



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

..., Str.Stavropoleos, nr.6 sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745, [www. cnsc.ro](http://www.cnsc.ro)

În conformitate cu prevederile art. 266 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, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., depusă de către S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., str. ...nr. ..., bloc ..., ap. ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin director general ..., în calitate de lider al asociației S.C. ...S.R.L. – S.C. ...S.A., împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire, comunicată prin adresa nr. ..., emisă de S.C. ...S.A., cu sediul în ..., ...nr. ..., ..., cod poștal ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Consolidare coș de fum nr. 2 -...”, cod CPV 45000000-7, se solicită anularea actului atacat, ca nelegal și abuziv, în raport cu dispozițiile legale în materie, cu deciziile C.N.S.C. nr. ...și nr. ..., precum și a Deciziilor civile nr. ..., pronunțată în data de 27.02.2012 și nr. ..., pronunțată în data de 22.03.2012, de către Curtea de Apel ... Secția a VIII-A Contencios Administrativ și Fiscal.

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

DECIDE:

Admite contestația depusă de către S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., str. ...nr. ..., bloc ..., ap. ..., sector ..., în contradictoriu cu S.C. ...S.A., cu sediul în ..., ...nr. ..., ..., cod poștal ..., anulează raportul procedurii de

atribuire nr. ... și actele subsecvente acestuia și dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor din motivare și a celor două decizii pronunțate de Curtea de Apel

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. ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., S.C. ...S.R.L. critică decizia de anulare a procedurii de atribuire, comunicată prin adresa nr. ..., emisă de către S.C. ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Consolidare coș de fum nr. 2 -...”, solicitând anularea actului atacat, ca nelegal și abuziv, în raport cu dispozițiile legale în materie și cu deciziile C.N.S.C. nr. ...și nr. ..., precum și cu Deciziile civile nr. ..., pronunțată în data de 27.02.2012, și nr. ..., pronunțată în data de 22.03.2012 de către Curtea de Apel ... Secția a VIII-A Contencios Administrativ și Fiscal.

În motivare, contestatorul arată că, prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că procedura de atribuire a fost anulată, în temeiul art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. 34/2006, „deoarece pe parcursul analizei și evaluării ofertelor comisia de evaluare a fost înștiințată de autoritatea contractantă cu privire la existența unei erori majore în estimarea valorii lucrărilor în raport de lucrările solicitate în caietul de sarcini publicat pe SEAP”.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă își întemeiază hotărârea de anulare a procedurii de atribuire pe o situație creată artificial, respectiv de micșorare a valorii estimate a lucrării, astfel încât aceasta să poată fi asimilată cazului prevăzut la art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul învederează că această eroare majoră era cunoscută comisiei de evaluare, stând la baza raportului procedurii nr. ..., prin care a fost declarată câștigătoare a procedurii, cu eludarea Deciziei C.N.S.C. nr. ..., asociația al cărei lider este S.C. ... S.A.

Pe de o parte, contestatorul apreciază că, dacă autoritatea contractantă era interesată de aplicarea prevederilor legale invocate în adresa prin care a comunicat despre anularea procedurii de atribuire, le putea constata și aplica cu un an în urmă, fără a mai prelungi procedura de atribuire prin decizie de atribuire a contractului, pentru a doua oară, aceluiași ofertant și, apoi, atacarea cu recurs a Deciziei Consiliului la Curtea de Apel

Pe de altă parte, contestatorul arată că, prin 6 adrese, autoritatea contractantă i-a solicitat prelungirea valabilității ofertei și a scrisorii de garanție bancară, motivând că nu poate lua o decizie privind finalizarea procedurii, având în vedere că nu a fost încă redactată motivarea Deciziei

Curții de Apel ..., pronunțată în Dosarul nr. ..., privind soluționarea plângerii depusă de către S.C. ...S.A., împotriva Deciziei C.N.S.C. nr. ..., deși autoritatea contractantă era în acea perioadă în posesia motivării Deciziei civile nr. ... a Curții de Apel ..., pronunțată în dosarul nr. ...privind soluționarea plângerii, depus de ea însăși împotriva Deciziei C.N.S.C. nr. ..., deci era în posesia tuturor argumentelor pentru a lua o decizie.

În contestație se învederează că, în plângerea depusă, autoritatea contractantă nu face vorbire de apariția unei erori majore, deși, la data respectivă, avea cunoștință despre aceasta, pentru ca numai după publicarea motivării Deciziei Curții de Apel ..., pronunțată în Dosarul nr. ..., să constate existența unei erori majore cu privire la valoarea estimată a contractului și să anuleze procedura.

S.C. ...S.R.L. susține că autoritatea contractantă a dat dovadă de rea voință și sfidarea autorităților statului prin nepunerea în aplicare a celor două decizii ale Consiliului, nici după pronunțarea unei sentințe judecătorești definitive, respectiv nu a descalificat asociația al cărei lider este S.C. ...S.A., pentru neîndeplinirea cerinței privind experiența similară.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că măsura este în totalitate nemotivată, nearătându-se care este eroarea în estimarea valorii lucrărilor, cum aceasta a afectat procedura, și nici care ar fi măsurile corective de natură a duce la încălcarea art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006. De asemenea, se învederează că valoarea estimată a lucrărilor reprezintă doar un element provizoriu de ghidaj, valoarea reală a lucrărilor fiind dată de prețul ofertelor și apoi de prețul de adjudecare.

În opinia contestatorului, situația se încadrează în prevederile art. 93 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006, anularea procedurii realizându-se pe baza unor motive artificiale, fără susținerea în drept, fără argumentarea în fapt, fără identificarea unor elemente de natură a se circumscrie textelor legale invocate de însăși autoritatea contractantă.

Față de cele de mai sus, S.C. ...S.R.L. solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire și finalizarea procedurii cu punerea în aplicare și respectarea deciziilor obligatorii și irevocabile ale Consiliului.

În drept, contestația se întemeiază pe dispozițiile art. 55 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

În susținerea contestației, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: raportul procedurii nr. ..., adresele autorității contractante nr. ..., nr. ..., nr. ..., nr. ..., nr. ..., nr. ..., nr. ... și nr. ..., plângerea autorității contractante nr. ..., Decizia civilă nr. ... în dosarul ..., Decizia civilă nr. ... în dosarul nr.

Cu adresa nr. ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., S.C. ...S.A. a transmis, în conformitate cu prevederile art. 274 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, punctul de vedere la contestația depusă de S.C. ...S.R.L.

Referitor la nepunerea în aplicare a deciziilor Consiliului și ale instanțelor judecătorești, autoritatea contractantă face un istoric al procedurii, arătând că au fost depuse 4 oferte, printre care și cea a

contestatorului, în urma evaluării ofertelor a fost declarată câștigătoare oferta depusă de asocierea al cărei lider este S.C. ...S.A., rezultat care a fost contestat la C.N.S.C. de către S.C ...S.A., S.C ...S.R.L. și S.C. ... S.A., iar contestațiile au fost soluționate prin decizia C.N.S.C. nr. ...; ...; ... Prin decizia menționată a fost respinsă, ca nefondată, contestația depusă de către S.C. ... S.A., fiind admise, în parte, contestațiile depuse de către S.C ...S.R.L. și S.C ...S.A., și s-a dispus anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acestuia și continuarea procedurii de atribuire cu etapa de evaluare a ofertelor, inclusiv verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către asocierea al cărei lider este S.C ...S.A., totodată fiind respinse, ca inadmisibile, capetele de cerere privind „descalificarea” ofertei declarată câștigătoare din contestația depusă de către S.C ...S.R.L., respectiv privind declararea drept câștigătoare a ofertei depusă de asocierea al cărei lider este S.C ...S.A. precum și obligarea autorității contractante de a încheia contractul cu această asocier, cuprinse în contestația depusă de către S.C ...S.A.

În punctul de vedere se menționează că punerea în aplicare a deciziei Consiliului s-a realizat prin reevaluarea ofertelor, întregul proces de evaluare fiind relatat în raportul procedurii nr. ..., comisia de evaluare hotărând, cu votul a 2/3 din numărul membrilor, aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, pentru ofertele admisibile, și atribuirea contractului către asocierea al cărei lider este S.C ...S.A.

Se precizează că împotriva acestei decizii a fost formulată contestație, de către S.C ...S.R.L., Consiliul soluționând-o prin Decizia nr. ..., prin care a anulat, și de această dată, raportului procedurii și a dispus reluarea procedurii, cu etapa de evaluare a ofertelor.

Considerând ca au fost întreprinse, în etapele anterioare, toate demersurile necesare pentru reevaluarea ofertelor în spiritul celor din motivarea deciziei C.N.S.C. nr. ..., respectiv a solicitat toate înscrisurile care ar fi putut să susțină îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară, de către asocierea al cărei lider este S.C ...S.A., autoritatea contractantă arată că a uzat de dreptul legal prevăzut la art. 281 alin. (1) din O.U.G. 34/2006 și a formulat plângere împotriva Deciziei C.N.S.C. nr. ..., plângere care a fost respinsă ca nefondată, prin Decizia civilă nr. ..., instanța declarând soluționarea ca irevocabilă. Autoritatea contractantă precizează că această decizie a fost redactată pe data de 23.05.2012, concluzia reieșită din motivarea instanței fiind aceea că documentele depuse de S.C ...S.A. nu dovedesc realizarea efectivă a coșurilor de fum de la CE ... de către S.C ...S.A. și, deci, executarea lucrării în materialitatea sa.

În punctul de vedere se menționează că decizia C.N.S.C. nr. ... a fost atacată cu plângere, la Curtea de Apel ..., și de către S.C ...S.A., plângere care a fost respinsă ca nefondată, pe data de 22.03.2012, instanța declarând soluționarea ca irevocabilă, iar concluzia din motivarea acestei decizii, primită de S.C. ...S.A., pe data de 21.09.2012, a fost aceeași ca și în cazul plângerii formulată de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă precizează că a pus în aplicare prevederile deciziei C.N.S.C. nr. ..., și, în considerarea celor din motivarea acestei decizii și a deciziei civile a Curții de Apel ... nr. ..., a declarat inacceptabilă oferta depusă de asocierea al cărei lider este S.C. ...S.A., în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, deoarece nu îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară.

În legătură cu pretinsa încălcare a dispozițiilor art. 93 alin. (4) din H.G. 925/2006, invocată de contestator, aceasta precizează că, prin adresa nr. ..., a comunicat contestatorului rezultatul procedurii de atribuire, respectiv anularea procedurii, în temeiul art. 209 alin. 1 lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, motivat de faptul că, pe parcursul analizei și evaluării ofertelor, comisia de evaluare a fost înștiințată de autoritatea contractanta cu privire la existența unei erori majore în estimarea valorii lucrărilor în raport de lucrările solicitate în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă susține că eroarea majoră în estimarea valorii este relevantă de diferența dintre valoarea prezentată în Nota de evaluare a achiziției, anexată Raportului de necesitate și oportunitate nr. ... din 26.08.2011 - documente elaborate și aprobate de către Sucursala ...- și valoarea estimată a lucrărilor supuse procedurii, ce sunt prevăzute în caietul de sarcini.

Astfel, precizează faptul că, deși din raportul menționat mai sus, nu rezultă cuprinderea, în cadrul lucrărilor ce urmează a se executa, a lucrărilor aferente coșurilor de fum metalice provizorii și devierea canalelor de gaze de ardere (Obiectul 01 - Lucrări pregătitoare pentru consolidarea coșului de fum nr. 2 din cadrul devizului general al investiției), lucrări estimate în devizul general la 7.467.000 lei și care nu au fost cuprinse în caietul de sarcini publicat în SEAP, totuși, valoarea estimată a contractului prevăzută în Nota de evaluare nu a fost corectată corespunzător cu scăderea valorii acestor lucrări pregătitoare, aspect asupra căruia au atras atenția 3 dintre membrii comisiei de evaluare care au formulat obiecțiuni la raportul procedurii întocmit în luna iunie, de către comisia de evaluare.

În vederea lămuririi acestei erori majore asupra estimării valorii lucrărilor cuprinse în caietul de sarcini, se menționează în punctul de vedere, autoritatea contractantă a solicitat Institutului de Studii și Proiectări Energetice, elaboratorul devizului general al investiției, evaluarea lucrărilor de consolidare coș fum nr. 2 - CET Sud cuprinse în caietul de sarcini, acesta întocmind documentația cu nr. ..., din care rezultă că valoarea actualizată a lucrărilor cuprinse în caietul de sarcini al procedurii, în prețuri valabile la data de 30.08.2011, este de 14.150.200 lei, documentația transmisă de ...fiind avizată de către ...al S.C. ...S.A., în data de 29.11.2012, prin Avizul ...nr. ...și fiind înaintată comisiei de evaluare prin adresa nr. ...

În punctul de vedere se menționează că, în data de 03.12.2012, comisia de evaluare a hotărât, cu votul a 2/3 din numărul membrilor, anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, considerând că estimarea eronată a valorii achiziției reprezintă o eroare în înțelesul art. 209 alin. (4) lit. b),

eroare ce nu poate fi corectată fără ca acest lucru să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă critică opinia contestatorului potrivit căreia „valoarea reală a lucrărilor fiind dată de prețul ofertanților și apoi de prețul de adjudecare”, apreciind că valoarea estimată a contractului are o influență majoră atât în elaborarea ofertelor cât și în procesul de evaluare a acestora, conform art. 202 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 9, art. 36 și art. 36¹ din H.G. nr. 925/2006).

Susține că valoarea ofertei singurului ofertant rămas în competiție este mai mare cu peste 18% față de „valoarea reală a lucrărilor prevăzute în caietul de sarcini”, care este de 14.150.200 lei, valoare ce poate fi determinată din devizul investiției, ce a stat la baza raportului de necesitate și oportunitate, confirmată și prin documentația întocmită de ISPE, fără includerea lucrărilor pregătitoare însumate la 7.467.000 lei, astfel încât atribuirea contractului, către acest ofertant, ar reprezenta o gravă încălcare a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) -f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Față de cele din punctul de vedere, S.C. ...S.A. solicită respingerea contestației formulată de către S.C ...S.R.L., ca neîntemeiată.

Cu adresa nr. ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., S.C. ...S.A. a transmis „completare la punctul de vedere...”, în care subliniază că atât contestația depusă la C.N.S.C. de către S.C ...S.R.L., din etapa a doua, cât și plângerile depuse ulterior de S.C ...S.A. și S.C ...S.A. la Curtea de Apel ... - Secția Contencios Administrativ și Fiscal, au avut ca obiect îndeplinirea, sau nu, de către ofertanți, a cerințelor de calificare și selecție și nicidecum determinarea eronată a valorii estimate a contractului, care a condus la decizia autorității contractante de a anula procedura.

În acest sens, autoritatea contractantă susține că a respectat riguros deciziile Curții de Apel și ale C.N.S.C., declarând inacceptabilă oferta depusă de asocierea al cărei lider este S.C ...S.A., astfel încât afirmația contestatorului cu privire la reaua voință a autorității contractante și la sfidarea autorităților statului, prin nepunerea în aplicare a celor două decizii ale C.N.S.C., este total lipsită de temei.

În opinia autorității contractante, o dovadă de netăgăduit a bunei sale credințe este și faptul că a dispus contractarea cu un proiectant de specialitate de mare competență și experiență, a unei evaluări a lucrărilor ce fac obiectul caietului de sarcini, din care să rezulte o valoare estimată cât mai corectă a achiziției. Autoritatea contractantă precizează că face o corecție la valoarea estimată rezultată din această ultimă evaluare elaborată de, precizată în punctul de vedere nr. ..., respectiv valoarea estimată a lucrărilor scoase la licitație este de 13.490.000 lei, fără TVA, care cuprinde: proiectare, lucrări de execuție, organizare de șantier, diverse și neprevăzute aferente, iar diferența până la valoarea de 14.150.000 lei, fără TVA, respectiv 660.000 lei, fără TVA reprezintă cheltuieli ale beneficiarului: proiectare SF și expertiză, actualizare SF, cheltuieli pentru licitații, cheltuieli pentru inspectori de șantier, asistență tehnică, taxe pentru obținerea de avize, acorduri și autorizații, comisioane,

cote, taxe, astfel încât valoarea estimată corect a achiziției este de 13.490.000 lei, fără TVA.

Autoritatea contractantă învederează că această concluzie a proiectantului a fost confirmată în practică chiar de procedura derulată ce face obiectul acestei contestații, deoarece media celor trei oferte competitive prezentate în cadrul procedurii, inclusiv cea a contestatorului, se situează la valoarea de 14.400.000 lei, destul de apropiată de valoarea estimată corect de proiectant.

Autoritatea contractantă arată că, în condițiile valorii estimate a achiziției, de 13.490.000 lei, coroborat cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. e¹) din H.G. nr. 925/2006, oferta depusă de S.C. ...S.R.L. ar fi inacceptabilă, rezultând că este nefondată acuzația contestatorului, conform căreia autoritatea contractantă a luat această măsură cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

Susținând că, în aceste condiții, atribuirea contractului către S.C. ...S.R.L. i-ar crea un prejudiciu foarte important, S.C. ...S.A. solicită permisiunea de a-și susține și oral cauza în fața C.N.S.C., iar, în măsura în care se va considera evaluarea făcută de ...din noiembrie 2012 ca fiind insuficientă, să se dispună efectuarea unei „expertize independente” la același nivel de competență și obiectivitate ca

Față de punctul de vedere al autorității contractante și de completarea la acesta, S.C. ...S.R.L. a transmis, prin adresa nr. 8 din 07.01.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., completare la contestație, în care arată că, în Decizia C.N.S.C. nr. ..., este prevăzut că nu Consiliul descalifică sau declară câștigători participanții la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, ci autoritatea contractantă, fiind clarificat cu argumente pertinente că asociația declarată câștigătoare nu îndeplinește cerința privind experiența similară și, pe cale de consecință, trebuie descalificată, fapt pe care autoritatea contractantă l-a ignorat.

Contestatorul învederează că, neluând în considerare recomandările din decizia Consiliului, și cele ale opiniei separate a doi membri din comisie, comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii nr. ..., în care, cu încălcarea unor prevederi legale, întocmește un clasament al ofertanților în funcție de o valoare estimată ce nu se regăsește în documentele procedurii și atribuie, atribuind contractul de lucrări asocierii al cărei lider este S.C. ...S.A.

În raportul procedurii nr. ..., susține contestatorul, membrii comisiei de evaluare raportează ofertele la o valoare estimată a contractului care nu este cuprinsă în documentația de atribuire și atribuie contractul, iar, în luna iunie, trei dintre membrii comisiei de evaluare „descoperă o eroare” în valoarea estimată a lucrărilor, în baza careia au judecat și au atribuit contractul cu șase luni în urmă.

S.C. ...S.R.L. critică faptul că autoritatea contractantă nu a luat decizia de anulare a procedurii în luna ianuarie 2012, atunci când știa de existența acestei „erori”.

Referitor la completarea punctului de vedere, contestatorul învederează că dovada bunei credințe este respectarea legii, iar, după ce

deciziile autorității contractante sunt invalidate de două decizii ale C.N.S.C. și de două hotărâri irevocabile ale Curții de Apel, S.C. ...S.A. dă dovadă de rea credință prin modificarea datelor din fișa de date a achiziției, cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

Contestatorul precizează că ...a participat la procedură, ca asociat, cu o ofertă având prețul de 14.901.000 lei, iar, ulterior, după ce a fost eliminat, a estimat valoarea contractului la 13.490.000 lei.

Subliniind că valoarea estimată a contractului, prevăzută în documentația de atribuire, este 20.092.000 lei, iar valoarea ofertei sale este de 16.714.000 lei, contestatorul menționează că a prevăzut, în cadrul ofertei, că expertiza coșului de fum va fi făcută de un colectiv condus de prof. dr. ing. ..., coautor al normativului de calcul al coșurilor de fum, iar, pe baza concluziilor din expertiză, se va întocmi proiectul de consolidare a coșului de fum, de către ..., proiect care, după avizare de către ..., este, legal, bun de execuție.

Contestatorul arată că, în urma acestui proces, în care este implicată și autoritatea contractantă, va rezulta un proiect de consolidare, care să răspundă tuturor dezideratelor autorității contractante, inclusiv cel legat de costuri, iar, conform prevederilor din proiectul de contract, decontarea se va face pe baza lucrărilor real executate, fiind bine știut că, în cazul lucrărilor de consolidare-reparații, în listele de lucrări, la unele capitole de lucrări, cantitățile de executat sunt apreciate maximal, astfel încât, dacă autoritatea contractantă dorește să reducă valoarea investiției, are nenumărate pârghii pe parcursul desfășurării procedurii.

Cu adresa nr. ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., S.C ...S.A. a formulat „răspuns” față de adresa nr. ... transmisă la C.N.S.C. de către S.C ...S.R.L.

Autoritatea contractantă învederează că, din cuprinsul raportului procedurii nr. ..., rezultă clar că, prin comisia de evaluare, s-a făcut o analiză a ofertelor în raport de criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, și nu „funcție de valoarea estimată a investiției ce nu se regăsește în documentele procedurii”, așa cum susține contestatorul.

S.C. ...S.A. arată că, în urma aplicării acestui criteriu de atribuire, prin raportul procedurii, a fost declarată câștigătoare oferta depusă de asocierea al cărei lider este S.C. ...S.A. având prețul de 11.748.481,87 lei, mai mic decât cel al ofertei contestatorului, de 16.714.470,87 lei.

Autoritatea contractantă susține că, la data întocmirii raportului procedurii nr. ..., respectiv 10.01.2012, comisia de evaluare nu a luat decizia de anulare a procedurii, deoarece nu a sesizat faptul că se află în prezența unei erori, care, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. 1 lit. c) și alin. 4 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, ar atrage obligația autorității contractante de a anula procedura de atribuire, acest aspect fiind relevat ulterior de către 3 dintre membrii comisiei de evaluare a ofertelor, ceea ce a determinat autoritatea contractantă să solicite ...întocmirea unui raport privind evaluarea lucrărilor din caietul de sarcini.

În opinia autorității contractante, există obligația de a anula procedura în situațiile prevăzute la art. 209 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006,

care nu-i lasă posibilitatea de a lua o altă decizie, chiar dacă s-ar proba o eventuală încălcare a termenului în care comisia de evaluare a ofertelor trebuia să adopte o decizie.

În acest sens, se învederează că și contestatorul a arătat că în raportul procedurii nr. ... a fost semnalată neconcordanța între valoarea estimată a contractului publicată în SEAP și valoarea lucrărilor care au făcut obiectul caietului de sarcini, ceea ce demonstrează că această eroare este una reală.

Referitor la importanța valorii estimate a procedurii, autoritatea contractantă subliniază că unul dintre criteriile de calificare și selecție, respectiv criteriul privind cifra medie anuală de afaceri pe ultimii 3 ani, de 25.000.000 lei, a fost stabilit în conformitate cu prevederile art. 9 din H.G. nr. 925/2006, și anume în funcție de valoarea estimată de 20.092.749 lei. Autoritatea contractantă arată că, față de valoarea estimată corect a contractului, de 13.493.400 lei, și valoarea minimă impusă pentru acest criteriu ar fi fost semnificativ mai mică, fapt care ar fi putut conduce la un alt tablou al procedurii, atât în ceea ce privește participarea și a altor operatori economici, cât și îndeplinirea, în mod individual, a acestui criteriu de către unul dintre ofertanți.

Față de aceste argumente, precum și cele transmise anterior, S.C. ...S.A. solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

S.C. ...S.A. a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Consolidare coș de fum nr. 2 -...”, cod CPV 45000000-7, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ...din 13.09.2011.

Conform anunțului de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 20.092.749 lei, fără TVA.

Au fost depuse 4 oferte, care au fost deschise în data de 05.10.2011, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.

Conform raportului procedurii nr. ..., ofertantul desemnat câștigător a fost asociația S.C. ...S.A., ..., cu o ofertă având prețul de 11.748.541,42 lei, fără TVA.

Oferta depusă de asocierile S.C. ...S.A. și S.C. ...S.A. a fost respinsă, ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 36 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006.

Ofertele depuse de asocierile ai căror lideri sunt S.C. ...S.R.L., respectiv S.C. ...S.A., au fost declarate admisibile și s-au clasat pe locurile 2 și respectiv 3, având prețurile de 16.714.470,87 lei, fără TVA și, respectiv 19.244.997,45 lei, fără TVA.

S.C. ...S.A., S.C. ...S.R.L. și S.C. ...S.A. au contestat rezultatul procedurii, Consiliul pronunțându-se asupra acestor contestații prin decizia nr. ..., în sensul respingerii, ca nefondată, a contestației depusă de către S.C. ...S.A. și admiterii, în parte, a contestațiilor depuse de către S.C. ...S.R.L. și S.C. ...S.A., anulând raportul procedurii de atribuire și

actele subsecvente acestuia și dispunând continuarea procedurii de atribuire cu etapa de evaluare a ofertelor, inclusiv verificarea îndeplinirii, de către Asocieria dintre S.C. ...S.A., ... a criteriilor de calificare.

După pronunțarea deciziei, S.C. ...S.A. a emis raportul procedurii nr. ..., conform căruia oferta câștigătoare este cea a asociației S.C. ...S.A.,

Acest rezultat a fost contestat de către S.C. ...S.R.L., Consiliul dispunând, prin decizia nr. ..., anularea raportului procedurii de atribuire precum și a actele subsecvente acestuia, precum și continuarea procedurii de atribuire cu etapa de evaluare a ofertelor, inclusiv verificarea îndeplinirii, de către Asocieria dintre S.C. ...S.A., ..., a criteriilor de calificare, în considerarea celor prezentate în motivare.

Această decizie a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel ..., de către S.C. ...S.A. și de către S.C. ...S.A., plângerile fiind respinse prin Deciziile civile nr. ... și nr. ..., pronunțate de Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Ca urmare a pronunțării deciziei C.N.S.C. nr. ..., S.C. ...S.A. a emis raportul procedurii nr. ..., semnat fără obiecțiuni de președintele comisiei de evaluare și de 5 membri ai acesteia, și cu obiecțiuni, de 2 membri ai comisiei de evaluare, prin care procedura de atribuire a fost anulată, în temeiul art. 209 alin. 1 lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006.

Împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire, S.C. ...S.R.L. a depus, în termenul legal, contestație.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Motivul invocat de către autoritatea contractantă pentru anularea procedurii de atribuire este, potrivit raportului procedurii de atribuire, următorul:

“Ca urmare a analizei noilor documente primite în data de 29.11.2012 și menționate mai sus, comisia de evaluare a constatat existența unei diferențe între valoarea estimată a achiziției publice publicată în SEAP, respectiv 20.092,749 lei (fără TVA), și valoarea lucrărilor scoase la licitație, valoare precizată de ...în lucrarea menționată mai sus, respectiv 13.493.400 lei (fără TVA). Acest aspect, în opinia comisiei de evaluare, reprezintă o eroare în interesul art. 209 alin. (4) lit. b), eroare ce nu poate fi corectată fără ca acest lucru să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) din O.U.G. 34/2006”.

În legătură cu cele de mai sus, Consiliul constată că, la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a depus, în susținerea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, “Documentație de analiză”, elaborată de către S.C. ...S.A., având aviz ...nr. ..., și aprobată de către directorul general al S.C. ...S.A., din care se reține că, la capitolul “I. Necesitatea și oportunitatea lucrării”, elaboratorul a prevăzut astfel: “Deoarece la primirea ofertelor Comisia de evaluare a constatat diferențe foarte mari între oferte iar mai important între unele oferte și valoarea estimată a lucrărilor, menționată în documentația de licitație apărută în SEAP,

Comisia de evaluare a ajuns la concluzia că este necesară efectuarea unei noi evaluări a lucrărilor cuprinse în Caietul de Sarcini, pornind de la Studiul de fezabilitate și respectiv Devizul general aferent (...)

Determină Consiliul că motivele care apar prezentate, care justifică acțiunea autorității contractante de a comanda S.C. ...S.A. o nouă determinare a valorii estimate a contractului, încalcă dispozițiile art. 26 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările, în conformitate cu care "Valoarea estimată a contractului de achiziție publică **trebuie să fie determinată înainte de inițierea procedurii de atribuire a contractului respectiv**. Această valoare trebuie să fie valabilă la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de participare sau, în cazul în care procedura de atribuire nu presupune publicarea unui astfel de anunț, la momentul transmiterii invitației de participare". Față de dispozițiile legale invocate, demersul autorității contractante de a stabili o nouă valoare estimată a contractului, după ce Consiliul s-a pronunțat prin două decizii, dispunând, de fiecare dată, reevaluarea ofertelor și după ce, în legătură cu deciziile Consiliului s-a pronunțat, în sensul menținerii, Curtea de Apel ..., apare ca fiind lipsit de temei de fapt și de drept.

Constată Consiliul că cele susținute în "I. Necesitatea și oportunitatea lucrării", din lucrarea elaborată de către S.C. ...S.A., cu privire la faptul că necesitatea determinării unei noi valori estimate a contractului s-a impus din cauza constatării unor diferențe foarte mari între oferte, sunt neîntemeiate, deoarece situația invocată nu se rezolvă prin estimarea unei noi valori a contractului, ci prin solicitarea de clarificări, reglementată de dispozițiile art. 201 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, precum și de dispozițiile art. 78 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Similar determină Consiliul în legătură cu motivul privind necesitatea de a stabili o nouă valoare estimată a contractului, vizând diferența între unele oferte și valoarea estimată a lucrărilor, menționată în documentația de licitație, aspect care este reglementat, de asemenea, de instituția clarificării, potrivit dispozițiilor legale invocate mai sus.

Față de cele prezentate, Consiliul stabilește că este nelegal demersul autorității contractante de a determina o nouă valoare estimată a contractului, lucrarea elaborată de către S.C. ...S.A. fiind lipsită de relevanță în prezenta cauză.

Susținerile autorității contractante, din punctul de vedere exprimat, potrivit cărora diferența dintre noua valoare estimată a contractului și cea publicată în SEAP, de 660.000 lei, fără TVA, reprezintă cheltuieli ale beneficiarului: proiectare SF și expertiză, actualizare SF, etc., nu vor fi reținute, în soluționare, deoarece nu sunt prezentate înscrișuri din care să rezulte acest fapt, avându-se în vedere că, potrivit dispozițiilor art. 1169 din Codul civil, "cel ce face o propunere în fața judecății trebuie să o dovedească".

Mai mult decât atât, ele vin în contradicție cu cele menționate în "memoriu de prezentare", elaborat de S.C. ...S.A., unde se arată că, la

actualizarea devizului general, s-au avut în vedere, printre altele, "excluderea, la cererea beneficiarului a lucrărilor aferente coșurilor de fum metalice provizorii și devierii canalelor de gaze de ardere, respectiv «Obiectul 01 – Lucrări pregătitoare pentru consolidarea coșului de fum nr. 2»".

Consiliul reține ca fiind relevantă în cauză împrejurarea că cea care a stabilit o nouă valoare estimată a contractului, determinând decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire, a fost S.C. ...S.A., care a participat la procedura în cauză în asociere cu S.C. ...S.A., oferta fiindu-i respinsă, în baza dispozițiilor art. 33 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, prin urmare se poate prezuma că prezintă interes în crearea primeselor pentru anularea, și apoi reluarea, procedurii de atribuire.

Mai constată Consiliul faptul că s-a determinat o nouă valoare estimată a contractului, de către un ofertant în cadrul procedurii de atribuire, în condițiile în care acesta avea cunoștință despre valoarea ofertei contestatorului, încălcându-se principiul tratamentului egal, statuat de dispozițiile art. 2 alin. 2 din ordonanța de urgență.

Față de cele reținute în cele ce preced, Consiliul constată că materialul prezentat de către S.C. ...S.A. nu poate sta, nicidecum, la baza concluziei autorității contractante potrivit căreia în cauză sunt incidente dispozițiile art. 209 alin. 1 lit. c) și alin. 4 din ordonanța de urgență.

Se rețin, în soluționare, ca fiind pertinente observațiile celor doi membri ai comisiei de evaluare care au formulat "nota de obiecțiuni", în conformitate cu care "procedura de achiziție trebuie să se desfășoare după regulile publicate și stabilite în documentație, iar analiza ofertelor trebuie făcută numai utilizând criteriile stabilite în documentația de atribuire așa cum este prevăzut la art. 200 din OG 34/2006. Valoarea devizului general nu a făcut obiectul documentației de atribuire".

Consiliul nu va reține nici argumentele autorității contractante potrivit cărora criteriul de calificare privind cifra medie anuală de afaceri pe ultimii 3 ani, de 25.000.000 lei, fiind stabilit în conformitate cu prevederile art. 9 din H.G. nr. 925/2006, și anume în funcție de valoarea estimată de 20.092.749 lei, a afectat participarea altor ofertanți la procedura de atribuire, deoarece art. 108 alin. 4 din Codul de procedură civilă reglementează unul dintre principiile fundamentale ale procesului civil, respectiv "nimeni nu poate invoca propria culpă în apărarea sa".

Constatănd faptul că o nouă determinare a valorii estimate a contractului, după inițierea procedurii de atribuire, ba mai mult la un an de la aceasta, după deschiderea, evaluarea și reevaluarea ofertelor, este nelegală, iar documentele în baza cărora s-a făcut determinarea sunt lipsite de relevanță în cauză, Consiliul stabilește că situația în speță nu se circumscrie cazurilor prevăzute limitativ și expres de dispozițiile art. 209 alin. 4 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire fiind, la rândul său, nelegală.

În atare situație, Consiliul constată că autoritatea contractantă a creat premise artificiale de anulare a procedurii de atribuire, comportament prohibit expres de dispozițiile art. 93 alin. 3 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 5 și 6 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată de către S.C. ...S.R.L., anulează raportul procedurii de atribuire nr. ... și actele subsecvente acestuia și dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor din motivare și a celor două decizii pronunțate de Curtea de Apel

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU

...

MEMBRU

...

...