 278 alin. 5 din actul normativ susmenționat, decizia privind oferta câștigătoare fiind o atribuție exclusivă a comisiei de evaluare, așa cum prevede art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și art. 72 alin. 2 lit. j din H.G. nr. 925/2006.

În temeiul prevederilor art. 278 alin. 6 din ordonanța de urgență, Consiliul dispune continuarea procedurii de atribuire.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. 3 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactată în 3 exemplare originale, conține 10 (zece) file.