



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

București, Str.Stavropoleos, 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 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. ... din 25.06.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în jud. ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO ... în calitate de lider al asocierii ... – S.C. ... prin director general ing. ... și, convențional, de ... cu sediul procedural ales în ... împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1270 din 18.06.2013, emisă de către ... cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitarea CET ... în vederea asigurării necesarului de energie termică pentru zona urbană”, cod CPV 45251200-3 - Lucrări de construcții de centrale termice (Rev.2), se solicită următoarele:

1. Anularea deciziei de respingere, ca neconformă/inacceptabilă, a ofertei asocierii ... – S.C. ... și de stabilire a ofertei câștigătoare, comunicată prin adresa nr. 1270 din 18.06.2013;

2. Anularea raportului procedurii, ca o consecință a anulării deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare;

3. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocieria ... – S.C. ..., de la etapa evaluării admisibilității acesteia;

4. În subsidiar, anularea procedurii, în situația în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere.

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

DECIDE:

Respinge excepția introducerii contestației de către o persoană neîmputernicită, invocată de ... contestația depusă de către ... cu sediul în jud. ... în contradictoriu cu ... cu sediul în ... str. Valea Miței nr. 2, cod poștal 450210, jud. ... și anulează, în parte, raportul procedurii de atribuire cu privire la oferta depusă de către Asocieria dintre S.C. ... S.A. și S.C. ... S.A., precum și actele subsecvente acestuia, și dispune continuarea procedurii de atribuire, cu evaluarea ofertelor operatorilor economici implicați, inclusiv verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, în considerarea aspectelor reținute în motivare.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... din 25.06.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din critică procedura de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitarea CET ... în vederea asigurării necesarului de energie termică pentru zona urbană”, organizată de ... în calitate de autoritate contractantă, solicitând următoarele:

1. Anularea deciziei de respingere ca neconformă/inacceptabilă a ofertei asocierii ... - S.C. ... și de stabilire a ofertei castigatoare, comunicată prin adresa nr. 1270 din 18.06.2013;

2. Anularea raportului procedurii, ca o consecință a anulării deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare;

3. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocieria ... - S.C. ..., de la etapa evaluării admisibilității acesteia;

4. În subsidiar, anularea procedurii, în situația în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere.

În fapt, contestatorul arată că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, prin adresa nr. 1270 din 18.10.2011, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, potrivit caruia oferta sa a fost declarată neconformă/inacceptabilă, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de către asocieria S.C. .. S.A. - S.C. ... S.A., având prețul de 10.762.198,92 lei, decizie despre care susține că este nelegală și netemeinică.

În ceea ce privește modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta sa, contestatorul arată că, în adresa de comunicare a rezultatului

procedurii, autoritatea contractantă a invocat două motive de respingere a acestei oferte.

Referitor la primul dintre motive, respectiv lipsa din cadrul ofertei a angajamentului în vederea elaborării proiectului tehnic și amplasarea centralei pe amplasamentul impus, cerință prevăzută la cap. IV.4.1 pct. 5 și cap. VI.3 din fișa de date a achiziției, ... susține că a îndeplinit cerința, prin prezentarea, în cadrul ofertei sale, a procesului-verbal nr. 887 din 24.04.2013, încheiat între autoritatea contractantă și S.C. ..., cu ocazia vizitării amplasamentului, astfel încât susținerea autorității contractante conform căreia „comisia de evaluare nu are dreptul să solicite prezentarea unor documente lipsă, prevăzute a fi depuse în cadrul propunerii tehnice” este incorectă.

În opinia contestatorului, se impunea ca autoritatea contractantă să-i solicite prezentarea angajamentului, deoarece acest document reprezintă o completare formală și de confirmare, referitoare la conținutul documentelor deja depuse, așa cum chiar autoritatea contractantă precizează.

Invocând prevederile art. 78, art. 79 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006, art. 201 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, precum și decizia C.N.S.C. nr. 2442/C8/2606 din 21.05.2010, contestatorul susține că decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală, întrucât autoritatea contractantă avea obligația de a-i solicita clarificări și completări cu privire la aspectele ce fac obiectul respingerii ofertei, iar obligația prevăzută în documentația de atribuire se referea la vizitarea amplasamentului, angajamentul fiind doar un instrument formal semnat ulterior.

În contestație se invocă și practica judiciară reprezentată de decizia C.N.S.C. nr. 2180/242C4/1852/1953/1958/1979 din 30.05.2011 și decizia nr. 387 din 16.02.2010 pronunțată de Curtea de Apel Cluj.

Contestatorul subliniază că decizia de respingere a ofertei încalcă principiul proporționalității, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006, acesta opinînd că numai în situația în care autoritatea contractantă constata că nu a răspuns, în termen, solicitării de clarificări putea să dispună respingerea ofertei.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv invocat în comunicarea rezultatului procedurii, respectiv cel privind oferta financiară, în contestație se susține că, deși în urma unei solicitări de clarificări transmisă de un operator economic, autoritatea contractantă a publicat o clarificare, potrivit căreia „vor fi acceptate ofertele care nu depășesc cu mai mult de 10% valoarea estimată, fără TVA. Autoritatea contractantă va încheia contractul, în totalitate, la valoarea adjudecată”, totuși, autoritatea contractantă i-a respins oferta, ca inacceptabilă, pe motiv că prețul acesteia depășește valoarea estimată a contractului și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică.

Contestatorul menționează că, față de valoarea estimată a contractului, de 10.787.447 lei, prețul ofertei sale, de 11.846.535,68 lei, se încadrează în valoarea de 11.866.191,70 permisă de autoritatea contractantă.

Față de toate aceste considerente, contestatorul susține că oferta sa a fost respinsă, ca nelegală.

În ceea ce privește modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta câștigătoare, contestatorul susține că, din informațiile sale, ofertantul declarant câștigător nu poate livra, monta și pune în funcțiune în termen de 4 luni cele două grupuri de cogenerare cu motoare cu ardere internă, așa cum s-a prevăzut la cap. 11.3 din „Durata contractului sau termenul pentru finalizare” din fișa de date a achiziției.

De asemenea, învederează că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada că îndeplinește cerințele documentației de atribuire privind demonstrarea eficienței.

În acest sens se invocă prevederile clarificării nr. 1 postată în SEAP în data de 26.04.2013, conform căreia randamentul la putere nominală trebuie să fie de minimum 89% și valoarea randamentului global de funcționare să fie de minimum 85%, susținându-se că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada îndeplinirii acestor coeficienți sau calculul prezentat în ofertă este eronat.

... mai susține și că ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește cerințele de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, prevăzute în fișa de date a achiziției, cu referire la experiența similară și personalul calificat, motiv pentru care oferta acestuia trebuia respinsă, ca inacceptabilă.

Față de toate considerentele din contestație, ... solicită Consiliului sa verifice modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta declarată câștigătoare, raportat la cerințele documentației de atribuire.

În temeiul art. 274 alin. 1 și 4 din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documente.

Cu adresa nr. 1325 din 27.06.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 21394 din transmis punctul său de vedere la contestația depusă de ... prin care precizează că cerința de „vizitare și inspectare a amplasamentului”, formulată la cap. V.4.1. și VI.3 din fișa de date a achiziției, a avut ca scop final semnarea unui angajament în vederea elaborării proiectului tehnic și amplasarea centralei pe amplasamentul impus, în documentația de atribuire specificându-se și faptul că „lipsa acestui angajament la deschiderea ofertei atrage după sine descalificarea automată a ofertantului”.

În opinia autorității contractante, contestatorul încercă să minimalizeze importanța scopului final, apreciind că, în fapt, cerința din documentația de atribuire este de a vizita și inspecta amplasamentul, iar solicitarea angajamentului ar fi „o completare formală și de completare,

referitoare la conținutul documentației deja depuse” și un instrument formal ce ar putea fi semnat ulterior.

Autoritatea contractantă învederează că cerința a fost formulată ca parte componentă a propunerii tehnice și reluată la cap. VI.3 „Alte informații”, precum și faptul că ofertanții aveau obligația prezentării acestui angajament la deschiderea ofertelor, cu mențiunea expresă că, în caz contrar, oferta va fi descalificată, deoarece este singurul document care obligă ofertantul ca, după încheierea contractului, să proiecteze și să amplaseze centrala pe amplasamentul impus, fără a putea solicita, ulterior, modificarea locului amplasamentului sau mărirea perimetrului acestuia.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că, în conformitate cu prevederile art. 201 alin. 2 din O.U.G. nr.34/2006, prin clarificările/completările solicitate nu are dreptul să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, iar, în acest caz, angajamentul solicitat, ca parte componentă a propunerii tehnice, este un document de sine stătător, prezentat de ofertanți la deschiderea ofertelor.

Autoritatea contractantă susține că dacă solicita depunerea acestui document ca o completare/clarificare încălca prevederea legală mai sus menționată, principiul tratamentului egal, precum și prevederile art. 35 din H.G. nr. 925/2006, întrucât solicitarea depunerii /completarea documentului lipsă nu putea fi interpretată ca o completare formală sau de confirmare în sensul prevederilor art. 78 din H.G. nr. 925/2006.

În punctul de vedere se invocă și prevederile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006.

... învederează că, potrivit prevederilor cap. III. 1.2 din fișa de date a achiziției, sursa de finanțare a contractului este sursa proprie a autorității contractante și nu fonduri europene, așa cum se afirmă în contestație.

Referitor la acuzația privind modul nelegal în care a fost evaluată oferta câștigătoare, autoritatea contractantă subliniază că, dintre cele 3 oferte depuse, oferta financiară a contestatorului a fost cea mai mare, și precizează că, în conformitate cu prevederile art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006, orice persoană poate contesta un act al autorității contractante cu privire la persoana sa și nu a altora.

Fața de cele de mai sus, ... susține că această contestație este neîntemeiată și solicită respingerea acesteia.

Cu adresa nr. 1341 din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 21635 din 01.07.2013, ... transmis „precizări la punctul de vedere”, prin care solicită, pe cale de excepție, respingerea contestației formulată de ... ca fiind introdusă de o persoană neîmputernicită să promoveze contestația.

În motivarea solicitării sale, autoritatea contractantă arată că ... a participat la procedură în asociere cu S.C. ..., având calitatea de lider de asociație. În opinia autorității contractante, pentru a promova contestația, liderul de asociație trebuia să depună împreună cu

contestația un document din care să reiasă că asociatul l-a împuternicit să promoveze contestația.

Autoritatea contractantă subliniază că, prin adresa nr. 1742 din 27.06.2013, S.C. ... precizează că nu a contestat, în nume propriu sau în cadrul asociației, rezultatul procedurii de atribuire.

Față de aceasta, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca inadmisibilă.

În drept, sunt invocate prevederile art. 278 alin. 1 și 5 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În probațiune a fost depusă, în copie, adresa nr. 1742 din 27.06.2013, emisă de S.C. ...

Cu adresa nr. 1324 din 27.06.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 21394 din ... completată cu adresa nr. 1359 din 01.07.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 21885 din 02.07.2013, ... depus, în copie conformă cu originalul, documentele aflate la dosarul achiziției publice împreună cu ofertele relevante.

În considerarea dispozițiilor art. 269 din ordonanța de urgență, Consiliul a solicitat ... să se pronunțe în legătură cu excepția introducerii contestației de către o persoană neîmputernicită, invocată de ... în adresa nr. 1341 din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 21635 din 01.07.2013, raportat la prevederile art. 278 alin. 1 și 5 din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu adresa nr. 470 din 05.07.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 22421 din 05.07.2013, ... a răspuns solicitării Consiliului, arătând că respectiva contestație a fost formulată în nume propriu de către ... care a fost desemnat prin acordul de asociere ca lider al acesteia.

Contestatorul susține că, din conținutul contestației, nu rezultă că aceasta ar fi fost depusă de ... în numele și pentru asocierea ... – S.C. ... și că ar acționa în fața Consiliului ca reprezentant al asocierii sau al celorlalți membri ai asocierii. Se subliniază că formularea, depunerea și realizarea oricăror demersuri în fața Consiliului în numele și pe seama asocierii ar fi necesitat o mențiune expresă în acest sens în cuprinsul contestației sau precizarea faptului că această contestație este formulată de către asociere reprezentată prin lider.

Contestatorul învederează că, prin precizarea calității de lider al asocierii, a arătat exclusiv că ... a participat la procedura de atribuire ca membru și lider al asocierii ... – S.C. ... prin depunerea unei oferte comune, fara să reprezinte în fața Consiliului pe celalalt membru al asocierii. De asemenea se arată că semnarea contestației s-a realizat exclusiv de către ... prin avocat, fără a fi menționată întreaga asociere sau calitatea ... de reprezentant al celuilalt asociat.

În opinia contestatorului, în condițiile în care contestația a fost formulată în nume propriu de către ... devine lipsită de orice relevanță poziția procesuală a asociatului S.C. ...

... precizează că, în conformitate cu dispozițiile art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006 și cu practica judiciară constantă a C.N.S.C., a instanțelor române și a celor europene în materia achizițiilor publice, are interes și,

implicit, calitate procesuală activă de a formula contestație împotriva actelor autorității contractante orice operator economic care se consideră vătămat, indiferent de calitatea în care a participat la procedura de atribuire (în mod individual sau în asocieri).

Contestatorul subliniază că, din conținutul art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006 rezultă, în mod clar, calitatea (legitimarea) procesuală activă a oricărui operator economic care se consideră vătămat printr-un act al autorității contractante, fără a prezenta vreo relevanță depunerea ofertei în mod individual sau în calitate de membru al unei asocieri de operatori economici constituită conform art. 44 din același act normativ. Contestatorul opinează că interesul legitim și, implicit, riscul de a fi vătămat în drepturile născute din participarea la procedura de atribuire (în speță dreptul la atribuirea contractului de achiziție publică) aparțin în mod individual operatorului economic care a participat cu oferta comună la procedură.

În acest sens, se susține că nicio dispoziție legală nu condiționează calitatea procesuală activă a unui operator economic membru al unei asocieri de depunerea contestației de către toți asociații, o astfel de dispoziție fiind contrară principiilor liberului acces la justiție, al dreptului la apărare și la un proces echitabil, consfințite de Constituția României și de Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

În punctul de vedere, contestatorul invocă prevederile art. 1 alin. 3 din Directiva 89/665, jurisprudența Curții Europene de Justiție, prin Ordonanța din 4 octombrie 2007, pronunțată în cauza C-492/06, precum și practica C.N.S.C. și a instanțelor din România, exemplificată prin deciziile C.N.S.C. nr. 2180 / 242C4 / 1852 / 1953 / 1958 / 1979 din 30.05.2011, nr. 4325/C2/4649 din 23.11.2002, nr. 1357/148C9/1256 din 18.04.2013, Decizia civilă nr. 1875 din 26.09.2011 a Curții de Apel București, Decizia nr. 2717 din 17.05.2012 a Curții de Apel Ploiești, Decizia civilă nr. 2217 din 23.05.2013, pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 2980/2/2013,

Susținând că această contestație a fost depusă în nume propriu și că are calitate procesuală activă pentru formularea, în mod individual a contestației, nefiind necesar un mandat din partea celui alt membru al asocierii, ... solicită respingerea excepției inadmisibilității, ca nefondată.

Cu adresa nr. 474 din 05.07.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 22491 din 08.07.2013, ... a formulat „precizare” la contestație, prin care învederează că ofertantul declarant câștigător nu a făcut dovada că îndeplinește cerințele documentației de atribuire privind demonstrarea eficienței.

Invocând clarificarea nr. 1, postată în SEAP la data de 26.04.2013, conform căreia valoarea randamentului la putere nominală trebuie să fie de minimum 89% și valoarea randamentului global de funcționare trebuie să fie de minimum 85%, contestatorul arată că, la fila 45 din clarificări, autoritatea contractată a reținut că, din datele tehnice publice, eficiența totală este de maximum 84,7% și, prin urmare, a solicitat asocierii S.C.

... S.A. - S.C. ... S.A. să clarifice acest aspect cu documente justificative de la producător.

Contestatorul menționează că deși nu se află în posesia răspunsului transmis de asocierea S.C. ... S.A. - S.C. ...S.A., își menține critica în sensul ca acest ofertant nu a făcut dovada eficienței solicitate prin documentația de atribuire, nedepunând documente justificative de la producător, motiv pentru care solicită verificarea acestui aspect.

... susține că ofertantul declarant câștigător nu îndeplinește cerințele de calificare privind capacitatea tehnică și profesională.

În acest sens, în contestație se menționează că, față de cerința de la capitolului III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din fișa de date a achiziției, conform căreia ofertanții aveau obligația de a depune, în cadrul ofertei, „Declarație privind lista principalelor lucrări executate și finalizate în ultimii 5 ani calculate până la data limită de depunere a ofertelor. Lista va conține informații despre cel mult 3 contracte de proiectare și execuție lucrări similare cu cele supuse achiziției, contracte recepționate parțial, recepționate la terminarea lucrărilor sau recepționate final în ultimii 5 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor, cu o valoare totală fără TVA de cel puțin 10.730.479 lei”, asocierea declarată câștigătoare a procedurii a prezentat următoarele contracte:

- contract cu SCUT Giurgiu; contestatorul învederează că lucrările fiind executate de S.C. ... S.A. și ..., nu se poate prezenta ca experiență similară valoarea integrală a contractului, ci trebuia dovedită valoarea lucrărilor executate de asociatul S.C. ... S.A. Față de valoarea contractului, de 5.313.653 lei, contestatorul arată că valoarea lucrărilor de C+I+M este de 1.899.996 lei, conform anexei 1 la contract, și de 1.408.103 lei, conform procesului-verbal la terminarea lucrărilor. De asemenea, contestatorul menționează că nu au fost depuse cele 4 anexe la procesul-verbal la terminarea lucrărilor, așa cum s-a consemnat la pct. 8 din procesul-verbal. Față de toate acestea, contestatorul susține că nu s-a făcut dovada că lucrările au fost realizate integral;

- contract de subantrepriză cu TEB, cu valoarea lucrărilor de 3.638.061 lei;

- contract de furnizare cu INCD Rm. Vâlcea, în valoarea de 33.736.029 lei; contestatorul susține că lucrările ce fac obiectul acestui contract nu sunt similare lucrărilor ce fac obiectul prezentei proceduri.

Față de toate aceste, contestatorul afirmă că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, nedepunând contracte care să aibă un obiect similar celui ce face obiectul prezentei proceduri și nici o valoare care să se încadreze în suma prevăzută în fișa de date a achiziției.

Contestatorul precizează că, din oferta depusă, rezultă că asocierea S.C. ...S.A. - S.C. ... S.A. nu a îndeplinit cerința privind capacitatea profesională, prevăzută la cap. III.2.3.a) cerința 2, punct 3, privind „lista cu personalul muncitor calificat, pe meserii, al operatorului, necesar

execuției lucrărilor”, având în vedere că, din lista cu personalul muncitor care conține: 23 persoane (electricieni, sudor, instalatori, lăcătuși) de la S.C. ... S.A., 15 persoane (lăcătuși, sudori, tinichigii, instalatori) de la S.C. ... S.A. și 7 persoane (instalatori gaze, sudori, lăcătuși) de la subcontractantul ..., reiese că nu a fost prezentat personal muncitor necesar execuției lucrărilor, așa cum s-a solicitat.

Față de toate aceste considerente, contestatorul subliniază că autoritatea contractantă avea obligația de a respinge această ofertă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. 1 lit. b) din H.G. nr. 925/2006.

... mai susține că ofertantul declarant câștigător nu a îndeplinit cerința de calificare privind situația personală a candidatului, prevăzută la cap. III.2.1.a) cerința 2, din fișa de date a achiziției, conform căreia s-a solicitat „Certificat de atestare fiscală eliberat de Direcția Generală a Finanțelor Publice pentru obligațiile de plată către bugetul de stat, din care să rezulte situația obligațiilor scadente în luna anterioară celei de depunere a ofertei (conform Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal)”.

În motivarea acestei susțineri, contestatorul arată că data depunerii ofertelor fiind 15.05.2013, ofertanții aveau obligația de a prezenta certificatul cu situația financiară la data de 30.04.2013, însă certificatele de atestare fiscală depuse de asocierea desemnată câștigătoare prezintă situația financiară la data de 30.03.2013.

Față de cerința de prezentare a certificatului de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale, eliberat de Direcția de impozite și taxe locale, din care să rezulte situația obligațiilor scadente în luna anterioară celei de depunere a ofertei, contestatorul învederează că, din certificatul constatator emis de O.R.C., rezultă că S.C. ... S.A. are sedii secundare în Oradea și Cernavodă, dar a prezentat certificat doar pentru sediul social, emis de Primăria Tunari, nu și pentru sediile secundare din Oradea și Cernavodă.

Contestatorul critică faptul că, deși în fișa de date a achiziției s-a prevăzut: „Ofertanții din ale căror certificate depuse rezultă că nu și-au îndeplinit obligațiile de plată către bugetul local și bugetul general consolidat, vor fi excluși din procedura de achiziție”, autoritatea contractantă nu a respins această ofertă, ca inadmisibilă, în temeiul art. 36 alin. 1 lit. b) din H.G. nr. 925/2006.

Încălcând prevederile clarificărilor postate în SEAP, ofertantul declarat câștigător a prevăzut valoarea pentru mentenanță la 8,48 euro, iar, ca urmare a solicitării de clarificări transmisă de autoritatea contractantă, a precizat că, în mod eronat a prevăzut valoarea respectivă, deoarece în aceasta era inclusă și reparația capitală prevăzută la 60.000 ore de funcționare, susține contestatorul.

În opinia contestatorului, această explicație este nefondată, nefăcându-se dovada, cu documente justificative, că valoarea reală pe care ofertantul o poate susține este de 6 euro, așa cum a precizat.

... învederează că, deși autoritatea contractantă invocă faptul că dacă ar fi solicitat clarificări ar fi încălcat principiul tratamentului egal,

totuși, în cazul ofertantului declarat câștigător, a solicitat schimbarea fișelor de selecție pentru schimbătoarele de căldură în placi pentru separare hidraulică, care erau doar pentru regimul de vârf, considerat favorabil față de regimul nominal, considerat nefavorabil.

Pentru toate considerentele de fapt și de drept prezentate, ... susține că, în mod nelegal și netemeinic, autoritatea contractantă a declarat oferta sa necâștigătoare și a declarat câștigătoare oferta depusă de asocierea S.C. ... S.A. - S.C. ... S.A. și reiterează solicitările din contestație.

Făcând aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul se va pronunța, mai întâi, asupra excepției introducerii contestației de către o persoană neîmputernicită, invocată de către autoritatea contractantă, pe care o va respinge, din următoarele considerente:

Autoritatea contractantă susține, în invocarea excepției, că "pentru a putea promova contestația la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, liderul de asociație trebuia să depună odată cu contestația un document din care să reiasă că asociatul l-a împuternicit să promoveze contestația", în condițiile în care asociatul S.C. ... a transmis adresa nr. 1328 din 27.06.2013, din care rezultă faptul că acesta din urmă nu a contestat în nume propriu sau în cadrul asocierii, rezultatul procedurii de atribuire.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că, din cuprinsul contestației, nu rezultă că aceasta a fost formulată în numele asocierii, faptul că ... precizează că este lider al asocierii neavând decât un caracter informativ în legătură cu poziția sa în cadrul asocierii, precum și în procedura de atribuire. Din formularea contestației rezultă fără putință de tăgadă acest lucru: "Subscrisa ... (...) în calitate de lider al Asocierii (...) formulăm CONTESTAȚIE", prin urmare formulează contestație operatorul economic și nu Asocieria. Astfel susținerile autorității contractante cu privire la acest aspect apar ca fiind nefondate.

Mai reține Consiliul, dincolo de cele de mai sus, că ... în calitate de operator economic participant la procedură, are dreptul neîngrădit de a contesta orice act al autorității contractante, despre care consideră că este emis cu încălcarea prevederilor legale.

Se reține astfel, având în vedere dispozițiile art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu care: "(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 intresului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.

(2) În sensul prevederilor alin. (1), 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”.

Cu privire la aspectul analizat, Consiliul se raportează și la dispozițiile art. 44 alin. 1 din ordonanța de urgență, în conformitate cu care “Mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune candidatură sau ofertă comună, fără a fi obligați să își legalizeze din punct de vedere formal asocierea”.

Prin urmare, după cum reglementează dispozițiile legale susmenționate, orice operator economic poate participa la procedura de atribuire singur sau în asociere, și are calitatea de a depune contestație împotriva unui act al autorității contractante considerat a fi nelegal, indiferent dacă a depus ofertă individual sau comună cu alți operatori economici, și indiferent dacă asociatul-asociații la depunerea ofertei achiesează sau nu la demersul său, legea nedistingând din acest punct de vedere, astfel că în cauză este aplicabil principiul de drept conform căruia “unde legea nu distinge nici interpretul nu trebuie să distingă”.

De altfel, chiar autoritatea contractantă, așa cum s-a arătat în cele ce preced, aduce în discuție numai aspectul legat de identificarea persoanei care depune contestația, lăsând să se înțeleagă că, în accepțiunea sa, ... depune contestație în numele asocierii, în timp ce S.C. ... nu sprijină acest demers, aspect lămurit în cele ce preced.

Față de cele prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge excepția invocată de către autoritatea contractantă, urmând ca, în cele ce urmează, să procedeze la analiza pe fond a cauzei.

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

... inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Reabilitarea CET ... în vederea asigurării necesarului de energie termică pentru zona urbană”, cod CPV 45251200-3 - Lucrări de construcții de centrale termice (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. ... din 18.04.2013.

Criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 10.787.447 lei, fără TVA, după cum rezultă din invitația de participare și din documentația de atribuire.

Au fost depuse 3 oferte, printre care și cea a contestatorului, care au fost deschise în data de 15.05.2013, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. 1049.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. 1267 din 18.06.2013, a fost declarată câștigătoare oferta depusă de către asocierea S.C. .. S.A.

- S.C. ... S.A., având prețul de 10.762.198,92 lei, fără TVA, care a fost singura ofertă declarată admisibilă.

Oferta depusă de către asociera ... - S.C. ..., având prețul de 11.846.535,68 lei, fără TVA, a fost declarată neconformă și inacceptabilă.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, ... a depus contestație, în termenul prevăzut de lege.

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

Unul dintre motivele pentru care oferta depusă de către Asociera dintre ... și S.C. ... a fost respinsă, ca neconformă, constă în faptul că, din propunerea tehnică depusă de acesta, lipsea "angajament în vederea elaborării proiectului tehnic și amplasarea centralei pe amplasamentul impus", astfel cum s-a solicitat prin fișa de date a achiziției.

Consiliul se raportează, în soluționare, la prevederile din fișa de date a achiziției, în conformitate cu care, la capitolul IV.4.1 pct. 5 s-a solicitat astfel: "Ofertanților li se impune să viziteze și să inspecteze amplasamentul pentru semnarea unui angajament în vederea elaborării proiectului tehnic și amplasarea centralei pe amplasamentul impus. Lipsa acestui angajament la deschiderea ofertelor atrage după sine descalificarea automată a ofertantului".

Examinând motivul de respingere a ofertelor susmenționat, Consiliul constată că, raportat la prevederile din fișa de date a achiziției, acesta apare ca fiind unul întemeiat, câtă vreme s-a precizat expres că lipsa documentului în cauză atrage după sine "**descalificarea automată a ofertantului**". Determină Consiliul că respectiva precizare înlătură posibilitatea oricărui demers al autorității contractante de a solicita depunerea documentului, sub forma unor clarificări. Din acest motiv Consiliul nu poate reține criticile contestatorului potrivit căroră autoritatea contractantă a avut "o atitudine total abuzivă", și nici pe cele potrivit căroră aspectul în cauză este unul minor "raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta", sens în care se invocă principiul proporționalității, statuat la art. 2 alin. 2 din ordonanța de urgență. Dacă s-ar pune problema unui comportament abuziv al autorității contractante, și al unei neproporționalități, aceasta ar privi documentația de atribuire, care cuprinde, în fișa de date a achiziției, respectiva prevedere, iar nu evaluarea ofertelor, în cadrul căreia s-a făcut aplicarea, în mod corect și legal a celor menționate.

Cum însă documentația de atribuire nu a fost contestată în termenul prevăzut de lege, se consideră că, prin depunerea ofertelor, operatorii economici participanți la procedură și-au însușit-o în forma în care a fost publicată în SEAP, devenind debitorii obligației de a elabora oferta în conformitate cu aceasta, obligație ce decurge din dispozițiile art. 170 din ordonanța de urgență.

Cu privire la susținerile contestatorului potrivit căroră a îndeplinit condiția privind vizitarea amplasamentului, dovadă fiind proces-verbal nr. 887 din 24.04.2013 depus în cadrul ofertei, Consiliul constată că în

discuție nu se află vizitarea amplasamentului, ci declarația care lipsește din ofertă reprezentând o asumare a faptului că, "în cadrul proiectului tehnic și amplasarea centralei se va face pe amplasamentul impus", în lipsa căreia ofertantul nu va fi obligat la acestea, astfel că respectivul document nu poate constitui un capăt de probă, pentru îndeplinirea condiției, iar simpla vizitare a amplasamentului nu incumbă respectarea obligației susmenționată.

Cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatorului, după cum reiese din raportul procedurii de atribuire nr. 1267 din 18.06.2013, se referă la faptul că "prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depusă de Asocieria S.C. ... - S.C. ... SRL depășește valoarea estimată comunicată prin invitația de participare nr. .../18.04.2013 și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică".

În legătură cu acesta, Consiliul reține că, prin răspunsul din 07.05.2013 la o solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a precizat, invocând dispozițiile art. 36 alin. 1 lit. e¹ din H.G. nr. 925/2006, că "În concluzie, vor fi acceptate ofertele **care nu depășesc cu mai mult de 10% valoarea estimată**. Autoritatea contractantă va încheia contractul, în totalitate, la valoarea adjudecată".

Față de cele de mai sus, constată Consiliul că oferta financiară a contestatorului, de 11.846.535,68 lei, nu depășește valoarea estimată a contractului, de 10.787.447 lei, plus 10% din aceasta, respectiv 1.078.744,7, rezultând un total 11.866.191,7 lei, astfel că, prin respingerea pentru acest motiv, autoritatea contractantă și-a încălcat propriile prevederi, așa cum au fost stabilite și clarificate prin răspunsul susmenționat.

Prin urmare, acest din urmă motiv pentru care oferta depusă de către contestator a fost respinsă, va fi reținut ca fiind unul neîntemeiat, dar, având în vedere aspectele constatate cu privire la primul motiv de respingere a ofertei, pe ansamblul său, aceasta rămâne neconformă, după cum a fost declarată de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește oferta declarată câștigătoare, respectiv cea depusă de către Asocieria dintre S.C. ... S.A. și S.C. ...S.A., în legătură cu care contestatorul formulează critici, Consiliul constată:

... susține, prin contestație, că ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară.

În analiza criticilor, Consiliul se va raporta la prevederile capitolului III.2.3. a), din fișa de date a achiziției, potrivit cărora ofertanții trebuie să depună "Declarație privind lista principalelor lucrări executate și finalizate în ultimii 5 ani calculate până la data limită de depunere a ofertelor. Lista va conține informații despre cel mult 3 contracte de proiectare și execuție lucrări similare cu cele supuse achiziției, contracte recepționate parțial, recepționate la terminarea lucrărilor sau recepționate final, în ultimii 5 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor, cu valoare totală, fără TVA, de cel puțin 10.730.479 lei".

Examinând documentele depuse de către Asociera dintre S.C. ... S.A. și S.C. ... S.A., pentru dovedirea îndeplinirii criteriului de calificare susmenționat, Consiliul constată că au fost depuse următoarele documente: contract de lucrări nr. 118 din 28.08.2009, încheiat între S.C. ... și S.C. ... în asociere cu S.C. ... S.R.L., în valoare de 5.484.243,89 lei, din anexa nr. 1 la contract reieșind că valoarea lucrărilor C + I + M este de 1.899.996,54 lei, iar din proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 1/2010, din care reiese că s-au executat lucrări C+I=455.800,34 lei și M=952.303,49 lei.

În legătură cu documentele susmenționate, Consiliul constată că nu reiese care este valoarea lucrărilor executate de către S.C. ... S.A., în cadrul contractului, deoarece acesta a fost încheiat și executat de către o asociere, nu doar de către operatorul economic susmenționat.

S-a mai depus, pentru dovedirea îndeplinirii criteriului privind experiența similară, un contract de subantrepriză încheiat cu S.C. ... S.A., în vederea realizării unor lucrări de construcții-montaj solicitate de antreprenorul general, în valoare de 3.638.061 lei, avându-l ca beneficiar pe S.C. ... S.A.

Cel de-al treilea contract depus de către S.C. ...S.A. este unul de furnizare, având nr. 17797 din 29.12.2010, încheiat între Institutul Național de Cercetare Dezvoltare pentru Tehnologii Criogenice și Izotopice ICSI Rm. Vâlcea și Asociera dintre S.C. ... S.A. și S.C. ... S.R.L.

Dincolo de faptul că din documentele depuse nu rezultă, valoric, care este participarea S.C. ... S.A. la realizarea contractului, Consiliul constată că, fiind un contract de furnizare, nu poate fi reținut ca înscris care face dovada experienței similare. Rezultă din obiectul contractului că "furnizorul se obligă să realizeze (...) LIVRARE ECHIPAMENTE, SERVICII DE PROIECTARE TEHNICĂ ȘI LUCRĂRI DE CONSTRUCȚIE-MONTAJ AFERENTE PROIECTULUI - CRYO-HY", dar, respectivele lucrări sunt aferente montării echipamentului furnizat, prin urmare fără relevanță raportat la obiectul contractului pentru a cărui atribuire s-a organizat prezenta procedură.

Față de cele de mai sus, Consiliul determină caracterul fondat al criticilor ... referitoare la faptul că ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare nu a făcut, prin înscrisurile depuse, dovada faptului că îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară.

Criticile referitoare la personalul muncitor din lista prezentată de către Asociera dintre S.C. ... S.A. și S.C. ... S.A., vor fi reținute, de către Consiliu, ca fiind nefondate, deoarece, prin fișa de date a achiziției, nu s-a solicitat personal muncitor cu anumite calificări, precizate, ci numai prezentarea listei "cu personalul muncitor calificat, pe meserii, al operatorului, necesar execuției lucrărilor", astfel cum rezultă de la cap. III.2.3. a) pct. 3 din fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește neîndeplinirea criteriului de calificare privind situația personală a ofertantului, cu referire la certificatul de atestare

fiscală depus de către S.C. ... S.A., despre care ... face vorbire, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, cap. III.2.1. a), s-a solicitat să se depună "certIFICATE de atestare fiscală eliberat de Direcția generală a finanțelor publice pentru obligațiile de plată către bugetul de stat, din care să rezulte situația obligațiilor **scadente în luna anterioară celei de depunere a ofertei**".

Or, cum data depunerii ofertelor a fost 15.05.2013, determină Consiliul că respectivele certificate trebuiau să prezintă situația datoriilor scadente către bugetul consolidat al statului, la data de 30.04.2013.

Din analiza documentelor depuse de către S.C. ... S.A. rezultă că ofertantul în cauză a depus un certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale, din care rezultă situația obligațiilor scadente în luna martie, respectiv 30.03.2013, astfel încât criticile contestatorului apar a fi fondate.

Consiliul stabilește că sunt fondate și criticile referitoare la nedepunerea, de către S.C. ... S.A., a certificatelor de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale aferente sediilor secundare din municipiul Oradea și Cernavodă, pe care ofertantul în cauză le are, astfel cum reiese din certificatul constatator emis de ORC, deoarece respectivele certificate nu se regăsesc printre documentele care însoțesc oferta declarată câștigătoare, deși obligația exista, fiind menționată în fișa de date a achiziției, cap. III.2.1. a).

În cele ce urmează, Consiliul va analiza critica formulată de către contestator cu privire la costurile de mentenanță pentru grupurile de cogenerare, precizate în oferta depusă de către Asocieria dintre S.C. ... S.A. și S.C. ... S.A.

În legătură cu acest aspect, reține Consiliul că, printr-un răspuns la clarificări, publicat în SEAP în data de 07.05.2013, autoritatea contractantă a precizat: "costul de mentenanță luat în calcul la întocmirea studiului de fezabilitate și implicit la aprobarea indicatorilor tehnico-economici este de max 6 euro/oră funcționare/motor inclusiv contravaloarea lubrifiantului".

Costul de mentenanță luat în calcul din oferta declarată câștigătoare a fost estimat la 8,48 euro/MWh, ceea ce înseamnă, la o producție de 1,5 Mwe/motor, un cost de 1,5x8,48 euro/oră, fapt care a determinat, constată Consiliul, o solicitare de clarificări din partea autorității contractante.

Prin așa-zisa solicitare de clarificări, autoritatea contractantă, în fapt, se pronunță cu privire la elementul de ofertă aflat în discuție, afirmând: "**Acest cost este mult prea mare față de plafonul impus**" și solicită "să precizați măsurile compensatorii pentru respectarea condițiilor impuse pentru costul de mentenanță".

S.C. ... S.A. răspunde în sensul că "valoarea specificată de noi, de 8,48 euro/MWh, include și E70 care echivalează cu RK".

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că solicitarea de clarificări formulată de către autoritatea contractantă încalcă dispozițiile

art. 201 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în sensul că, observând o neconformitate a ofertei în cauză, astfel cum s-a și pronunțat, autoritatea contractantă a dat posibilitatea ofertantului să schimbe oferta. Ceea ce solicită autoritatea contractantă nu este clarificarea unui aspect, spre a putea evalua oferta, ci justificarea unei neconformități, sau modificarea ofertei, în sensul aducerii în parametrii stabiliți în documentația de atribuire și clarificări.

Mai constată Consiliul că nu pot fi reținute precizările din răspunsul la solicitarea de clarificări, deoarece, pe de-o parte, costurile nu pot cuprinde și RK, câtă vreme s-a specificat ce trebuie să cuprindă acestea, pe de altă parte deoarece nu sunt depuse documente doveditoare în acest sens ci se limitează la o justificare formulată "pro causa" și, în final, prin răspuns se modifică oferta, ceea ce atrage incidența, în cauză, a dispozițiilor art. 79 alin. 3 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Față de cele de mai sus, critica formulată de către contestator va fi reținută ca fiind întemeiată.

Având în vedere cele constatate, Consiliul nu va mai analiza și celelalte aspecte învederate de către contestator, deoarece, din cele ce preced, rezultă cu prisosință, chiar fără a stabili dacă restul criticilor referitoare la oferta declarată câștigătoare sunt întemeiate, că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile legale în evaluarea ofertei depusă de către Asocieria dintre S.C. ... S.A. și S.C. ... S.A.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 2 și 6 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația depusă de către ... anulează raportul procedurii de atribuire în partea privind oferta depusă de către Asocieria dintre S.C. ... S.A. și S.C. ...S.A., precum și actele subsecvente acestuia și dispune continuarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertelor depuse de ofertanții implicați, inclusiv verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către ofertantul susmenționat, în considerarea aspectelor reținute în motivare.

În conformitate cu prevederile art. 280 alin. 3 din ordonanța de urgență, decizia este obligatorie pentru părți.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 17 pagini.