



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) 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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în ... județul ... având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... formulată împotriva adresei nr. 9/3/409/13.02.2013 reprezentând decizia de anulare a procedurii de atribuire emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Refacție linia CF ... - ... - ..., km 345+200 - 353+146”, cod CPV 45234100-7, s-a solicitat:

- anularea deciziei nr. 9/3/409/13.02.2013 emisă de autoritatea contractantă;
- continuarea procedurii de achiziție a contractului;
- admiterea ofertei ... ca fiind acceptabilă.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 6334/25.02.2013, depusă de către ... cu sediul în ... județul ... având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... formulată împotriva adresei nr. 9/3/407/13.02.2013 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Refacție linia CF ... - ... - ..., km 345+200 - 353+146”, cod CPV 45234100-7, s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 9/3/407/13.02.2013, prin care oferta ... a fost declarată

inacceptabilă și necoformă, ca fiind nelegală și netemeinică întrucât oferta ... respectă toate cerințele minime prevăzute în documentația de atribuire precum și anularea rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin declararea ofertei ... ca fiind acceptabilă și conformă.

În temeiul art. 273 alin. (1) din O.U.G. 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, cele două contestații au fost conexe.

În baza prevederilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca nefondate contestațiile formulate de către ... și de către ... în contradictoriu cu ...

Mentine decizia de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Refacție linia CF ... – ... – ..., km 345+200 – 353+146”, cod CPV 45234100-7, solicitând:

- anularea deciziei nr. 9/3/409/13.02.2013 emisă de autoritatea contractantă;

- continuarea procedurii de achiziție a contractului;
- admiterea ofertei ... ca fiind acceptabilă.

În fapt, contestatorul arată că oferta depusă în cadrul procedurii de atribuire, conform criteriului de atribuire stabilit, s-a situat pe locul II.

Acesta mai adaugă că în data de 07.01.2013, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări iar în data de 13.02.2013 i-a comunicat faptul că a anulat procedura întrucât au fost depuse numai oferte inacceptabile și neconforme.

Cu privire la oferta ... autoritatea contractantă i-a comunicat contestatorului că aceasta a fost declarată inacceptabilă întrucât nu a îndeplinit cerința privind experiența similară solicitată prin fișa de date la capitolul III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională În susținerea sa contestatorul precizează că pentru îndeplinirea acestei cerințe a invocat susținerea unui terț, respectiv ... care pentru demonstrarea experienței similare în domeniile: instalații SCB, instalații electrice și feroviare și instalații de telecomunicații efectuate, a indicat lucrarea "Reconstrucție pod ..., linia CF ... pe un amplasament alăturat", ... având calitatea de antreprenor general al acestei lucrări.

Contestatorul subliniază faptul că, întrucât în calitatea de antreprenor general răspunde în fața Beneficiarului atât de lucrările executate de către personalul propriu (autorizat AFER pentru execuție, siguranța circulației,...), pentru furnizorii de materiale care la rândul lor dețin autorizații/agremente AFER, pentru prestatorii de servicii (inclusiv subcontractanții) autorizați AFER pentru lucrările executate, se înțelege că în calitate de coordonator de lucrări și unic contractant, antreprenorul general dobândește experiența similară a tuturor activităților desfășurate în cadrul contractului de către persoanele fizice și agenții economici enumerați mai sus, atât în calitate de coordonator al resurselor proprii cât în calitate de coordonator al subcontractanților și furnizorilor. Astfel, în opinia acestuia, nu poate fi negată experiența în coordonarea lucrărilor executate de către subcontractanți.

În contestația formulată se mai arată că față de specificul contractului ce urma să fie atribuit prin prezenta procedura, decizia de anulare a aplicării acestei proceduri reprezintă o vătămare a însăși interesului public și o încălcare a principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG 34/2006.

În ceea ce privește decizia de respingere a ofertei, contestatorul critică faptul că în cuprinsul deciziei nu se detaliază motivele neîndeplinirii experienței similare. Totodată contestatorul apreciază că motivele invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul deciziei de anulare a procedurii nu se încadrează în

niciuna dintre dispozițiile legale în vigoare, atrăgând nelegalitatea deciziei contestate.

... a formulat contestație împotriva adresei nr. 9/3/407/13.02.2013 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Refacție linia CF ... - ... - ..., km 345+200 - 353+146”, cod CPV 45234100-7, solicitând:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 9/3/407/13.02.2013, prin care oferta ... a fost declarată inacceptabilă și neconformă, ca fiind nelegală și netemeinică întrucât oferta ... respectă toate cerințele minime prevăzute în documentația de atribuire precum și anularea rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin declararea ofertei ... ca fiind acceptabilă și conformă.

În fapt, contestatorul arată că prin adresa nr. 9/3/3180/29.11.2012, autoritatea contractanta i-a solicitat depunerea documentelor pentru probarea cerințelor de calificare întrucât a uzat de prevederile art. 11 alin.4 din HG 925/2006. La această solicitare contestatorul a răspuns cu adresa nr. 2640/06.12.2012 înregistrată la ... cu nr. 9/3/3248 înaintând documentele solicitate.

Prin adresa nr. 9/3/407/13.02.2013 contestatorul a fost informat de către autoritatea contractantă că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, motivând că se încadrează în prevederile art. 181 lit.c)¹ din OUG nr. 34/2006.

În susținerea sa contestatorul arată că din conținutul art. 181 lit. c)¹ rezultă că trebuie îndeplinite cumulativ 3 condiții, astfel:

1. îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale să fie în ultimii 2ani
2. să fie din motive imputabile operatorului economic;
3. să producă grave prejudicii autoritatii contractante

În continuare contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a interpretat greșit dispozițiile art. 181 lit. c¹ din OUG 34/2006, aceasta afirmând:

"În conformitate cu decizia irevocabilă nr..../2011 emisă de Curtea de Apel ... privind acțiunea în instanță a reclamantei ..., ... a fost obligată la plata de 68.282,51 lei, reprezentând penalități de întârziere pentru contractul nr. 187/06.05.2008. ... și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale din motive imputabile lui, provocând grave prejudicii ...

Analizând afirmația autorității contractante, contestatorul precizează că nu sunt întrunite dispozițiile art. 181 lit.c)¹ din OUG 34/2006 astfel:

- este falsă afirmația - în ultimii 2 ani și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale. În susținerea sa contestatorul menționează că autoritatea contractantă invocă un contract încheiat în anul 2008 și finalizat în anul 2009, prin încheierea procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 138/19.09.2009 în care nu se menționează nicio neconformitate sau îndeplinire defectuoasă a obligațiilor contractuale.

- este falsă afirmația că și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale din motive imputabile acestuia. Contestatorul învederează că atât Instanța de Fond - Tribunalul ...a reținut, prin sentința nr. ...din 08.06.2011 cât și ulterior Curtea de Apel ..., că îndelunirea defectuoasă a obligațiilor contractuale a fost: *"și din vina reclamantei, ca urmare a neefectuării plăților la termen și nerespectarea perioadei de închidere a liniei"*. ... a susținut și motivat acest aspect prin simplu fapt că au fost condiții meteorologice extrem de nefavorabile.

- este falsă afirmația autorității contractante conform căreia a suferit grave prejudicii, contestatorul considerând că aceasta nu a făcut dovada nici pe parcursul derulării contractului și nici ulterior că a suferit vreun prejudiciu. În susținerea acestei idei contestatorul învederează că dacă autoritatea contractantă ar fi suferit vreun prejudiciu, nu ar fi recepționat lucrarea nici la terminarea lucrărilor și nici după expirarea perioadei de garanție de bună execuție, sau dacă ar fi existat aceste motive, autoritatea contractantă le-ar fi menționat în procesul verbal de recepție din anul 2009 și nu după 3 ani. Totodată contestatorul invocă art. 91 din HG nr. 925/2006 și menționează că dacă autoritatea contractantă ar fi suferit grave prejudicii înseamnă că lucrarea nu ar fi fost executată corespunzător, aceasta având posibilitatea să execute inclusiv garanția de buna execuție, lucru care nu s-a întâmplat, garanția de bună execuție fiindu-i restituită contestatorului în totalitate.

În continuare, contestatorul susține că în conformitate cu dispozițiile art. 97 alin. (1) lit. d) autoritatea contractantă avea obligația de a emite documentul constatator în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, și să înainteze un exemplar și societății ..., obligație pe care nu și-a îndeplinit-o. Nici după încheierea procesului verbal de recepție finală nu i-a fost comunicat acest document constatator. Contestatorul învederează că a intrat în posesia unei copii de pe acest document emis de ... în data de 10.12.2012, din alte surse, cu mult după organizarea licitației ce face obiectul prezentei

contestații. Contestatorul critică faptul că necomunicându-i-se acest document constatator a fost în imposibilitatea de a își exercita dreptul prevăzut la art. 97 alin.5 . respectiv acela de a contesta decizia abuziva a ...

Cât privește afirmația autorității contractante *“În temeiul art. 69¹ din OUG nr. 34/2006 subcontractantul declarat ...are membrii în cadrul organului de conducere AGA pe dl ... ce deține funcție de conducere în cadrul autorității contractante”*, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a indus în eroare nu numai pe ... ci toți operatorii economici participanți la procedură, întrucât prin adresa nr. 5/3/674/01.08.2012, invocând Dispoziția Directorului General nr. 75/27.08.2008 precizează că prestațiile de asistență tehnică... vor fi asigurate de către, în baza cererilor emise de către executant. Ținând cont de această clarificare ... a transmis o cerere de ofertă către ... și a inclus oferta acestuia în cadrul ofertei tehnice și financiare.

În final, contestatorul susține că inconsecvența și ambiguitatea clarificărilor autorității contractante au dus la situația invocată.

Prin adresa nr. 9/3/557/28.02.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 6788/28.02.2013, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la cele două contestații

Astfel, autoritatea contractantă arată că în cadrul acestei proceduri au fost depuse 4 oferte, toate fiind respinse, motiv pentru care a decis anularea procedurii.

În ceea ce privește contestația depusă de ... autoritatea contractantă menționează:

1. În ceea ce privește modificarea stării anunțului în SEAP privind decizia de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a transmite în SEAP informațiile referitoare la motivele anulării în termen de 48 de zile de la anularea procedurii de atribuire în conformitate cu art.210¹ din OUG 34/2006. Aceasta mai adaugă că a informat participanții la procedură în aceeași zi în care s-a luat decizia de anulare, astfel că au fost respectate prevederile art. 206 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

2. Autoritatea contractantă afirmă că a analizat ofertele depuse în perioada 29.11.2012 - 13.02.2013 în 5 ședințe de evaluare, în termen de 20 zile, care s-a prelungit în conformitate cu art. 200 alin. (2) din OUG 34/2006 cu Nota Justificativă nr. 9/3/3288/10.12.2012, în care au fost expuse motivele solicitării prelungirii perioadei de evaluare, notă care a fost aprobată de conducătorul autorității contractante, așa cum este prevăzut la art. 200 alin. (2) și (3) din OUG 34/2006.

3. În ceea ce privește oferta depusă de contestator, autoritatea contractantă arată că acesta a invocat ... ca fiind terț susținător tehnic/profesional și economic/financiar, care, pentru dovedirea cerinței prezentate în fișa de date la cap. III.2.3 – Capacitatea tehnică și/sau profesională – Experiență similară, a depus următoarele contracte:

a) Contractul *„Reconstrucția infrastructurii feroviare afectate de inundații în iulie și august 2005 pe sectorul ... Lot 1”* - Contract nr. .../.../2005 - valoare 52.666.850,61 lei

b) Contractul *„Reconstrucția pod ... km 325+704 linia CF ... nr. 1/4478/19.11.2001* - valoare efectuată în ultimii 5 ani 6.624.135,21 lei.

c) Contractul *„Consolidare terasament km 415+400, lina 203 ...”* nr. 250/C/16.22.11.2007.

Referitor la contractele antemenționate, autoritatea contractantă a solicitat clarificări prin adresa nr. 9/3/24/07.01.2013. Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 7/09.01.2013 înregistrată la ... cu nr.9/3/68/10.01.2013 și în care precizează:

- Contractul *„Reconstrucția infrastructurii feroviare afectate de inundații în iulie și august 2005 pe sectorul ... Lot 1”* - Contract nr. 21/PT 002-01/2005 - valoare 52.666.850,61 lei.

În ceea ce privește afirmație ... respectiv că *„Acest contract a fost prezentat în ofertă cu scopul de a demonstra experiența similară pentru lucrări de construcții căi ferate”*, autoritatea contractantă susține că din documentele prezentate de către contestator, terțul susținător ... a executat în cadrul acestui contract numai lucrări de căi ferate, lucrările ce priveau specialitățile *„instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații”* fiind executate în contractul de mai sus, prezentat ca și experiență similară, de subcontractantul

- Contractul *„Reconstrucția pod ... km 325+ 704 linia CF ... nr.1/4478/19.11.2001* - valoare efectuată în ultimii 5 ani 6.624.135,21 lei.

Cu privire la afirmația ...: *„Din borderoul-anexă 4 pag. 188 din ofertă, lucrările executate de subcontractantul ... sunt cele de instalații SCB și instalații TTR (telecomunicații n.n). Anexăm Contractul de subantrepriză nr. 76/14.02.2002 și actul adițional la acesta nr. 1 din 12.07.2011 (pag. 12-17)”*, autoritatea contractantă afirmă că din documentele prezentate de către ofertant, acesta recunoaște că, în cadrul acestui contract, lucrările ce priveau specialitățile *„instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații”* au fost executate de către subcontractantul ... și nu de către terțul susținător tehnic/profesional

• Contractul „*Consolidare terasament km 415+400, lina 203 ...*” nr. 250/C/16/22.11.2007.

Cu privire la afirmația ... conform căreia „*Contractul «Consolidare terasament km 415+400, lina 203 ...» nr. ... nu cuprinde lucrări de instalații ci a fost prezentat în ofertă cu scopul de a demonstra experiența similară pentru lucrări de consolidări terasamente*”, autoritatea contractantă învederează că din acest răspuns rezultă fără echivoc că nici în contractul mai sus amintit nu sunt prezentate lucrări în domeniul „*instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații*”.

În aceste condiții autoritatea contractantă concluzionează că din contractele prezentate ca și experiență similară a terțului susținător tehnic/profesional ... nu rezultă îndeplinirea de către acesta a cerinței fișei de date cap.III.2.3 - Capacitatea tehnica și/sau profesională în domeniul „*instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații*”.

În continuare, autoritatea contractantă critică afirmația contestatorului: „*înțelegem că în calitatea de coordonator de lucrări și unic contractant, Antreprenorul General (... n.n) dobândește experiența similară a tuturor activităților desfășurate în cadrul contractului de către persoanele fizice și agenții economici enumerați mai sus (subcontractanții n.n), atât în calitate de coordonator al resurselor proprii cât și ca și coordonator al subcontractanților și furnizorilor*” întrucât în opinia acesteia „*experiența similară*” este o resursă netransferabilă, aceasta aparținând persoanei (fizice sau juridice) care execută o lucrare într-un contract, ea neputând fi invocată de către o altă persoană (fizică sau juridică), fie ea chiar Antreprenor General (Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție).

În contextul celor anteprecizate, autoritatea contractantă consideră că a procedat în mod legal și corect în ceea ce privește descalificarea ... cu terț susținător tehnic/profesional și economic/financiar societatea ..., acesta neîndeplinind cerința fișei de date cap III.2.3 - Capacitatea tehnica și/sau profesională - Experiență similară în domeniul instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații.

4. Referitor la afirmația ... precum că „*decizia de anulare a aplicării acestei proceduri reprezintă o vătămare a însăși interesului public și o încălcare a principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, prevăzut de ari. 2 alin. 2) lit. (f) din OUG nr. 34/2006*” autoritatea contractantă apreciază această afirmație ca nefondată.

În ceea ce privește contestația depusă de ... autoritatea contractantă arată că întrucât acesta a uzat de prevederile art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, prin adresa nr.

9/3/3180/29.11.2012 i s-a solicitat ca până la data de 06.12.2012 ora 14.00 să depună documentele justificative pentru probarea/confirmarea cerințelor de calificare. Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 2640/06.12.2012 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 9/3/3248/06.12.2012, depunând toate documentele.

Cu privire la contestația depusă de ... autoritatea contractantă menționează:

1. În privința afirmației contestatorului că nu i s-au solicitat niciun fel de clarificări, încălcându-se prevederile OUG nr. 34/2006 ... precizează că a analizat documentele depuse de ... și a constatat că acesta are nominalizat subcontractantul ... în al cărui organ de conducere (AGA) figurează dl Director Tehnic ..., președintele comisiei de evaluare.

În urma analizării situației nou create, președintele comisiei de evaluare dl Director Tehnic ... a sesizat că se află în conflict de interese în conformitate cu prevederile art. 69 lit. a) din OUG nr. 34/2006, fiind membru în AGA la ... în conformitate Hotărârea nr. 58/30.08.2012, subcontractant nominalizat în oferta depusă de

Autoritatea contractantă arată că dl ... era menționat în fișa de date la Cap III.2.1 Situația personală a operatorilor economici, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei - Cerința 3 - personalul implicat direct în procedură.

Având în vedere cele prezentate mai sus, dl Director Tehnic - ... a depus la secretariatul comisiei de evaluare, Nota nr. 9/3/3208/03.12.2012 - prin care aduce la cunoștință situația nou creată.

Comisia de evaluare a luat la cunoștință de Nota mai sus amintită, a înștiințat reprezentantul legal al autorității contractante, astfel că s-a luat măsura de modificare a Dispoziției de numire a comisiei de evaluare, înlocuindu-se dl ... cu dna ... în poziția de Președinte al Comisiei de evaluare, pentru evitarea încălcării dispozițiilor art. 69 lit a) din OUG nr, 34/2006.

Autoritatea contractantă opinează că ... prin prezentarea în cadrul ofertei a subcontractantului ... s-a încadrat în prevederile art. 69¹ din OUG 34/2006, astfel că acesta a fost exclus din procedură.

În susținerea sa autoritatea contractantă precizează că pentru subcontractantul ..., contestatorul nu a depus Formularul B2 - Declarație privind neîncadrarea la art.69¹ din OUG 34/2006, fapt ce nu are nicio consecință față de ofertant din moment ce s-a hotărât să nu se mai solicite clarificări, dar confirmă în mod indirect faptul că ofertantul ... avea cunoștință despre incidența articolului de lege mai sus menționat asupra subcontractantului nominalizat.

2. În ceea ce privește încadrarea contestatorului în prevederile art. 181 lit. c¹ OUG nr. 34/2006 autoritatea contractantă precizează că, prin adresa nr. 9/3/73/10.01.2013 a solicitat Direcției de Asistență Juridică și Resurse Umane informații cu privire la incidența prevederilor art. 181 lit. c¹ din OUG nr. 34/2006 asupra ofertanților din procedură.

La această solicitare a primit răspuns prin adresa nr. 14/1/b/334/2013, din care rezultă faptul că ofertantul ... și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale din motive imputabile acestuia, fapt care a produs prejudicii grave autorității contractante. Autoritatea contractantă mai adaugă că îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale ale ofertantului ... a fost dovedită prin Decizia nr. .../2011 emisă de Curtea de Apel ..., rămasă definitivă și irevocabilă în data de 16.01.2012.

În urma analizei deciziei nr. .../2011 irevocabilă, emisă de Curtea de Apel ... privind acțiunea în instanță a reclamantei ..., autoritatea contractantă a constatat că ... a fost obligată la plata sumei de 68.282,51 lei reprezentând penalități de întârziere pentru contractul nr. 187/06.05.2008, care avea ca obiect „*execuția, finalizarea și întreținerea lucrărilor pe rețeaua ... din județele ..., linia ..., interval ..., zona km 68+000-69+900 soluție definitivă*”.

Autoritatea contractantă invocă cele dispuse de instanță în decizia mai sus amintită, arătând că ... și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale din motive imputabile lui, producând grave prejudicii ..., astfel că acesta se încadrează în prevederile art. 181 lit. c¹ din OUG nr. 34/2006.

În contextul celor anteprecizate, autoritatea contractantă afirmă că susținerile ... referitoare la neîncadrarea în prevederile art. 181 lit. c¹ din OUG nr. 34/2006 nu sunt aplicabile din următoarele motive:

- afirmația precum că în Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor și în Procesul verbal de recepție final nu se specifică că ar fi îndeplinit defectuos contractul nu are relevanță deoarece, după cum se poate observa și din motivația Curții de Apel ... în Decizia nr. .../2011 rămasă definitivă și irevocabilă în data de 16.01.2012, ofertantul nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale până la sfârșitul acestuia, fapt ce a îndrituit ... la perceperea de penalități.

Faptul că ... a reușit să ducă la bun sfârșit contractul respectiv cu depășirea termenului de execuție nu-l îndreptățește pe acesta să afirme că s-a achitat în termenul prevăzut de obligațiile contractuale.

- afirmația contestatorului ... privitoare la faptul că au trecut mai mult de doi ani de la terminarea contractului și în acest fel nu și-ar mai găsi aplicabilitatea prevederile art. 181 lit c¹ din OUG nr.

34/2006 nu se susțin deoarece constatarea culpei acestuia a intervenit la data de 16.01.2012, dată la care Decizia nr. .../2011 a devenit definitivă și irevocabilă și dată de la care s-a născut dreptul ... de a încasa respectiva sumă cu titlul de penalități.

3. Referitor la afirmația contestatorului că „*autoritatea contractantă a indus în eroare nu numai pe ... ci toți operatorii economici participanți la procedură, întrucât prin adresa nr.5/3/674 din 01.08.2012, invocând Dispoziția Directorului General nr.75/27.08.2008 precizează că prestațiile de asistență tehnică... vor fi asigurate de către, în baza cererilor emise de către executant*”, autoritatea contractantă apreciază că este nefondată, din următoarele motive:

- adresa autorității contractante nr. 5/3/674/01.08.2012 reprezintă „*Anexă la caietele de sarcini aferente execuției lucrării Refacție linie CF ..., km 345+200 - 353+146*” unde, la pct. 5 sunt precizate următoarele: „*În conformitate, cu prevederile Dispoziției Directorului General nr. 75/27.08.2008 prestațiile de asistență tehnică privind scoatere/repunere sub tensiune a liniei de contact pentru protecția din punct de vedere electric al fronturilor de lucru și execuția lucrărilor și intervențiilor privind demontarea - remontarea respectiv scoaterea/repunerea din/în funcție a instalațiilor IFTE și TTR vor fi asigurate de către ... și ... gratuit în baza contractului existent între ..., ... și ..., în baza cererilor emise de executant și cu înștiințarea beneficiarului.*”

Cerința ca asistența tehnică privind demontarea-remontarea respectiv scoaterea/repunerea din/în funcție a instalațiilor de electrificare și telecomunicații feroviare afectate de lucrări să fie acordată de ... și ...este motivată de următoarele:

- *Cele două unități sunt proprietarii și ... instalațiilor de telecomunicații și electrificare ... care vor fi afectate de lucrările de construcții montaj executate în cadrul contractului. Ele furnizează servicii de telecomunicații și electrificare specifice precum și servicii de întreținere și reparații, inclusiv de asistență tehnică către ... pe bază de contract de prestări servicii și în conformitate cu actele de reglementare internă ... și prevederile legislative;*

- *Contractantul lucrărilor nu va putea interveni în instalațiile în funcție fără asistența de specialitate din partea deținătorului acestora, asistența tehnică fiind necesară numai pentru instalațiile de telecomunicații feroviare și de energie existente, în funcție și afectate de noile lucrări;*

Lucrările de bază de construcții-montaj a instalațiilor de telecomunicații prevăzute în Documentația de atribuire sunt în sarcina operatorilor economici care au deplina libertate de a le oferta conform normelor proprii”.

În acest context autoritatea contractantă subliniază faptul că în adresa anteprecizată se face referire la prestații de asistență tehnică pentru unele activități strict necesare desfășurării în condiții de siguranță a lucrărilor, ce vor fi efectuate gratuit de către cele două unități (...) ce sunt ... ai instalațiilor de electrificare și telecomunicații, acest lucru neînsemnând obligativitatea includerii în oferta tehnică ca subcontractant a uneia din cele două unități pentru execuția lucrărilor de specialitate, după cum invocă contestatorul.

În opinia autorității contractante interpretarea voit eronată a paragrafului este demonstrată și de faptul că ofertantul ... are ca subcontractant numai una din societăți, respectiv ..., nu și pe cea de-a doua 9/3/409, așa cum ar fi fost normal dacă ar fi fost indus în eroare de exprimarea dată de autoritatea contractantă.

În final, autoritatea contractantă apreciază că acuzația ... nu este justificată, cu atât mai mult cu cât, la verificarea ofertei depuse nu a fost prezentat pentru subcontractorul ... formularul B2 - Declarație privind neîncadrarea la art.69¹ din OUG nr. 34/2006.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Refacție linia CF ... - ... - ..., km 345+200 - 353+146”, cod CPV 45234100-7. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În Procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 9/3/3172/29.11.2012, s-a consemnat depunerea a 4 oferte, documentele de calificare și ofertele tehnice și financiare, aferente acestora.

În Raportul procedurii nr. 9/3/406/13.01.2012, comisia de evaluare a consemnat respingerea celor 4 oferte precum și anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Pe fondul contestației formulate de către ... Consiliul retine următoarele:

- potrivit raportului procedurii și adresei nr. 9/3/409/13.02.2013, motivul invocat de către autoritatea contractantă pentru justificarea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei depuse de către ... este neindeplinirea cerinței privind experiența similară în lucrările ce privesc specialitățile „*instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații*”.

- din documentele depuse la dosarul cauzei si din raspunsul la solicitarile de clarificari transmise de ofertantul ... a reiesit faptul ca tertul sustinator al acestuia (inclusiv pentru demonstrarea experientei similare), operatorul economic ..., a fost antreprenor general in două contracte prezentate in ofertă incluzand lucrări ce privesc specialitățile „*instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații*” dar nu a executat efectiv respectivul tip de lucrări, ci le-a subcontractat operatorilor economici ..., respectiv

- atat legislatia cat si cerinta privind experienta similara din fisa de date a achizitiei capitolul III.2.3) sunt explicite in sensul in care experienta demonstrată de ofertant (sau de catre tertul sustinator) are in vedere „**executarea** in ultimii 5 ani a lucrărilor...”, interpretarea neputand fi alta decat executarea efectivă si nu subcontractarea acestora.

Potrivit prevederilor din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 si din fisa de date a achizitiei, experienta similară poate fi demonstrată fie integral de ofertant, fie integral de catre tertul sustinator (cumularea nefiind permisă) dar, in spetă, tertul sustinator ... nu a executat si lucrări ce privesc specialitățile „*instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații*” ci le-a subcontractat unor alti operatori economici din pozitia de antreprenor general.

Avand in vedere cele de mai sus, Consiliul nu poate accepta sustinerea contestatorului potrivit careia „*în calitate de coordonator de lucrări și unic contractant, antreprenorul general dobândește experiența similară a tuturor activităților desfășurate în cadrul contractului de către persoanele fizice și agenții economici enumerați mai sus, atât în calitate de coordonator al resurselor proprii cât în calitate de coordonator al subcontractanților și furnizorilor*”. Faptul de a fi unic semnatar al unui contract si de a coordona din pozitia de antreprenor general executia acestuia nu iti confera **experienta in executia** unor anumite tipuri de lucrari pe care le subcontractezi unor operatori economici autorizati si capabili sa le execute.

Astfel, Consiliul apreciază ca fiind intemeiată decizia autoritatii contractante de a respinge ca inacceptabilă oferta depusă de către ... (cu tert sustinator ...) pentru neindeplinirea cerintei privind experienta similară in lucrări ce privesc specialitățile „*instalații SCB, instalații electrice feroviare și instalații telecomunicații*”.

Pe fondul contestației formulate de către ... Consiliul retine urmatoarele:

- potrivit raportului procedurii si adresei nr. 9/3/407/13.02.2013, motivele invocate de către autoritatea contractantă

pentru justificarea deciziei de respingere a ofertei depuse de către ... au fost:

1. oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, pe motivul că se încadrează în prevederile art. 181 lit.c)¹ din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare adica a fost depusa de un ofertant care „*în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia*”.

Consiliul constata ca în conformitate cu decizia irevocabilă nr.758/2011 emisă de Curtea de Apel ... privind acțiunea în instanță a reclamantei ..., ... a fost obligată la plata de 68.282,51 lei, reprezentând penalitati de întârziere pentru contractul nr. 187/06.05.2008.

Astfel, in primul rand, Consiliul constata ca printr-o decizie irevocabila a unei instante **s-a constatat indeplinirea in mod defectuos (cu intarziere)** de catre ... a contractului nr. 187/06.05.2008 motiv pentru care s-a dispus plata unor penalitati de intarziere.

Chiar daca contestatorul invoca culpa ambelor parti din contractul in cauza, Consiliul retine faptul ca, oricum, **instanta a retinut cert culpa operatorului economic** ... pe care a obligat-o la plata unei penalitati.

In ceea ce priveste „*gravele prejudicii*”, aceasta este o apreciere discutabila, dar autoritatea contractantă a apreciat ca acestea s-au produs **sau puteau sa se produca**, iar contestatorul nu poate prezenta dovezi concrete pentru a demonstra contrariul.

In ceea ce priveste termenul de 2(doi) ani, din textul art. 181 lit.c)¹ din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, acesta curge de la constatarea culpei care a intervenit la data de 16.01.2012, dată la care Decizia nr. ...2011 a devenit definitivă și irevocabilă, pana la acea data *neindeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a obligațiilor contractuale* neputand fi invocata de nicio autoritate.

2. ofertantul ... a nominalizat in oferta pe subcontractantul ... în al cărui organ de conducere (AGA) figurează dl Director Tehnic ..., președintele comisiei de evaluare, cu incalcarea prevederilor art.69¹ din OUG nr. 34/2006 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit caruia:

*Art.69¹.-Ofertantul/Candidatul / **Subcontractantul/ Terțul susținător care are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organ de conducere** ori de supervizare și/sau are acționari ori asociați persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv ori care se află în relații comerciale, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 69 lit. a), **cu***

persoane ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante, este exclus din procedura de atribuire.

Consiliul constata ca autoritatea contractanta a precizat numele persoanelor care detin functii de decizie in cadrul autoritatii contractante potrivit prevederilor Art.69² din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

“Art. 69². - (1) Autoritatea contractantă precizează în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare numele persoanelor ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante”

In aceasta lista autoritatea contractanta a precizat si numele dl Director Tehnic

Ofertantul ... a nominalizat in oferta pe subcontractantul ... în al cărui organ de conducere (AGA) figurează dl Director Tehnic ..., prin urmare, fara niciun dubiu, trebuia exclus din procedura de atribuire potrivit prevederilor art.69¹ din OUG nr. 34/2006 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, mai sus mentionat.

In secundar, este adevarat ca autoritatea contractantă a indus oarecum în eroare operatorii economici participanți la procedură, prin adresa nr. 5/3/674/01.08.2012, in care invocând Dispoziția Directorului General nr. 75/27.08.2008 se precizează că prestatiile de asistență tehnică vor fi asigurate de către

In conditiile in care, asa cum sustine autoritatea contractanta, *„în adresa anteprecizată se face referire la prestații de asistență tehnică pentru unele activități strict necesare desfășurării în condiții de siguranță a lucrărilor, ce vor fi efectuate gratuit de către cele două unități ... și ...) ce sunt ... ai instalațiilor de electrificare și telecomunicații, acest lucru neînsemnând obligativitatea includerii în oferta tehnică ca subcontractant a uneia din cele două unități pentru execuția lucrărilor de specialitate”*, Consiliul nu vede ratiunea pentru care, prestatiile fiind gratuite si neobligatoriu de introdus in oferta tehnica, de ce autoritatea contractanta a comunicat ofertantilor acest detaliu care putea provoca confuzie.

Aceste consideratii, nu anuleaza inasa realitatea indubitabila si anume faptul ca prin nominalizarea in oferta a subcontractantului ... în al cărui organ de conducere (AGA) figura dl ..., ofertantul ... trebuia exclus din procedura.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondate contestațiile formulate de către ... și de către ... în contradictoriu cu ... și va mentine decizia de anulare a procedurii.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

.....