



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745; www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) 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, 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 ... în calitate de lider al asocierii ... - ... - ... formulată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. ... 19.07.2013, emisă de către ..., cu sediul în ... județul ... în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „MS-B&P-04 - Aducțiune Band&Panet – Construcție conductă de aducțiune, stații de pompare apă potabilă, rezervor apă potabilă Panet”, s-a solicitat anularea actului prin care oferta sa a fost respinsă ca neconformă și a tuturor actelor subsecvente emise (raportul procedurii și comunicările privind rezultatul procedurii trimise către ceilalți ofertanți), precum și reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei sale, conform documentației de atribuire, obligarea autorității contractante să ia în considerare oferta sa ca fiind conformă.

S.C. ... S.R.L., cu sediul în Reghin, Str. Libertății, bl. 2/9, județul ... având CIF RO ..., lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ..., în calitate de ofertant desemnat câștigător al contractului de achiziție publică având ca obiect „MS-B&P-04 - Aducțiune Band&Panet – Construcție conductă de aducțiune, stații de pompare

apă potabilă, rezervor apă potabilă Panet”, depune „Cerere de intervenție”, înregistrată la Consiliu sub nr. .../09.08.2013, prin care solicită respingerea contestației formulată de ... precum și continuarea procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu ..., iar pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

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

Prin contestația formulată, ... contestă rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. ... 19.07.2013, emisă de către ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „MS-B&P-04 - Aducțiune Band&Panet – Construcție conductă de aducțiune, stații de pompare apă potabilă, rezervor apă potabilă Panet”, solicitând anularea actului prin care oferta sa a fost respinsă ca neconformă și a tuturor actelor subsecvente emise (raportul procedurii și comunicările privind rezultatul procedurii trimise către ceilalți ofertanți), precum și reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei sale, conform documentației de atribuire, obligarea autorității contractante să ia în considerare oferta sa ca fiind conformă.

... a contestat rezultatul procedurii, iar prin decizia Consiliului s-a hotărât reevaluarea ofertelor și stabilirea ofertei câștigătoare potrivit criteriului stabilit în documentație.

Ca urmare a acestei decizii, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatorului un număr de 14 clarificări, într-un mod excesiv și fără a-și respecta obligația de a acorda timpul necesar și suficient pentru furnizarea precizărilor/confirmărilor solicitate,

încălcând astfel prevederile stabilite de art. 11 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, completată prin H.G. nr. 834/2009.

Contestatorul consideră că a răspuns concludent și în termenele stabilite.

Prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta a fost respinsă ca neconformă, fiind încadrată la categoria de oferte inacceptabile.

Documentul contestat este lipsit de temei legal, a fost dat cu încălcarea și aplicarea greșită a legii, fiind lovit de nulitate absolută.

Autoritatea contractantă interpretează în mod arbitrar unele prevederi legislative în ceea ce privește statutul și drepturile resortisanților statelor membre ale CE, stabiliți într-un alt stat al Comunității, decât cel în care desfășoară activități comerciale, numai pe baza unei așa-zise jurisprudențe, dar al cărui efect nu poate încălca prevederile legale și nici obligațiile ce-i revin.

Autoritatea contractantă stabilește faptul că „sucursalele sunt dezmembrăminte fără personalitate juridică” și „nu pot formula în instanță acțiuni în nume propriu în calitate de reclamantă”, având nevoie de mandat special din partea societății mamă.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 43, art. 44 și art. 45 din Legea nr. 31/1990, precum și ale art. 3 lit. p) și lit. r), art. 42 și art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul argumentează că sucursala în România deține un număr de înregistrare fiscală propriu, reprezintă o întreprindere comercială subordonată societății mamă, pe care o reprezintă în România, are contabilitate proprie, iar orice act juridic încheiat de către sucursală este un act juridic de drept recunoscut ca fiind încheiat de societatea mamă.

Contestatorul subliniază că nicăieri în documentația de atribuire nu s-a solicitat expres și explicit ca și societatea mamă să depună vreun mandat special din care să reiasă Acordul asociaților privind dreptul d-lui ... de a semna acordul de asociere nr. ... din data de 11.03.2013 și a angaja răspunderea firmei mamă în această asociere.

Contestatorul, fără a se prevala de prevederile art. 33 alin. (2), (3) și (4) și art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 prin a considera că aceasta este o solicitare restrictivă și ilegală, ea fiind de fapt o clauză nescrisă, a depus „mandatul special despre cere face vorbire autoritatea contractantă”, respectiv Hotărârea nr. 3 a Adunării Generale Extraordinare a Asociaților din S.C. ... din data de 05.06.2013 prin care Asociații au decis în unanimitate să modifice (prin completare) paragraful 2 din Hotărârea nr. 1 a

Adunării Generale Extraordinare a Asociațiilor din S.C. ... din data de 03.12.2012.

Acest „mandat special” este reprezentat de Hotărârea nr. 3 a Adunării Generale Extraordinare a Asociațiilor din S.C. ... din data de 05.06.2013 prin care Asociații au decis în unanimitate să modifice (prin completare) paragraful 2 din Hotărârea nr. 1 a Adunării Generale Extraordinare a Asociațiilor din S.C. ... din data de 03.12.2012., de unde reiese autoritatea legitimă și legală a S.C. ... pentru a participa la licitații publice și pentru a încheia contracte comerciale cu terțe persoane din România, atât în nume propriu cât și în numele societății mamă ..., iar contractele care se vor semna nu trebuie să depășească obiectul de activitate al societății mamă ..., așa cum recunoaște însăși autoritatea contractantă în cadrul Comunicării privind rezultatul procedurii.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări cât și prin depunerea „mandatului special”, contestatorul consideră că a demonstrat că Sucursala S.C. ... are toată autoritatea legitimă dată de S.C. ..., dar și toate drepturile de a participa la prezenta procedură de achiziție în numele societății mamă, având în vedere mai ales faptul că în cadrul Documentelor de calificare, societatea mamă a depus toate documentele solicitate în cadrul Fișei de date a achiziției referitoare la persoanele juridice străine.

Așa cum reiese din cadrul Adunării Extraordinare a Societății din 03.12.2012, d-lui ... i s-a acordat autoritatea de a administra sucursala față de terți.

Faptul că în cadrul Acordului de asociere nr. ... din 11.03.2013, d-nul ... apare ca fiind ... este rezultatul acestei împuterniciri speciale dată de către societatea mamă (S.C. ...).

Interpretarea autorității contractante în sensul că d-nul ... apare în cadrul Certificatului constatator emis de ORC Cluj Napoca ca și împuternicit și nu ... este consecința formei și conținutului dat acestui document de către emitent (ORC Cluj Napoca) și nu poate fi considerat decât un viciu de formă.

În conformitate cu prevederile art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006, în cadrul Asocierii, ... ca lider al Asocierii formată din ... și S.C. ..., a fost mandatat să depună oferta și să semneze contractul de execuție cu beneficiarul.

Contestatorul precizează că a depus toate documentele solicitate pentru societatea mamă (S.C. ...), pe care sucursala sa o reprezintă.

Prin depunerea tuturor documentelor de calificare, astfel cum au fost solicitate pentru persoanele juridice străine, rezultă faptul

că S.C. ... (Societatea mamă) a participat la procedură și și-a asumat toate obligațiile și drepturile care decurg din aceasta.

Încercarea Comisiei de evaluare de a demonstra că la data depunerii ofertei S.C. ... ar fi avut nevoie de un mandat special pentru a angaja răspunderea societății mamă este una fără sens atâta timp cât însăși S.C. ... a participat la procedură și și-a asumat toate obligațiile și drepturile care decurg din aceasta iar oferta a fost depusă de către liderul asocierii -...

În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă susține faptul că nu poate fi vorba de o Asocierie, datorită faptului că Sucursala, neavând personalitate juridică, „nu putea semna Acordul de asociere”, iar în urma analizei documentelor și dovezilor depuse în cadrul Răspunsului la clarificări, Comisia de evaluare a stabilit de la sine putere abilitățile, drepturile, obligațiile și sarcinile despre care Sucursala trebuia să depună dovezi odată cu prezentarea ofertei.

Pe baza acestor documente lipsă din cadrul ofertei depuse (Drept de reprezentare, mandat special, procură specială, delegare de competențe, document din partea firmei mamă privind angajarea răspunderii, menționarea faptului că societatea mamă acționează prin sucursală, etc.), autoritatea contractantă a considerat oferta depusă ca fiind neconformă, iar orice trimitere și justificare la faptul că aceste documente lipsesc nu face decât să fie o trimitere și justificare nelegală, datorită faptului că ele nefiind descrise sau preluate în fișa de date, sunt considerate clauze nescrise și incidente la aplicarea prevederilor art. 33 alin. (2), alin. (3), alin. (4) și art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin răspunsurile la solicitarea de clarificări, contestatorul a făcut dovada că cerințele privitoare la „dreptul de reprezentare, mandat special, procură specială, delegare de competențe, document din partea firmei mamă privind angajarea răspunderii, menționarea faptului că Societatea mamă acționează prin sucursală, etc.”, sunt împlinite, depunând în acest sens dovada, respectiv Hotărârea nr. 3 a Adunării Generale Extraordinare a Asociaților din S.C. ... din data de 05.06.2013.

Comisia de evaluare a decis să nu ia în considerare niciuna dintre dovezile și documentele depuse și a concluzionat că toate acele documente depuse de către S.C. ... (Societatea mamă) și S.C. ... (Sucursala Societății mamă), sunt lovite de nulitate absolută, iar ca o consecință a acestui aspect, nu sunt întrunite cerințele privind calificarea datorită faptului că „S.C. ... (Societatea mamă), nu are declarată nici calitatea de terț susținător financiar,

nici de tert susținător tehnic, nici de asociat și nici de subcontractant”.

Majoritatea solicitărilor de clarificări solicitate după emiterea Deciziei CNSC au avut ca obiect Propunerea financiară și mai ales quantumul aferent procentului de Diverse și neprevăzute, în contradicție cu cele stabilite în cadrul motivării Deciziei CNSC nr. ...

La data de 16.07.2013, prin adresa nr. ... 16.07.2013, Comisia de evaluare a solicitat din nou o clarificare privind quantumul aferent procentului de Diverse și neprevăzute, răstălmăcind total distorsionat susținerile contestatorului, în sensul că, dacă și-a asumat acest quantum de diverse și neprevăzute în cadrul ofertei depuse să indice în cadrul Listelor de cantități, modul în care au fost incluse sumele alocate pentru diverse și neprevăzute cu respectarea quantumului aferent procentului de diverse și neprevăzute de 7,33% și defalcarea valorilor din cadrul listelor de cantități, deși acest aspect nu făcea parte din cerințele Documentației de atribuire și deși Consiliul se pronunțase în privința quantumului de Diverse și neprevăzute (872.464,00 lei și nu procentul de 7,33%) în motivarea Deciziei ...

Contestatorul a răspuns în termen și concludent solicitării de clarificări.

Contestatorul consideră că susținerile autorității contractante sunt fără fundament.

Contestatorul precizează că, din analiza Dosarului nr. ... a identificat faptul că pe parcursul evaluării ofertelor, Comisia de evaluare (alături și de unii experți tehnici cooptați) a dat dovadă de „toleranță și condescendență” în evaluarea altei oferte considerată de drept câștigătoare, nerespectându-și obligațiile ce-i revin în raport cu cerințe explicite ale Documentației de atribuire.

Comisia de evaluare încă nu a declarat oferta câștigătoare, așteptând probabil cursul și deznodământul evenimentelor.

La depunerea ofertelor nu existau depuse împuternicirile notariale pentru ... privind semnarea ofertei, din partea Liderului S.C. ... S.R.L. cât și a subcontractantului S.C. ... S.R.L.

Astfel, cazierul judiciar al ... asociatului S.C. ..., emis la data de 17.10.2012 (certificat pentru conformitatea copiei cu textul original) și traducerea depusă nu respectă cerința explicită privind calificarea din cadrul Fișei de date a achiziției.

Documentul este emis de statul german cu peste 145 zile înainte și nu este însoțit de o declarație pe proprie răspundere (așa cum se specifică în cadrul Documentației de atribuire).

De asemenea in cadrul Certificatului constatator emis de Judecatoria Hanau la 28.02.2013, pentru Asociatul S.C. ... nu se regăsește obiectul de activitate cu cel suspus procedurii.

Liderul asocierii - S.C. ... S.R.L., nu a depus Formularul nr. 8 - Declarație privind lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, conform cerinței din cadrul Fișei de date a achiziției și nici Scrisoare de confort din partea băncii finanțatoare că deține acces la finanțare în suma de 1.984.641,00 lei pentru o perioadă de 3 luni (conform cerinței din cadrul Fișei de date a achiziției), ci doar o Scrisoare de bonitate, fără a respecta cerințele privind suma și termenul solicitat. La solicitarea Comisiei de evaluare (adresa nr. 13106/23.04.2013), ofertantul a depus ulterior documentul de calificare - Scrisoarea de confort de la BRD Reghin, emisă după depunerea ofertelor - nr. .../18.04.2013.

Pentru demonstrarea Experienței similare, Asociatul S.C. ... depune un contract de execuție lucrări în China, dar care este neconform fiindcă nu are lucrări similare, specifice cu obiectul suspus procedurii (Aducțiune rețele de apă).

Documentul prezentat cu „Detaliile contractelor de natură și complexitate similară” nu este semnat și ștampilat de către autoritatea contractantă conform cerinței din cadrul Documentației de atribuire. Este atașat un Proces Verbal de Terminare a Lucrărilor datat în noiembrie 2011, dar nesemnat și neștampilat de către Asociat (S.C. ...).

În continuare este depus de către Asociat (S.C. ...) un Certificat de finalizare parțială a lucrărilor contractuale (din 15.11.2011), din cadrul careia reiese că lucrările nu sunt finalizate integral.

Din cadrul documentelor depuse de către Asociatul S.C. ... pentru demonstrarea experienței similare nu se regăsesc recomandări din partea beneficiarilor nominalizați, din care să rezulte cel puțin următoarele: obiectul contractului, lucrările incluse în contract, beneficiarul, cantitatea (lungimea), perioada (inclusiv data încheierii contractului), rolul îndeplinit în cadrul contractului, modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale, așa cum este solicitat în cadrul Fișei de date a achiziției.

Pe parcursul evaluării ofertelor, Comisia de evaluare a sesizat lipsuri de documente, neconcordanțe și neconformități în cadrul ofertei depuse de către Asocieria dintre S.C. ... și, fără a aplica principiul tratamentului egal, le-au fost solicitate documente și clarificări, iar ofertantul a completat documentele de calificare și a modificat chiar și Propunerea financiară.

Liderul asocierii, S.C. ... S.R.L., nu a depus în cadrul Propunerii tehnice Formularele 12, 13, 14 și 15, completate, semnate și ștampilate, conform cerinței din cadrul Fișei de date a achiziției.

Prin răspunsurile la solicitările de clarificări, Asocierea dintre S.C. ... S.R.L. și S.C. ... a modificat propunerea financiară și aici nu putea fi vorba de corecții aritmetice ci de erori de calcul financiare la a căror corecție nu putea fi invocată și aplicată prevederea art. 80 alin. (1), (2), lit. a) și b) din H.G. nr. 925/2006.

Contestatorul arată că oferta dorită de a fi declarată câștigătoare nu a fost evaluată prin prisma încadrării la prevederile art. 36 din H.G. nr. 925/2006.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat obligațiile ce-i reveneau conform prevederilor art. 11 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006 și ale art. 33 alin. (3), (4) și art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante să ia în considerare oferta sa ca fiind acceptabilă, conformă și admisibilă.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ...29.07.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../05.08.2013, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Urmare a deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertelor, solicitând clarificări ofertanților.

Autoritatea contractantă a transmis contestatoarei un număr de 11 solicitări de clarificări, solicitând, printre altele, depunerea mandatului special pentru d-l ..., din care să rezulte faptul că acesta avea dreptul de a semna acordul de asociere nr. 127 la data de 11.03.2013 și a angaja răspunderea firmei mamă în această asociere, cu atât mai mult cu cât documentele care dovedesc experiența similară și scrisoarea de disponibilitate sunt ale

În cadrul ofertei apare Hotărârea Adunării Extraordinare a Asociaților a societății ... Spania prin care aceștia decid:

1. Înființarea sucursalei ... pe teritoriul României sub denumirea S.C. ...;
2. Numirea ca și reprezentant legal al Sucursalei pe d-nul ..., căruia i se acordă autoritate pentru a reprezenta sucursala față de terți și instituțiile judecătorești, nu și pentru societatea mamă.

Prin adresa nr. .../15.07.2013, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. .../15.07.2013, ofertantul a transmis un set de documente și justificări prin care a detaliat aspectele de mai sus.

Ofertantul a transmis o împuternicire a Adunării Speciale a Asociaților a societății comerciale ... Spania, din care rezultă că numai la data de 05.06.2013 aceștia hotărâsc:

- numirea în calitate de reprezentant legal (... al sucursalei pe dl. ..., căruia i se acordă drepturi ample și autoritate de drept pentru a reprezenta și administra sucursala față de terțe persoane și Administrațiile Publice Românești și față de instituțiile judecătorești din România;
- de asemenea, numai din 05.06.2013 i se acordă sucursalei autoritatea de drept pentru a participa la licitații publice și pentru a încheia contracte comerciale cu terțe persoane din România, fie în nume propriu, fie în numele societății mamă.

Conform prevederilor art. 43 din legea nr. 31 din 1990 „Sucursalele sunt dezmembrăminte fără personalitate juridică ale societăților și se înregistrează, înainte de începerea activității lor, în registrul comerțului din județul în care vor funcționa.”

Sucursala unei companii nu are personalitate juridică proprie ci face parte din structura organică a societății fondatoare, aceasta fiind singura care deține calitatea de subiect de drept.

La data depunerii ofertelor a fost înaintat comisiei de evaluare Statutul Sucursalei din care rezultau drepturile reprezentantului legal doar în ceea ce privește administrarea sucursalei.

Sucursala trebuia să îndeplinească la data semnării acordului de asociere următoarele condiții obligatorii:

- drept de reprezentare, mandat special, procură specială, delegare de competențe, un document din partea firmei mamă prin care sucursala avea dreptul la data de 11.03.2013 de a angaja în numele și pe seama firmei mamă răspunderea acesteia, în cadrul acestui acord de asociere, cu atât mai mult cu cât experiența similară, media cifrei de afaceri globale, scrisoarea din partea băncilor că dețin acces la finanțare în suma de 1.907.846,00 lei pentru o perioadă de 3 luni, solicitate prin fișa de date, urmau a fi demonstrate de către asociere prin resursele firmei mamă și nu ale sucursalei;
- încheierea acordului de asociere cu menționarea denumirii firmei mamă care acționează prin sucursală, în cadrul acestui document.

Comisia de evaluare a stabilit următoarele:

1. La data semnării acordului de asociere nr. ... din 11.03.2013 Reprezentantul Legal al S.C. ... nu a avut mandat special din partea asociaților Firmei Mamă ... Spania, pentru a

semna în numele și pe seama acesteia acest Acord de Asociere și de a participa la Licitația organizată, în numele Firmei Mamă.

2. Acordul de asociere nr. 127 din 11.03.2013 se consideră a fi lovit de nulitate relativă, având în vedere și următoarele aspecte care atrag nulitatea relativă a actului menționat anterior:

- actul juridic s-a încheiat pentru persoana juridică ... Spania de persoane numite în organele de administrare și de control ale S.C. ... cu încălcarea dispozițiilor legale ori statutare, aceasta nevând calitate;

- existența sau inexistența posibilității de a acoperi nulitatea prin confirmare, aspect avut în vedere de către Comisia de Evaluare la data transmiterii solicitării de clarificări nr. .../...16.07.2013, prin care s-a solicitat demonstrarea dreptului de reprezentare al ... Spania, la data semnării acordului de asociere, 11.03.2013, aspect neconfirmat, deoarece prin prezentarea împuternicirii anexata la răspunsul de clarificare, doar din data de 05.06.2013, rezultă ca a avut aceasta împuternicire, deci se evidențiază expres lipsa calității de a semna acordul de asociere la data de 11.03.2013.

3. Ofertantul, lider al asocierii prin ceilalți membri ai asocierii nu au demonstrat îndeplinirea cerințelor de calificare în contextul sus menționat, respectiv:

- Media cifrei de afaceri globale: 4.436.028,33 lei față de 11.907.846 lei - solicitată prin Fișa de Date a Achiziției;

- Scrisoare din partea băncilor că dețin acces la finanțare în suma de 1.907.846,00 lei pentru o perioadă de 3 luni - Scrisoarea din partea băncii a fost depusă de către ... Spania, aceasta neavând calitate de terț susținător financiar și nici de asociat sau subcontractant;

- Experiența similară: cel puțin un contract similar cu lucrările prevăzute în caietul de sarcini care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 19 km de aducțiune de apă - au fost depuse documente relevante cu privire la execuția contractului de lucrări „Construcția rețelei de aducțiune de apă potabilă în Perimetrul Parcului Național Donana” contract executat de către ... Spania, acesta neavând calitate de terț susținător tehnic și nici de asociat sau subcontractant.

În cadrul procedurii de achiziție publică, la data deschiderii ofertelor, comisia de evaluare, după cum a precizat și în Procesul verbal de deschidere al ofertelor nr. ...12.03.2013, a constatat faptul că ofertantul mai sus menționat a declarat în cadrul

formularului de ofertă, pentru valoarea Diverse și neprevăzute suma de 0 Lei.

În cadrul procesului de elaborare a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a dedus valoarea de diverse și neprevăzute din Aplicația de Finanțare aferentă contractului de finanțare nr. .../08.04.2011, proiect „Extinderea și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată, în județul ... respectând prevederile art. 29 alin. (2)¹ din O.U.G. nr. 34 din 2006.

În data de 16.07.2013, prin adresa de clarificare nr. ...16.07.2013 Comisia de Evaluare a solicitat ofertantului indicarea în cadrul Listelor de cantități, a modului în care au fost incluse sumele alocate pentru diverse și neprevăzute cu respectarea quantumului aferent procentului de diverse și neprevăzute de 7,33 % și defalcarea valorilor din cadrul listelor de cantități.

În cadrul răspunsului la clarificări nr. .../17.07.2013, ofertantul precizează că în prețul total ofertat al investiției s-a angajat să realizeze toate lucrările, pe categorii de lucrări, iar printre cerințe nu există nici explicit, nici implicit obligația ofertantului de a prezenta detaliat cheltuielile diverse și neprevăzute la o anumită valoare sau procent minim. Contestatorul a prezentat „un exercițiu de calcul pentru formarea prețului din cadrul listelor de cantități din care rezultă că dintr-o optimizare a fluxului tehnologic pentru lucrările luate în calcul se pot asigura resursele financiare pentru executarea unor eventuale lucrări diverse și neprevăzute în sumă forfetară de 872.464,00 fără TVA (așa cum de altfel era prevăzut și în Documentația de Atribuire)”.

Comisia de Evaluare a ajuns la următoarea concluzie:

- în cadrul defalcării prețurilor din cadrul listelor de cantități, ofertantul a prezentat modalitatea de calcul a prețurilor unitare, marja de profit și eventualele cheltuieli, în sumă de 872.464,05 lei;

- conform legislației, în sumele plătibile executantului în cadrul unui contract de lucrări sunt valorile unitare ofertate și acceptate din listele de cantități înmulțite cu cantitățile de lucrări executate și măsurate;

- după cum rezultă din exercițiul calculului prezentat de către ofertant, acesta include quantumul aferent procentului pentru diverse și neprevăzute în totalul listelor de cantități fără să evidențieze acesta cotă în mod distinct, în cadrul formularului de ofertă.

Conform prevederilor H.G. nr. 28/2008, Anexa 4 - Capitolul 5 - Alte cheltuieli, punctul 5.3 lit. (d): „Din procentul stabilit se

acoperă, după caz, cheltuielile rezultate în urma modificărilor de soluții tehnice, cantități suplimentare de lucrări, utilaje sau dotări ce se impun pe parcursul derulării investiției, precum și cheltuielile de conservare pe parcursul întreruperii execuției din cauze independente de autoritatea contractantă”.

Acest mod de includere a cuantumului aferent procentului pentru diverse și neprevăzute în totalul listelor de cantități și declararea acestuia în Formularul de ofertă ca fiind 0 lei, conduce la încasarea acestei cote de diverse și neprevăzute de către ofertant, fără nici o justificare a apariției unui fenomen neprevăzut, putându-se eluda respectarea prevederilor legale.

Comisia de evaluare a considerat acest mod de abordare al propunerii financiare drept unul inadecvat și neconform prin care ofertantul, ținând seama și de motivele invocate în cadrul contestației și justificările ulterioare, încearcă să-și confere avantajul ca aceste sume, incluse în totalul ofertei și nu distinct, ca și cheltuieli diverse și neprevăzute, să poată fi accesate, mai facil, fără un control riguros al justificării necesității apariției unui fenomen neprevăzut și al angajării lor din partea inginerului și managerului de proiect.

Autoritatea Contractantă apreciază justificat că respectarea legislației în materie cât și respectarea cerințelor proprii stipulate prin Documentația de Atribuire, nu poate fi considerată culpă a acesteia, din cauza minusurilor în elaboarea ofertelor operatorilor participanți în procedura de achiziție publică.

Declararea ca și câștigător al procedurii a ofertantului clasat pe locul I, în speță, s-a făcut cu respectarea prevederilor legale în vigoare, iar neconformitățile ofertei acestuia care au fost menționate în contestație, sunt nefondate atâta timp cât ofertantul respectiv a răspuns la solicitările de clarificări ale autorității contractante.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea ca netemeinică și nelegală a contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../09.08.2013, S.C. ... S.R.L., lider al Asocierii S.C. ..., în calitate de ofertant desemnat câștigător al contractului de achiziție publică având ca obiect „MS-B&P-04 - Aducțiune Band&Panet – Construcție conductă de aducțiune, stații de pompare apă potabilă, rezervor apă potabilă Panet”, depune „Cerere de intervenție” prin care solicită respingerea contestației formulată de ... precum și continuarea procedurii de atribuire.

În urma analizării adresei înregistrată la Consiliu sub nr. .../09.08.2013 depusă de S.C. ... S.R.L., raportat la contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... Consiliul o califică ca fiind o cerere de intervenție în interes propriu și o admite în principiu, conform art. 65 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006.

Potrivit prevederilor art. 64 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă coroborat cu principiile expres prevăzute la art. 269 din ordonanța antemenționată, Consiliul a comunicat părților, prin adresele nr. ... și nr. ... din data de 14.08.2013, cererea de intervenție de mai sus.

Intervenientul arată că a fost desemnat câștigătorul procedurii de atribuire în cauză, conform adresei nr. ... 19.07.2013, emisă de autoritatea contractantă, urmare a reanalizării ofertelor în baza Deciziei CNSC nr.

Cererea de intervenție este determinată și de faptul că în conținutul contestației se fac referiri extrem de subiective și trunchiate relativ la oferta intervenientului.

Studiind conținutul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă, a răspunsurilor ce au fost comunicate precum și a actelor anexate, intervenientul a constatat o omisiune a autorității contractante, de a nu observa faptul că la solicitarea de clarificări nr. ...10.07.2013 în care se cerea depunerea de către ... a certificatului de atestare fiscală cu datoriile scadente la 28.02.2013, acesta nu a depus acest document, depunând un certificat cu datoriile scadente la 30.01.2013. În consecință nu s-a răspuns la solicitarea de clarificări și pe acest considerent. În conformitate cu art. 79 alin. (1) coroborat cu art. 81 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta ca neconformă. Mai mult, ... depune cu această ocazie o fișă sintetică a contului, din care reiese că societatea avea datorii, dar pe care o anumită persoană se oferea să le eșaloneze, bineînțeles în nume propriu, deoarece acest document nu era semnat și ștampilat de vreun reprezentant al administrației financiare ...

Nedepunerea certificatului fiscal nu poate fi justificată printr-o eventuală lipsă de timp, întrucât același act a fost solicitat și de la ... care l-a depus în timp util, ambele societăți aparținând de aceeași Administrație Financiară-... Din cele de mai sus rezultă faptul că ... nici nu avea cum să-l depună, deoarece avea datorii bugetare, motiv pentru ca această ofertă să fie respinsă ca

neconformă, separat de motivele reținute de autoritatea contractantă prin care și-a justificat soluția adoptată.

Intervenientul precizează faptul că ... este chiar ... societății, reprezentantul legal în sensul Legii nr. 31/1991, având acest drept, nefiind necesară vreo împuternicire specială notarială în acest sens.

De asemenea, potrivit Fișei de date a achiziției, subcontractantul nu avea obligația să depună împuternicire.

Este greșită susținerea potrivit căreia cazierul judiciar al ... Asociatului S.C. ...), emis la data de 17.10.2012, nu respectă cerința explicită privind calificarea din cadrul Fișei de date a achiziției (cap. IV. 4.3. Modul de prezentare a ofertei), invocând faptul că Documentele pentru care nu este prevăzută o perioadă de valabilitate stabilită de lege, nu vor fi emise cu mai mult de 60 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor. Documentul este emis de Statul German cu peste ... de zile înainte și nu este însoțit de o declarație pe proprie răspundere.

Potrivit art. 27 din Legea nr. 290/2004 privind cazierul fiscal, se prevede că durata de valabilitate a acestuia este de 6 luni, deci pe deplin valabil la data licitației.

Susținerea potrivit căreia în cadrul Certificatului constatator, emis de Judecătoria Hanu la 28.02.2013, pentru asociatul S.C. ... nu se regăsește obiectul de activitate cu cel supus procedurii, este eronată deoarece acest act este emis în baza legislației Statului German, cu specificațiile pe care acesta a înțeles să le cuprindă, considerându-le îndeplătoare potrivit reglementărilor proprii.

Prin Fișa de date a achiziției, cerințele sunt menționate distinct, pentru persoanele fizice romane și cele străine. De asemenea, din experiența similară depusă la dosar (cei 43 km de conductă de aducțiune executați în China), rezultă faptul că această societate are abilitatea legală de a realiza astfel de lucrări.

Referitor la afirmația potrivit căreia Liderul asocierii nu a depus Formularul nr. 8 Declarație privind lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, conform cerinței din cadrul Fișei de date a achiziției, intervenientul precizează că nu avea relevanță depunerea unui simplu formular, în condițiile în care această cerință este îndeplinită cu prisosință de asociatul S.C. ..., fiind contrasemnat și de către S.C. ... S.R.L., fiind incidente în acest caz prevederile art. 190 alin. (3) teza I din O.U.G. nr. 34/2006.

Intervenientul subliniază că a fost depus actul - Scrisoare de confort (BRD Reghin), întocmit conform solicitării din documentația de licitație. În solicitarea de clarificări i s-a cerut să aducă o altă Scrisoare de confort, în care formularea să fie în concordanță cu

rubrica „cerințe” din Fișa de date a achiziției, fiind vorba despre o simplă clarificare, perfect legală, la care s-a răspuns în termenul dispus de autoritatea contractantă.

Afirmația potrivit căreia pentru demonstrarea experienței similare, Asociatul S.C. ... depune un contract de execuție lucrări în China, dar care este neconform fiindcă nu are în cadrul său de relevanță lucrări similare, specific cu obiectul supus procedurii (Aducțiune rețele de apă), este o susținere lipsită de bună credință, în contextul în care în oferta intervenientului se regăsește o întregă documentație din care reiese executarea lucrării similare, întocmai cu obiectul lucrării în cauză. Aici se regăsește și Certificatul de finalizare a 43 de km conductă de aducțiune (linie trunchi) din partea beneficiarului din China.

Referitor la afirmația potrivit căreia documentul prezentat cu „Detaliile contractelor de natură și complexitate similară” nu este semnat și ștampilat de autoritatea contractantă conform cerinței din cadrul Documentației de atribuire, Secțiunea Formulare, intervenientul arată că o autoritate publică străină nu poate semna pe un formular în altă limbă, în speță limba română, fiind o cerință contrară dispozițiilor Ordinului nr. 509/2011 emis de către A.N.R.M.A.P., însă din actele depuse rezultă faptul că sunt finalizate cei 43 km de conductă și recepționați de autoritatea contractantă, relativ la care așa cum s-a precizat anterior există Certificatul de finalizare a 43 de km conductă de aducțiune (linie trunchi) din partea autorității contractante - beneficiarul din China.

Referitor la afirmația potrivit căreia din cadrul documentelor depuse de către Asociatul S.C. ... pentru demonstrarea experienței similare nu se regăsesc recomandări din partea beneficiarilor nominalizați, din care să rezulte cel puțin următoarele: obiectul contractului, lucrările incluse în contract, beneficiarul, cantitatea, lungimea, perioada, rolul îndeplinit în cadrul contractului, modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale, intervenientul subliniază că din documentele ce se regăsesc în ofertă rezultă toate aceste informații. Pe de altă parte, având în vedere că este vorba despre un partener străin, formularea poate fi diferită, în funcție de propria legislație și cutumele locale, dar prin actele depuse s-au îndeplinit cerințele, chiar dacă poartă alte denumiri.

Referitor la afirmația potrivit căreia din cadrul Certificatelor ISO 9001 și ISO 14001, depuse de către ..., pentru demonstrarea asigurării calității și protecției mediului, nu se regăsesc în domeniul de certificare de activități, similar cu cea care face obiectul prezentei proceduri, în opinia intervenientului este o afirmație

gratuită, în condițiile în care aceste certificate depuse de Asociatul S.C. ... sunt aceleași cu cele cu care acesta a participat la execuția de lucrări conducte de apă și canalizare în toată lumea. În Germania prin „instalații” aferente stațiilor de pompare și tratare a apei se acceptă toate tipurile de conducte folosite pentru transportul apei.

Se mai susține în finalul contestației, că în urma solicitărilor de clarificări și documente, Asocieria S.C. ... a completat documentele de calificare și a modificat chiar și propunerea financiară.

Relativ la aceste afirmații, total incorecte, nedovedite și nesustținute în concret, intervenientul face precizarea că în speță este vorba despre erori aritmetice, așa cum sunt ele calificate legal și permise de legislația în materie.

Se poate vedea din procesul verbal de deschidere a ofertelor că au fost depuse în cadrul documentației toate formularele, aceste formulare fiind completate cu cerințele specifice fiecăruia. Prin solicitarea de clarificări, i s-a solicitat intervenientului să depună și formularele necompletate, goale, adică așa cum au fost ele prezentate în Fișa de date, lucru pe care l-a și făcut, însă la data licitației acestea existau, completate cu ceea ce se impunea.

Cu referire la motivele reținute de autoritatea contractantă în repingerea ofertei contestatorului, astfel cum se regăsesc expuse în cadrul contestației, intervenientul precizează următoarele:

La licitație a participat, conform acordului de asociere, Asocieria contestatoare formată din: și S.C. ... prin domnul

Întrucât în cadrul contestației se face o întreagă teorie în ce privește calitatea sucursalei, intervenientul invocă dispozițiile legale în materie și anume O.U.G. nr. 34/2006, respectiv:

Conform art. 41, orice operator economic are dreptul de a participa, individual sau într-un grup de operatori la procedura de atribuire, însă, art. 3 lit. r) definește în mod neechivoc faptul că operatorul economic este „oricare furnizor... ori executant de lucrări - persoană fizică/juridică, de drept public sau privat, ori grup de astfel de persoane cu activitate în domeniul care se referă (...)”.

S.C. ..., în calitate de membru semnatar al Acordului de Asociere, nu poate fi considerată nici persoană fizică și nici juridică în cadrul asocierii, fiind, potrivit art. 43 din Legea nr. 31/1990, doar o structură fără personalitate juridică a companiei, ce finalmente goleşte de conținut asocierea în cauză întrucât nu mai pot fi îndeplinite cerințele de calificare.

Așadar, în succesiune, sunt de subliniat următoarele:

- într-o primă fază, la data licitației, participă în calitate de asociat S.C. ..., în nume propriu, deoarece nu rezultă nici implicit nici explicit că participă în numele firmei mamă;

- chiar dacă ulterior s-a depus un act adițional (datat 05.06.2013) prin care i se acordă acestei sucursale, de către firma mamă și dreptul de a participa la licitații, acest lucru nu schimbă cu nimic esența problemei, raportat la dispozițiile din O.U.G. nr. 34/2006 invocate anterior, deoarece sucursala nu este, potrivit legislației române, persoană juridică (și nici fizică), în sensul art. 3 lit. r) din Ordonanță coroborate cu cele înscrise în art. 43 din Legea nr. 31/1990.

Drept urmare, îndeplinirea și dovedirea calității de ofertant (operator economic), este o condiție legală esențială și trebuie să rezulte în mod clar, neechivoc din documentația depusă în cadrul licitației pentru ca autoritatea contractantă să fie în deplină cunoștință de cauză relativ la persoana fizică/juridică ce participă la licitație în calitate de ofertant și care, în cele din urmă, ar putea deveni subiect de drepturi și obligații în contractul de achiziție publică.

Or, în prezenta procedură, unul din membrii Asocierii, în speță S.C. ..., care participă, așa cum s-a arătat, în nume propriu la licitație, nu ar putea fi considerat astfel, situație în care autoritatea contractantă nu poate decela, din actele justificative depuse, nici cine este în mod concret ofertantul, în următoarea fază operatorul și în final contractantul.

Intervenientul consideră justă soluția de respingere a ofertei din această perspectivă.

În ce privește al doilea motiv reținut de autoritatea contractantă, referitor la cuantumul procentului de diverse și neprevăzute, intervenientul subliniază că în conformitate cu răspunsul pe care Asociera contestatară l-a dat în cadrul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă, fie suma ofertată de Asociera este fixă, adică toate prețurile unitare rămân neschimbate, situație în care această Asociera încasează de plano o sumă nedatorată de autoritatea contractantă (7,33%), în condițiile în care acest gen de cheltuieli sunt în concret reglementate de H.G. nr. 28/2008 - Anexa 4, Capitolul 5 - Alte cheltuieli, punctul 5.3 lit. d), specificandu-se situațiile în care se pot încasa cheltuieli diverse și neprevăzute, fie prețurile unitare se modifică (scad cu procentul susținut de Asociera - 7,33%), situație în care Asociera ar încasa corect, legal costurile lucrărilor executate, dar în această ipoteză se modifică practic și oferta financiară.

Oferta nu poate fi considerată una conformă, deoarece atata timp cât autorității contractante îi revine obligația legală de a prevedea în valoarea estimată a contractului și quantumul aferent procentului de diverse și neprevăzute, astfel cum acestea au fost definite de către proiectant în devizul general, corelativ, și ofertantul trebuie să țină cont de acestea și să le evidențieze în mod corespunzător în ofertă, astfel încât decontările care se fac pe acest capitol, pe parcursul derulării contractului, să fie pe deplin justificate atât pentru executant cât și pentru autoritatea contractantă.

În drept, intervenientul invocă dispozițiile art. 61-63 din Noul Cod de pr. Civilă, precum și toate dispozițiile legale la care s-a făcut referire în cuprinsul cererii de intervenție.

Prin adresa nr. .../19.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../19.08.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la cererea de intervenție de mai sus, în care arată că în cadrul punctului de vedere cu privire la contestație, importante au fost justificările și detalierea motivelor care au stat la baza declarării ofertei contestatoarei ca fiind neconformă și nu răspunsurile la acuzațiile nefondate aduse de contestatoare.

Referitor la faptul că ... nu a depus certificatul de atestare fiscală în forma solicitată de către autoritatea contractantă și nu a răspuns la solicitarea de clarificări în mod corespunzător din punct de vedere al S.C. ... S.R.L., având în vedere faptul că autoritatea contractantă a încheiat faza evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii și nu mai poate invoca alte motive de neconformitate a ofertelor, solicită Consiliului să se pronunțe în această problemă.

Autoritatea contractantă solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca netemeinică și nefondată.

Prin adresa nr. .../19.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../20.08.2013, contestatorul a transmis „Completare contestație și concluzii scrise” prin care solicită anularea rezultatului procedurii și reiterează argumentația din cuprinsul contestației, invocând prevederile Noului Cod de Procedură Civilă al României, precum și prevederile O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul combate argumentația intervenientului și solicită obligarea autorității contractante să ia în considerare oferta sa ca fiind acceptabilă, conformă și admisibilă, ea nefiind incidentă la prevederile art. 36 și art. 36¹ din H.G. nr. 925/2006.

De asemenea, contestatorul solicită reluarea procedurii de achiziție publică începând cu reevaluarea tuturor ofertelor depuse, precum și aplicarea pentru toți ofertanții, toate cerințele explicite

din cadrul Documentației de atribuire și prevederile stabilite de art. 34 și art. 35 din H.G. nr. 925/2006.

Contestatorul consideră că prin modul în care a evaluat ofertele, autoritatea contractantă nu a respectat aplicarea legislației în vigoare, respectiv a art. 29, art. 33, art. 170, art. 122, art. 201, art. 252 din O.U.G. nr. 34/2006.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „MS-B&P-04 - Aducțiune Band&Panet – Construcție conductă de aducțiune, stații de pompare apă potabilă, rezervor apă potabilă Panet”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... din data de 26.02.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor s-a aflat dosarul nr. ... Prin Decizia nr. ... din ... rămasă definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere, Consiliul a admis contestația formulată de ... în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... în contradictoriu cu ..., a dispus anularea deciziei de respingere a ofertei depuse de asocieria ... – ... – ... pentru motivul consemnat în adresa nr. ...20.05.2013 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, anularea raportului procedurii nr. ...20.05.2013 și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia și a dispus continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertelor și stabilirea ofertei câștigătoare potrivit criteriului de atribuire stabilit în documentație, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va analiza cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L., împreună cu contestația formulată de ... în calitate de lider al asocierii ... – ... – ...

Ținând seama de această rezoluție, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertelor sens în care a transmis contestatorului adresa nr. ...16.07.2013 prin care solicita în temeiul prevederilor 78 din H.G. nr. 925/2006 clarificări astfel „*având în vedere cele mai sus precum și modul de formare al prețului total al investiției vă solicităm indicarea în cadrul listelor de cantități, a modului în care au fost incluse sumele alocate pentru diverse și*

neprevăzute cu respectarea cuantumului aferent procentului de diverse și neprevăzute de 7,33% și defalcarea valorilor din cadrul listelor de cantități”.

Însușindu-și această solicitare de clarificări, contestatorul răspunde prin adresa nr. 310/17.07.2013 astfel: „menționăm că prin răspunsurile la clarificări ne menținem valoarea propunerii financiare depuse și nu modificăm oferta financiară depusă ci în urma cerințelor dumneavoastră de clarificări, am detaliat aspectele solicitate. În prețul total oferit al investiției ne-am angajat să realizăm toate lucrările, pe categorii de lucrări, așa după cum am menționat. În cadrul ofertei depuse am respectat cerințele impuse în documentația de atribuire privind modul de prezentare a propunerii financiare, așa cum au fost integral redată, printre aceste cerințe neexistând nici explicit, nici implicit, obligația ofertantului de a prezenta detaliat cheltuielile diverse și neprevăzute la o anumită valoare sau procent minim. La cererea dumneavoastră atașat vă înaintăm un exercițiu de calcul pentru formarea prețului din cadrul listelor de cantități din care rezultă că dintr-o optimizare a fluxului tehnologic pentru lucrările luate în calcul se pot asigura resursele financiare pentru executarea unor eventuale lucrări diverse și neprevăzute în sumă forfetară de 872.464,00 lei fără TVA (așa cum de altfel era prevăzut și în documentația de atribuire). Atașat la prezenta.”

Analizând formularul de ofertă depus de către contestator rezultă în mod expres și imperativ faptul că «examinând documentația de atribuire, subsemnații, reprezentanți al ofertantului ... (lider asociere) în cadrul asocierii ... Tg.-... (34%), ... Tg-... (33%) și ... (33%) ne oferim ca, în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentația mai sus menționată, să executăm „MS-B&P-04 - Aducțiune Band&Panet – Construcție conductă de aducțiune, stații de pompare apă potabilă, rezervor apă potabilă Panet” pentru suma de 9.352.637,51 lei din care valoarea diverse și neprevăzute 0 (zero) lei» aspect reținut de către Consiliul și în cadrul Deciziei nr. din ...

Valoarea oferită și înscrisă în formularul de ofertă, de către contestator rezultă din listele de cantități existente în cadrul ofertei financiare, întocmite pe obiective și în conținutul cărora este precizată unitatea de măsură, cantitatea, prețul unitar și valoarea totală, astfel cu titlu de exemplu, Consiliul reține faptul că la obiectivul „conduce de apă” număr articol D1 contestatorul a precizat următoarele:

- D1-PE-01 – DE 75, Pn 6, în tranșee cu adâncime între 1,5 m și 2,0 m – cantitatea 5 m, preț unitar 121,69, valoare totală 608,45 ron;
- D1-PE-02 – DE 75, Pn 16, în tranșee cu adâncime între 1,5 m și 2,0 m – cantitatea 12 m, preț unitar 121,69, valoare totală 1460,28 ron;
- D1-PE-03 – DE 125, Pn 6, în tranșee ce nu depășesc adâncimea de 1,5 m – cantitatea 43 m, preț unitar 190,46, valoare totală 8189,78 ron;
- D1-PE-04 – DE 125, Pn 6, în tranșee cu adâncime între 1,5 m și 2,0 m – cantitatea 2196 m, preț unitar 204,72, valoare totală 449.565,12 ron;
- D1-PE-05 – DE 125, Pn 6, în tranșee cu adâncime între 2,0 m și 2,5 m – cantitatea 167 m, preț unitar 224,74, valoare totală 37.531,58 ron;

Procedând la adunarea valorilor totale ale celor 23 de operațiuni aferente obiectivului „conduce de apă” rezultă o valoare de 4.322.533,06 lei.

Urmare a solicitării autorității contractante în etapa de reevaluare a ofertelor dispusă de către Consiliul prin decizia nr. ... din ... solicitare formulată în baza art. 78 din H.G. nr. 925/2006, acceptată de către contestator, prin necontestarea acesteia în termenul legal și prin formularea răspunsului transmis prin adresa nr. .../17.07.2013, contestatorul depune un exercițiu de calcul pentru formarea prețului din cadrul listelor de cantități, în conținutul căruia este precizată unitatea de măsură, cantitatea, prețul unitar și valoarea totală depuse în cadrul ofertei financiare comparativ cu detalierea prețurilor pe operațiuni, prețul unitar și prețul total astfel cu titlu de exemplu, Consiliul reține următoarele:

- D1-PE-01 – DE 75, Pn 6, în tranșee cu adâncime între 1,5 m și 2,0 m pentru cantitatea de 5 m a ofertat în propunerea financiară un preț unitar de 121,69 lei rezultând o valoare totală de 608,45 ron, iar urmare a răspunsului la solicitările de clarificări a detaliat formare prețului ofertat ca fiind compus din P1 – 12,6, P2 – 4,2, P3 – 6,75, P4 – 2, P5 – 19,85, P6 – 7,65 și P7 – 2,5 rezultând astfel un preț unitar de 55,55 și o valoare totală de 277,75 lei;
- D1-PE-02 – DE 75, Pn 16, în tranșee cu adâncime între 1,5 m și 2,0 m pentru cantitatea 12 m a ofertat în propunerea financiară un preț unitar de 121,69 lei rezultând o valoare totală de 1460,28 ron, iar urmare a răspunsului la solicitările de clarificări a detaliat formare prețului ofertat ca fiind compus din P1 – 12,6,

P2 – 4,2, P3 – 6,75, P4 – 2, P5 – 19,85, P6 – 7,65 și P7 – 2,5 rezultând astfel un preț unitar de 55,55 și o valoare totală de 666,60 lei;

- D1-PE-03 – DE 125, Pn 6, în tranșee ce nu depășesc adâncimea de 1,5 m pentru cantitatea 43 m a oferat în propunerea financiară un preț unitar de 190,46 lei rezultând o valoare totală 8189,78 ron, iar urmare a răspunsului la solicitările de clarificări a detaliat formare prețului oferat ca fiind compus din P1 – 18,9, P2 – 6,3, P3 – 11,475, P4 – 2, P5 – 57, P6 – 13,005 și P7 – 1,5 rezultând astfel un preț unitar de 110,18 și o valoare totală de 4737,74 lei;
- D1-PE-04 – DE 125, Pn 6, în tranșee cu adâncime între 1,5 m și 2,0 m pentru cantitatea 2196 m a oferat în propunerea financiară un preț unitar de 204,72 lei rezultând o valoare totală 449.565,12 ron, iar urmare a răspunsului la solicitările de clarificări a detaliat formare prețului oferat ca fiind compus din P1 – 18,9, P2 – 6,3, P3 – 11,475, P4 – 2, P5 – 57, P6 – 13,005 și P7 – 2,5 rezultând astfel un preț unitar de 111,18 și o valoare totală de 244.151,28 lei;
- D1-PE-05 – DE 125, Pn 6, în tranșee cu adâncime între 2,0 m și 2,5 m pentru cantitatea 167 m a oferat în propunerea financiară un preț unitar 224,74 rezultând o valoare totală 37.531,58 ron iar urmare a răspunsului la solicitările de clarificări a detaliat formare prețului oferat ca fiind compus din P1 – 24,3, P2 – 8,1, P3 – 11,475, P4 – 2, P5 – 57, P6 – 13,005 și P7 – 3,5 rezultând astfel un preț unitar de 119,38 și o valoare totală de 19.936,46 lei;
- adunând astfel valorile totale ale celor 23 de operațiuni aferente obiectivului „conduce de apă”, valoare este tot în sumă de 4.322.533,06 lei, însă este compusă din total deviz 3.194.508,35 lei, 8% procent pentru cheltuieli generale și profit în sumă de 255.560,67 lei și eventuale alte cheltuieli 872.464,05 lei.

Prin răspunsul la solicitările de clarificări, contestatorul își menține valoarea totală oferată pentru obiectivului „conduce de apă” respectiv suma de 4.322.533,06 lei alegând prin propria voință să modifice prețurile unitare ale celor 23 de operațiuni aferente obiectivului „conduce de apă” în încercarea de a justifica faptul că a inclus sumele alocate pentru diverse și neprevăzute, în condițiile în care el însuși a declarat inițial că valoarea acestor cheltuieli este 0 (zero).

Prin efectuarea modificării prețurilor unitare aferente obiectivului „conduce de apă” contestatorul și-a modificat

propunerea financiară, încălcând prevederile art. 79 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, care precizează că în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2).

Analizând conținutul art. 80 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 rezultă astfel fără putință de tăgadă, legiuitorul a lăsat în sarcina autoritatea contractantă, posibilitatea corectării doar a erorilor aritmetice:

- dacă există o discrepanță între prețul unitar și prețul total, trebuie luat în considerare prețul unitar, iar prețul total va fi corectat corespunzător;
- dacă există o discrepanță între litere și cifre, trebuie luată în considerare valoarea exprimată în litere, iar valoarea exprimată în cifre va fi corectată corespunzător,

Dispozițiile art. 80 alin. (2), nu sunt aplicabile în acest caz, deoarece contestatorul a ales să modifice prețurile unitare aferente operațiunilor oferite, modificare care nu este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare să aibă rol de clarificare sau de confirmare, fiind astfel susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Art. 79 din H.G. nr. 925/2006 dispune în mod expres și imperativ care sunt modificările propunerii financiare pe care autoritatea contractantă le poate accepta, modificări care, așa cum se pot observa, în speță nu sunt aplicabile, ținând cont de existența în oferta inițială a unor prețuri unitare, a căror modificare ulterioară nu este inclusă în cadrul acestor excepții, care sunt de strictă interpretare – *„exceptio est strictissimae interpretationis”* iar unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

În speța de față modificarea prețurilor unitare nu poate fi interpretată ca o completare formală sau de confirmare, în sensul prevederilor art. 78 din H.G. nr. 925/2006.

În situația în care solicitarea de clarificări era neclară/nelegală, contestatorul avea dreptul de a formula contestație, însă nu și-a exercitat acest drept, motiv pentru care și-a însușit, în mod implicit, solicitările cu privire la sumele alocate pentru diverse și neprevăzute. Prin depunerea răspunsului la solicitările de clarificări, contestatorul și-a însușit conținutul solicitării de clarificări.

Prin necontestarea în termen a acestei solicitări de clarificări și prin depunerea răspunsului de către contestator, acesta și-a dobândit forța obligatorie, astfel autoritatea contractantă avea obligația verificării răspunsului formulat potrivit art. 79 din H.G. nr. 925/2006.

În acest sens Consiliul reține ca pertinente susținerile autorității contractante din cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, respectiv *„dumneavoastră în cadrul defalcării prețurilor din cadrul listelor de cantități ați prezentat modalitatea de calcul a prețurilor unitare, marja de profit și eventualele cheltuieli în sumă de 872.464,05 lei. Conform legislației, în sumele plătibile executantului în cadrul unui contract de lucrări sunt valorile unitare oferite și acceptate din listele de cantități înmulțite cu cantitățile de lucrări executate și măsurate. După cum rezultă din exercițiul calculului prezentat de către dumneavoastră (ca de altfel din orice exercițiu de la E_1 până la E_n) ați inclus cuantumul aferent procentului pentru diverse și neprevăzute în totalul listelor de cantități fără să evidențiați această cotă în mod distinct, în cadrul formularului de ofertă. (...) acest mod de includere a cuantumului aferent procentului pentru diverse și neprevăzute în totalul listelor de cantități și declararea acestuia în formularul de ofertă ca fiind 0 lei conduce la încasarea acestei cote de diverse și neprevăzute de către dumneavoastră, fără nicio justificare a apariției unui fenomen neprevăzut, putând eluda respectarea prevederilor legale”*.

Declarând admisibilă o ofertă neconformă, autoritatea contractantă ar fi încălcat atât prevederile art. 36 alin. (2) lit. a), art. 79 alin. (3), art. 37 alin. (2) [oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile], art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cât și pe cele ale art. 72 alin. (2) lit. h) și i) din hotărâre care stabilesc printre atribuțiile comisiei de evaluare pe cele de stabilire a ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în această categorie și de stabilire a ofertelor admisibile.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispozițiile legale amintite, Consiliul reține că aceasta s-a desfășurat cu respectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

În aceste condiții, critica autoarei contestației apare ca neîntemeiată.

În ceea ce privește restul criticilor formulate de către contestator cu privire la modalitatea de reevaluare a ofertei sale,

Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul de neconformitate al ofertei depuse de contestator.

În raport de cele reținute, Consiliul, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006 urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu ..., iar pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L.

În temeiul art. 278 alin. (6) din același act normativ dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 27 (douăzecișapte) pagini.