



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 nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări de supraînălțare a compartimentului III al depozitului de zgură și cenușă ..., de la cota +200 mdMN la cota +205 mdMN, cod CPV 45241300-1, cu data de deschidere a ofertelor 18.12.... organizată de ... cu sediul în ... județul ... CUI ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii și reevaluarea ofertelor.

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

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (5) 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația nr. ... în contradictoriu cu ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (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:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... reclamă decizia autorității contractante de declarare necâștigătoare a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată mai sus, învederând în motivarea contestației că asocierea a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare, formată din SC ...SRL și SC ...SA, nu îndeplinește condițiile de calificare. Contractele de experiență similară prezentate de către această asociere nu cuprind lucrări similare celor supuse licitației, respectiv cod CPV 45241300-1 "Lucrări de construcții de diguri". Lucrările de confecții metalice executate de SC ...SA nu pot fi considerate similare cu cele de construcții de diguri. Neîndeplinind condițiile de calificare, oferta asocierii trebuia respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, înainte de etapa finală de licitație electronică.

... nu a informat societatea contestatoare în legătură cu rezultatul selecției ofertanților care vor participa la faza finală de licitație electronică, astfel cum era obligată de art. 206 alin. (1) din ordonanță.

Întrucât oferta declarată câștigătoare nu este corespunzătoare din perspectiva cerințelor documentației de atribuire, este necesară reanalizarea ofertelor și reluarea fazei finale de licitație electronică cu participarea doar a ofertelor admisibile.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ... autoritatea contractantă susține, în apărare, că au depus oferte la procedură:

- asocierea SC ...SRL - SC ...SA;
- SC ...SA;
- asocierea ... - SC ...SRL;
- SC ...SA;
- SC ...SRL;
- SC ...SA;
- SC ...SRL.

Rezultatul procedurii a fost comunicat contestatoarei prin adresa nr. 571/07.02..... Raportat la data comunicării, autoritatea solicită Consiliului să verifice depunerea contestației în termenul legal de 5 zile. În cazul în care se constată că acest termen limită a fost depășit, contestația trebuie respinsă ca tardivă.

Tot pe cale de excepție, autoritatea invocă și lipsa de interes a introducerii contestației, prin raportare la locul din clasament al ofertei contestatoarei. Exercițarea căii de atac implică existența interesului autoarei, respectiv folosul practic urmărit de aceasta, astfel cum rezultă și din cuprinsul art. 255 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care face trimitere la noțiunea de interes legitim atunci când definește calitatea procesuală activă.

În speță, analizând obiectul contestației, autoarea acesteia atacă doar acceptarea de către autoritatea contractantă a ofertei clasate pe locul întâi, solicitând anularea raportului intermediar al procedurii, a raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și o nouă evaluare a ofertelor depuse, cu reluarea procedurii de la momentul stabilirii ofertelor admisibile care vor participa la faza finală de licitație electronică.

Ca urmare a licitației electronice, oferta contestatoarei se află pe locul cinci în clasament, motiv pentru care contestatoarea nu îndeplinește condițiile privind calitatea de persoană vătămată. Situându-se pe locul cinci în clasament, oferta nu ar putea fi declarată câștigătoare în cazul revizuirii lui ca urmare a respingerii ofertei clasate pe primul loc.

Pe fondul cauzei se arată că autoritatea a respectat normele legale privind comunicarea de informații ofertanților. În ceea ce privește critica referitoare la oferta declarată câștigătoare, și ea este nefondată. Cerința din fișa de date a achiziției privind experiența similară este: *"prezentarea listei principalelor lucrări similare, executate în ultimii 5 ani, care să conțină valori, perioada și locul execuției lucrărilor, modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale, beneficiari etc. Se vor prezenta în copie documente edificatoare privind execuția unui contract de lucrări similare în valoare minimă egală cu cel puțin 8.571.800 lei și o recomandare de la beneficiarul contractului prezentat pentru demonstrarea experienței similare"*. Asocieria SC ...SRL - SC ...SA a făcut dovada îndeplinirii acestei cerințe prin prezentarea următoarelor documente:

- lista principalelor lucrări similare executate în ultimii 5 ani;
- recomandarea nr. ... eliberată de ... din care reiese că Sucursala, în calitate de subcontractant al SC ...SA ..., a executat lucrări de construcții-montaj la contractul prezentat pentru demonstrarea experienței similare;
- procesul-verbal de recepție finală nr. 1275/10.09.... pentru contractul prezentat pentru demonstrarea experienței similare;
- contractul de execuție nr. 6589/8134/2008, încheiat între SC ...SA și SC ...SA, având ca obiect: *"Mărirea stabilității depozitului de zgură și cenușă ..., folosind tehnologia de preparare a fluidului autoîntăritor de zgură și cenușă de electrofiltru. Realizarea instalațiilor propriu-zise de preparare, evacuare și transport zgură și cenușă în fluid dens și amenajare a depozitului pentru prima*

supraînălțare la SE ...II, aferentă compartimentului nr. 1", contract considerat de autoritatea contractantă ca lucrare similară cu cele care fac obiectul procedurii, deoarece are ca scop, astfel cum se specifică la cap. 2 - Obiectul și scopul contractului, alin. 2.2.: "livrarea de materiale și subansambluri, executarea lucrărilor de construcții-montaj, demontare, depozitare, montaj";

- contractul de execuție nr. 491/15.10.2007, încheiat între SC ... SA și SC ...SA;

- recomandarea nr. ... eliberată de SC ... SA, din care reiese că Sucursala, în calitate de subcontractant al SC ...SA a executat lucrări de construcții-montaj la contractul prezentat pentru demonstrarea experienței similare;

- procesul-verbal de recepție finală nr. ... pentru contractul prezentat ca experiență similară.

Din documentele prezentate de asociere nu reiese că Sucursala a executat doar lucrări de confecții metalice, cum susține contestatoarea, ci reiese că a executat un contract de construcții-montaj. În fișa de date a achiziției nu a fost solicitată prezentarea centralizatoarelor din care să reiasă și categoriile de lucrări care au făcut obiectul contractului prezentat pentru demonstrarea experienței similare.

Față de această stare de fapt și de drept, autoritatea solicită Consiliului admiterea excepțiilor și apărărilor de fond, cu respingerea corespunzătoare a contestației.

Cu adresa nr. ca urmare a solicitării contestatoarei de aprobare a consultării dosarului achiziției publice transmis de autoritatea contractantă, Consiliul a acordat ... un termen în acest sens.

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. își prezintă concluziile scrise, dar și apărările vizavi de excepțiile tardivității și lipsei de interes pe care le-a invocat autoritatea contractantă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după deliberare Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. 14762, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ... autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de supraînălțare a compartimentului III al depozitului de zgură și cenușă ..., de la cota +200 mdMN la cota +205 mdMN, estimate valoric la 8.571.800 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP, la ... alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse șapte oferte, între care și cea a asocierii ... - SC ...SRL, care nu a fost declarată câștigătoare, întrucât nu a avut prețul cel mai scăzut. Autoritatea a desemnat câștigătoare oferta asocierii SC ...SRL - SC ...SA, cu prețul de 2.680.000 lei, fără TVA. Împotriva acestui rezultat, comunicat la

07.02...., ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării excepției tardivității ei de către autoritatea contractantă, raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 137 C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția. Astfel fiind, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre actul pe care îl reclamă (comunicarea nr.) la ..., când a fost primită prin fax de la autoritate, dată care reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, stabilit în textul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice. Conform acestui text legal, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), ipoteză în care se încadrează și contractul în referință, contestația poate fi depusă în cel mult cinci zile, începând cu cea următoare luării la cunoștință de către contestator de actul autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Socotirea termenului de contestare se realizează potrivit art. 3 lit. z) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ceea ce înseamnă că, în speță, ultima zi pentru depunerea în termen a contestației de către ofertantă atât la Consiliu, cât și la autoritate, era marți ... În speță, ... a formulat și transmis contestația atât de Consiliu, cât și de autoritatea contractantă, la ... prin serviciul poștal, recomandat, dovadă fiind înscrisurile de expediție prezentate de reclamantă. Regula cuprinsă la art. 104 C. proc. civ., conform căreia actele de procedură trimise prin poștă instanțelor se socotesc îndeplinite în termen dacă au fost predate recomandat la oficiul poștal înainte de împlinirea lui, se aplică și procedurii în fața Consiliului, constituind dreptul comun în materie (art. 297 din ordonanță). Prin analogie, ea se aplică și comunicării către autoritatea contractantă. În atari condiții, se respinge ca nefondată excepția tardivității contestației ridicată de autoritatea contractantă.

Cea de a doua excepție pe care o susține autoritatea, respectiv a lipsei interesului contestatoarei, deoarece oferta sa a fost situată pe locul V, iar criticile vizează doar oferta de pe locul I, nu și celelalte oferte, este, de asemenea, nefondată. Totodată, ea este și neavenită, întrucât autoritatea ar trebui să fie prima care să dorească demonstrarea că actele pe care le-a întocmit pentru atribuirea contractului ce va fi plătit cu peste 2.000.000 lei din bugetul său sunt în conformitate cu normele legale. Încercând să evite ori să obstrucționeze verificarea respectivelor acte de către organul administrativ-jurisdicțional sesizat, prin prisma legalității lor, autoritatea lasă deschis acest subiect, cu posibilitatea constatării încălcării legii și a atragerii răspunderii sale și a salariatilor implicați

în atribuirea contractelor, ca urmare a unui eventual control din partea altor instituții ale statului, de natură judiciară sau nu.

Art. 255, pe care autoritatea îl citează parțial, nu condiționează formularea contestației de locul pe care se situează ofertanta contestatoare sau de atacarea prin contestație a clasării tuturor ofertelor situate pe poziții superioare ei în clasamentul autorității. Potrivit art. 255 alin. (1), orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională. Prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

În speță, cu certitudine ofertanta asociată ... are un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire, iar prejudiciul pe care îl încearcă provine din desemnarea câștigătoare a unei oferte ce trebuia respinsă, în opinia ei, măsură care ar determina reevaluarea ofertelor și creșterea șanselor sale de a avansa în clasament, putând ajunge chiar pe prima poziție, mai ales în cazul în care actualii ofertanți de pe locurile superioare s-ar retrage (posibilitate pe care legea nu o exclude).

Societatea contestatoare a participat cu ofertă la licitație în scopul obținerii contractului de achiziție publică. Interesul contestatoarei constă în câștigarea licitației, însă prin clasarea ofertei proprii pe locul V autoritatea contractantă i-a afectat interesul legitim și a creat premisele cauzării unui prejudiciu, atribuind contractul altui ofertant, în defavoarea autoarei contestației. Pentru o cercetare corectă a interesului în formularea contestației acesta nu trebuie limitat la cauza clasării ofertei pe un loc inferior, ci la actele autorității care au condus la aceasta, acte prin care s-a adus atingere atât dreptului eventual, cât și interesului ofertantului de a deveni contractant. Cu alte cuvinte, un ofertant la procedură are interes în a formula contestație indiferent de locul pe care se clasează în urma evaluării ofertelor realizată de autoritate, în condițiile în care nu trebuie exclusă situația în care, în urma soluționării contestației, se ajunge la respingerea tuturor ofertanților clasăți pe locuri superioare, din diverse motive, ori chiar la renunțarea de către aceștia la a-și menține oferta sau la a încheia contractul, ceea ce, de asemenea, poate conduce în final la

declararea câștigătoare chiar a ofertei asocierii contestatoarei. Indiferent oricât de mici șanse ar avea asocierea în a obține contractul licitat, câtă vreme ele există, atunci și interesul în demararea demersului de față trebuie considerat că există. Pe de altă parte, poziția a cincea pe care o ocupă în prezent contestatoarea este una temporară, provizorie, dată exclusiv de actuala conjunctură a prețurilor propuse de ofertanții admiși în etapa de licitare repetitivă electronică a prețului. La fel de relativă este și poziția celorlalți ofertanți. Dacă se confirmă nelegalitatea admiterii la licitația electronică a SC ...SRL - SC ...SA, este foarte probabil ca locurile ofertanților să nu se păstreze, ca efect al reluării acestei etape de licitare și al propunerii unor noi prețuri, respectiv ca oferta asocierii contestatoare să treacă pe prima poziție, dacă va avea cel mai scăzut preț. În alte cuvinte, dacă se va admite contestația aflată pe rol, cu reluarea procesului evaluatoriu și a licitației electronice, este evident că niciunul dintre ofertanții situați pe locuri superioare celui al contestatoarei în actualul clasament nu își va avea asigurat același loc, ipoteză care vine să înlăture argumentația lipsei de interes pe care a construit-o autoritatea contractantă în punctul său de vedere. Respectiva argumentație pleacă de la premisa greșită precum că, după reluarea licitației electronice, oferta contestatoarei se va situa în continuare pe locul cinci în clasamentul final.

Și pentru a limpezi și mai bine raționamentul Consiliului, trebuie punctat că ... nu a comunicat contestatoarei, cu excepția ofertei câștigătoare, care sunt ofertele clasate pe locurile superioare ei, context în care, deoarece nu le cunoștea, îi era imposibil contestatoarei să își motiveze contestația și față de respectivele oferte. Prin urmare, întrebarea la care ar trebui să își răspundă ... este cum ar putea, practic, ... să conteste ofertele de pe locurile II-IV în ipoteza în care nu i-au fost comunicate de autoritate care sunt acestea? Desigur, răspunsul la această întrebare nu ar face decât să întărească raționamentul utilizat de Consiliu în sprijinul considerării caracterului nefondat al excepției ridicată de autoritate.

Cu toate că practica jurisdicțională (a instanțelor și a Consiliului) nu constituie izvor de drept în România, mai cu seamă că apare a avea un caracter neunitar pe anumite subiecte, cum este și cel de față, elocventă din perspectiva orientării expuse este decizia civilă nr. 1597 din 17 iunie ... irevocabilă, în care Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, a statuat că: *"Deși în ierarhia rezultatului procedurii de evaluare contestatoarea intimată a ocupat poziția a treia, anularea etapei evaluatorii a procedurii și dispunerea refacerii ei presupune o reevaluare a ofertelor, cu efectul unei noi clasări. Așadar, teoretic, contestatoarea intimată se poate situa pe primul loc în urma reevaluării, indiferent de locul ocupat în prezent, astfel încât*

interesul său este evident." În decizia civilă nr. 2075 din 7 octombrie ... irevocabilă, aceeași instanță a hotărât că are interes în a contesta rezultatul procedurii și ofertantul clasat pe locul cinci din cinci, chiar dacă nu ridică obiecții decât față de oferta declarată câștigătoare. Concluzia instanței se menține și în speța de față, excepția ridicată de ... fiind nefondată și respinsă ca atare de către Consiliu.

Cu titlu de practică similară recentă sunt de reținut decizia nr. 5456 din 17 septembrie ... a Curții de Apel ..., Secția de contencios administrativ și fiscal ["excepția lipsei de interes este neîntemeiată, deoarece intimata justifică interesul de a se stabili de către instanța de judecată, irevocabil, dacă oferta declarată câștigătoare este sau nu inacceptabilă, astfel încât este persoană vătămată în sensul art. 255 alin. (2) din ordonanță"] și decizia nr. 3482/R din 25 iulie ... a Curții de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal.

Intrând în cercetarea pe fond a cauzei, asupra obiecției necomunicării de către autoritate a rezultatului evaluării integrale intermediare a ofertelor (prealabilă demarării licitației electronice), Consiliul punctează că, potrivit definiției date de ordonanță, licitația electronică reprezintă procesul repetitiv realizat după o primă evaluare completă a ofertelor, în care ofertanții au posibilitatea, exclusiv prin intermediul mijloacelor electronice, de a reduce prețurile prezentate și/sau de a îmbunătăți alte elemente ale ofertei.

La art. 165 se dispune că, înainte de lansarea unei licitații electronice, autoritatea are obligația de a realiza o evaluare inițială integrală a ofertelor, în conformitate cu criteriul de atribuire stabilit în documentația de atribuire, urmată de invitarea ofertanților care au depus oferte admisibile să prezinte prețuri noi și/sau, după caz, valori noi ale elementelor ofertei.

În Normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică prin mijloace electronice din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 1660/2006, la art. 25 se arată:

"(1) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite în SEAP rezultatul procedurii de atribuire, în termen de cel mult 10 zile lucrătoare de la data la care sistemul informatic permite accesul autorității contractante la informațiile prevăzute la art. 22 alin. (2).

(2) Pe baza informațiilor introduse în SEAP de către autoritatea contractantă, sistemul informatic generează automat către toți ofertanții participanți la procedura de licitație deschisă prin mijloace electronice înștiințări cu privire la rezultatul procedurii.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a efectua și comunicările prevăzute la secțiunea a 5-a a cap. V din ordonanța de urgență."

Așadar, și în cazul achizițiilor cu etapă finală de licitație electronică, rezultatul procedurii este supus comunicării

reglementată de ordonanță în cap. V, secțiunea a 5-a, din cadrul căreia este relevant în speță art. 206 alin. (1), în mod judicios aplicat de autoritatea contractantă. Potrivit acestui text normativ, autoritatea are obligația de a informa operatorii economici implicați în procedura de atribuire despre deciziile referitoare la rezultatul selecției, *la rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică* sau de încheiere a acordului-cadru, la admiterea într-un sistem de achiziție dinamic, la rezultatul concursului de soluții ori, după caz, la anularea procedurii de atribuire și eventuala inițiere ulterioară a unei noi proceduri, în scris și cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la emiterea acestora, înăuntrul termenului prevăzut la art. 200. *Per a contrario*, autoritatea nu este ținută de vreo dispoziție legală să informeze ofertanții despre situația constatată la finalizarea etapei de evaluare preliminară a ofertelor. Într-adevăr, față de participanții care au depus oferte admisibile autoritatea are sarcina transmiterii unei invitații la etapa de licitație electronică, însă nu subzistă sarcina de a le face cunoscută situația admiterii sau nu a celorlalți ofertanți. În schimb, la finalizarea completă a achiziției, toți ofertanții – admiși sau respinși – vor primi de la autoritate adrese de comunicare a situației propriilor oferte și a rezultatului procedurii de atribuire.

Astfel este construit normativ sistemul de achiziții publice din România, motiv pentru care nu i se poate reproșa autorității contractante faptul că nu a informat-o pe contestatoarele despre selectarea asocierii concurente ei în etapa finală de licitație electronică.

Faptul că nu este obligatorie informarea ofertanților înainte de finalizarea etapei finale de licitație electronică, despre ofertanții admiși la etapa finală, a fost statuat și de instanțele judecătorești, relevantă fiind decizia nr. 1191/R din 3 decembrie 2009 a Curții de Apel ..., Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal (prevederile art. 206 și 207, ce cuprind obligația autorității de a informa ofertanții asupra rezultatului procedurii de atribuire, nu sunt incidente înainte de finalizarea procedurii de atribuire).

În atari condiții, neexistând obligația autorității de a comunica ... situația selectării ofertelor concurente, raportat la cadrul legal în vigoare, Consiliul constată că nu se impune anularea rezultatului procedurii de atribuire pe acest considerent.

Relativ la observațiile privind lipsa de experiență similară a asocierii SC ...SRL - SC ...SA, Consiliul ia act că, în fișa de date a achiziției (pag. 3), autoritatea contractantă a prevăzut următorul criteriu de calificare: "*Prezentarea listei principalelor lucrari similare, executate in ultimii 5 ani, care sa contina valori, perioada si locul executiei lucrarilor, modul de indeplinire a obligatiilor contractuale, beneficiari etc. Se vor prezenta în copie documente edificatoare privind executia unui contract de lucrari similare în valoare minima*

egala cu cel puțin 8.571.800 lei și o recomandare de la beneficiarul contractului prezentat pentru demonstrarea experienței similare", criteriu căruia i-a asociat următoarea modalitate de îndeplinire: "Se va completa Formularul 6 și anexa 1. Capacitatea tehnică/profesională privind experiența similară a ofertantului poate fi susținută de alta persoană, indiferent natura relației juridice. Dacă ofertant/candidat demonstrează capacitate tehnică/profesională cu susținere alta persoană, are obligație de a dovedi susținere, de regulă prin prezentare angajament ferm persoana susținătoare care confirmă punerea la dispoziție a resurselor tehnice/profesionale, conform art. 11¹ HGR 925/2006. Persoana susținătoare nu se încadrează în prev. art. 69¹/180/181 lit. a), c1), d) din OUG 34/2006. Completare Formulare 12, 14, 16."

La 29.11.... autoritatea a postat în SEAP următorul răspuns de clarificare:

"Solicitare 1: Vă rugăm să ne precizați dacă pentru Capacitatea tehnică/profesională privind experiența similară se acceptă execuția de lucrări hidrotehnice prin prezentarea de recepții parțiale la terminarea lucrărilor/finale dintr-un contract în valoare minimă impusă.

Răspuns 1: Pentru demonstrarea experienței similare se acceptă prezentarea unui contract de lucrări hidrotehnice de valoare minimă impusă, însoțit de proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor cu clasă de importanță II, conform PE 737/92, Categoria de importanță B, conform metodologiei NTLH, aprobată cu Ordinul MLPAT nr.288/2002."

Documentația de atribuire și răspunsul reprodus nu au fost contestate în termen legal de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile lor și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ...SRL și SC ...SA. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire și ale clarificărilor.

În jurisprudența sa [hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction Ltd și County Council of the County of Mayo, C-19/00 (punctele 42-44)], Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Pentru dovedirea îndeplinirii criteriului de calificare în discuție, asocierea SC ...SRL - SC ...SA a prezentat în oferta sa:

- declarația SC ...SRL privind lista principalelor lucrări similare executate în ultimii 5 ani, document lipsit de însușire probatorie asupra experienței întrucât nu cuprinde niciun contract care să atingă valoarea minimă impusă de 8.571.800 lei. Pe cale de consecință, nici documentele care susțin datele din declarație nu pot fi avute în vedere în sprijinul ofertantei;

- declarația SC ...SA Sucursala ... privind lista principalelor lucrări similare executate în ultimii 5 ani, document care cuprinde două contracte de lucrări similare, respectiv "*Mărirea stabilității depozitului de zgură și cenușă ..., folosind tehnologia de preparare a fluidului autoîntăritor de zgură și cenușă de electrofiltru. Realizarea instalațiilor propriu-zise de preparare, evacuare și transport zgură și cenușă în fluid dens și amenajare a depozitului pentru prima supraînălțare la SE ...II, aferentă compartimentului nr. 1*" (valoare lucrări executate de SC ...SA Sucursala ... 21.500.000 lei) și "*Mărirea stabilității depozitului de zgură și cenușă mal drept și mal stâng ...SE ...folosind tehnologia fluid dens*" (valoare lucrări executate de SC ...SA Sucursala ... 35.619.761 lei);

- recomandarea nr. ... eliberată de ... din care reiese că Sucursala a executat lucrări de construcții-montaj la depozitul de zgură și cenușă ..., obținând calificativul "foarte bun";

- procesul-verbal de recepție finală nr. ...pentru contractul de lucrări la depozitul de zgură și cenușă ...;

- contractul de execuție nr. ... având ca obiect subcontractarea către SC ...SA de lucrări la depozitul de zgură și cenușă ...;

- contractul de execuție nr. ..., încheiat între SC ... SA și SC ...SA, de lucrări la depozitul de zgură și cenușă ...;

- recomandarea nr. 796/18.05.... eliberată de SC ... SA, din care reiese că Sucursala a executat lucrări de construcții-montaj la depozitul de zgură și cenușă mal drept și mal stâng ...SE ..., obținând calificativul "foarte bun";

- procesul-verbal de recepție finală nr. ... pentru contractul de lucrări la depozitul de zgură și cenușă mal drept și mal stâng ...SE ...;

- contractul de execuție nr. ... având ca obiect subcontractarea către SC ...SA de lucrări la depozitul de zgură și cenușă mal drept și mal stâng ...SE ...;

- contractul de execuție nr. ..., încheiat între SC ... SA și SC ...SA, de lucrări la depozitul de zgură și cenușă mal drept și mal stâng ...SE

Contrar art. 1169 C. civ. anterior și art. 129 alin. 1 C. proc. civ. anterior, aplicabile contestației, care impun părților să își susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, în cuprinsul contestației sale ... nu indică și nici nu produce în fața Consiliului vreun mijloc de probă din care să reiasă că cele două contracte executate de SC ...SA, prin sucursala sa ..., nu se

încadrează în gama de lucrări similare celor scoase la licitație. Din însăși denumirea celor două contracte se observă că ele au vizat execuția de lucrări la depozitele de zgură și cenușă ale autorității, cum este situația și în contractul supus achiziției. Indicarea sau nu a codului CPV 45241300-1 în contractele anterioare nu prezintă nicio relevanță, atât timp cât lucrările sunt similare. Mai mult, dat fiind că lucrările la depozitele de zgură și cenușă ... și SE ...au fost executate chiar pentru autoritatea contractantă din cauză, respectiv pentru ... este evident că aceasta este cea mai în măsură să aprecieze dacă sunt sau nu similare cu cele de la depozitul ..., iar nu terțul contestator.

Potrivit art. 190 alin. (3) din ordonanță, atunci când un grup de operatori economici depune oferta comună, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În speță, cele două contracte semnate de subcontractantul SC ...SA, ambele peste pragul valoric de 8.571.800 lei, acoperă cerința de calificare privind experiența în lucrări similare. Cu alte cuvinte, nu este necesar ca și asociatul SC ...SRL să fi executat astfel de lucrări, fiind suficiente cele executate de subcontractantul SC ...SA.

Sucursala nefiind o persoană juridică distinctă de SC ...SA, ci un dezmembrământ al acesteia fără personalitate juridică [art. 43 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată], se consideră că lucrările efectuate la obiectivele de mai sus au fost efectuate de însăși societatea mamă - SC ...SA (cea care a și semnat contractele). Pe aceeași linie de gândire, în art. 35 alin. 2 din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice însăși (desigur, execuția de lucrări nu reprezintă un act juridic, însă raționamentul rămâne valabil prin analogie).

Nici măcar în concluziile scrise din 26.02.... contestatoarea nu reușește să dovedească fără echivoc lipsa de experiență similară a asocierii concurente declarată câștigătoare.

Într-adevăr, în contractul de execuție nr. ..., la pct. 2.1 se afirmă că subcontractorul se obligă "să presteze lucrările de montaj mecanic, electric, AMC și să livreze echipamentele în sarcina sa și să participe la PIF", însă reclamanta scapă din vedere că, la pct. 2.3 din același contract, se prevede că scopul lui este, între altele, executarea lucrărilor de construcții-montaj la depozitul de zgură și cenușă Mai mult, la pct. 4.1 se prevede expres că subcontractorul se obligă să execute și să finalizeze lucrarea "*Mărirea stabilității depozitului de zgură și cenușă ..., folosind tehnologia de preparare a fluidului autoîntăritor de zgură și cenușă de electrofiltru. Realizarea instalațiilor propriu-zise de preparare,*

evacuare și transport zgură și cenușă în fluid dens și amenajare a depozitului pentru prima supraînălțare la SE ...II, aferentă compartimentului nr. 1", conform clauzelor contractuale, în 24 de luni de la intrarea în vigoare a contractului.

Este la fel de adevărat că autoritatea nu a transmis Consiliului și anexele la contractul de execuție nr. ..., însă acest aspect nu poate influența adoptarea unei soluții în cauză pe baza probelor depuse, având în vedere că revenea în mod exclusiv ... sarcina de a prezenta probe pertinente și concludente din care să reiasă lipsa de experiență similară a asocierii concurente, iar nu autorității de a se apăra împotriva unor acuzații neprobate.

Pe de altă parte, se reține de către Consiliu și faptul că ... în concluziile sale scrise, se limitează doar la lucrările aferente contractului nr. ..., iar despre cele din contractul de execuție nr. ... nu amintește nimic, de unde se poate trage concluzia că reclamanta admite, implicit, că acest contract secund acoperă cerința de calificare impusă de autoritate. În atari condiții, este de subliniat că și în ipoteza în care s-ar lua în calcul doar contractul de execuție nr. 8169/24.09.2008, asocierea ar îndeplini cerința de calificare, deoarece acest contract se situează valoric peste pragul de 8.571.800 lei și are ca obiect execuția de lucrări similare. Desigur, similaritatea unor lucrări nu se confundă cu identitatea lor. Altfel spus, experiența similară nu presupune ca lucrările executate anterior de ofertant să fie identice cu cele licitate, fiind suficient ca acestea să se încadreze în același cod CPV sau să implice operațiunile principale care se regăsesc în contractul licitat. Pe această linie de gândire se încadrează și Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/... privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care prevede în anexă că este nelegală solicitarea "*demonstrării experienței similare prin executarea de contracte pentru obiective de investiții identice cu cel care urmează a se executa (de exemplu, execuția de drumuri județene poate reflecta capacitatea de execuție și pentru drumuri naționale; execuția de unități spitalicești poate reflecta capacitatea de execuție a unui sediu de primărie)*". În cazul de față, totuși, din copiile actelor furnizate de SC ...SA, unele semnate chiar de către ... se întrevede posibilitatea ca SC ...SA, prin sucursala sa, să fi executat lucrări de genul celor scoase la licitație, care să acopere cerința stabilită de autoritatea contractantă în fișa de date. Din perspectiva acestei fișe de date, lucrări similare nu înseamnă doar lucrări hidrotehnice, cum afirmă contestatoarea.

Cu privire la obiecțiile suplimentare pe care ... le aduce ofertei asocierii SC ...SRL - SC ...SA prin concluziile sale scrise nr. ..., respectiv declararea de către SC ...SRL a calității de asociat, în loc

de lider de asociere, neautorizarea domnului Vestiminian Titu pentru construcții hidrotehnice și prețul scăzut și lipsa documentelor pentru anumite autovehicule, ele sunt neavenite și nu vor fi analizate de Consiliu. Instituția juridică a "concluziilor scrise" nu este destinată formulării unor noi motive de contestare, respectiv de schimbare a motivării contestației.

Aceste noi motive constituie, practic, *o nouă motivare în fapt și în drept a contestației* din ... Prin acest exercițiu ... speculează dreptul său de a depune "concluzii scrise" și își suplimentează motivarea contestației cu care a fost investit Consiliul. O asemenea operațiune este inadmisibilă și conduce la deturnarea procedurii de contestare reglementată de ordonanța privind achizițiile publice.

Obiecțiile noi asupra evaluării ofertei declarate câștigătoare nu se regăsesc în contestație, fiind formulate în afara termenului de contestare.

Pe de altă parte, prin adresa nr. 3375/...-.../20.02...., Consiliul i-a atras atenția contestatoarei că nu este posibilă completarea contestației cu noi motive, nefiind incidente dispozițiile art. 270 alin. (2) din ordonanță, atenționare pe care contestatoarea a găsit de cuviință să o ignore.

Este adevărat că ordonanța, în art. 275 alin. (6), recunoaște dreptul părților de a depune concluzii scrise în cursul procedurii, însă instituția juridică a concluziilor scrise nu se confundă cu cea a completării elementelor esențiale ale contestației, cum ar fi obiectul, motivarea sau chiar semnarea. Așadar, contestatoarea din cauza examinată are o viziune greșită asupra noțiunii de "concluzii scrise", înțelegând prin aceasta că poate să aducă noi acuzații la adresa actului autorității contractante. În realitate, concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, constituie o expunere finală a argumentației asupra cererii supuse dezbaterii, nu o nouă motivare a cererii. Concluziile scrise nu pot schimba cadrul procesului, prin suplimentarea motivelor de contestație sau a capetelor de cerere.

Pe de altă parte, motivarea *integrală* a contestației trebuie să existe la momentul redactării ei, sens în care art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță obligă la includerea în contestație a motivării în fapt și în drept, iar nu să fie formulată ori completată ulterior, în raport cu ceea ce speră să descopere contestatoarea în urma consultării dosarului cauzei. Dispozițiile art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță nu reprezintă simple formulări neesențiale ale legiuitorului – contestația trebuie să conțină motivarea în fapt și în drept a ei, iar nu doar motivarea parțială a ei, pe care să o completeze autoarea când voiește, peste termenul de formulare a contestației împotriva rezultatului procedurii ce îi era cunoscut încă din 07.02.... Prin urmare, criticile suplimentare vizavi de evaluarea ofertei câștigătoare sunt atât tardive, cât și inadmisibile.

Singura situație în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 270 alin. (2) din ordonanță, când Consiliul apreciază că în contestație nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își completeze contestația, însă această situație nu este incidentă în speță, contestația ... beneficiind de o motivare corespunzătoare în fapt și în drept în privința neîndeplinirii cerinței experienței similare de către asocieria declarată câștigătoare.

Astfel fiind, motivele suplimentare celor din contestația nr. ... formulate de ... în cuprinsul "concluziilor scrise" primite la Consiliu la 04.03.... vor fi înlăturate de acesta ca inadmisibile pe calea "concluziilor scrise" și nu vor fi reținute pentru analizare, depășind cadrul procesual cu care a fost investit.

În considerarea celor evocate, neexistând motive pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ...

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...