



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 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. ... transmisă prin mijloace electronice, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 35669/22.10.2013, S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI RO ... a contestat rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 4189/16.10.2013, emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Amenajare drumuri de acces la exploatații agricole, comuna ... județul ... cod CPV 45233120-6 (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă COMUNA ... cu sediul în comuna ... județul ... și a solicitat anularea rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor de calificare ale ofertanților depuse în cadrul procedurii și emiterea unui nou raport al procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea considerentelor ce vor fi expuse în motivarea deciziei, obligarea autorității contractante să aducă la cunoștința participanților la procedura de achiziție, măsurile stabilite conform deciziei, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise.

În cadrul aceleiași proceduri s-a depus contestația fără număr de înregistrare și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. ... prin care S.C. ... S.R.L., cu sediul în satul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI RO ... reprezentată legal prin SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ... a contestat rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 2943/16.10.2013 și a solicitat anularea

deciziei prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, anularea rezultatului procedurii și a actelor subsecvente, constatarea că oferta sa este acceptabilă și conformă, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor ce corespund condițiilor impuse prin caietul de sarcini și desemnarea unei oferte câștigătoare dintre cele participante la procedură, suspendarea procedurii de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 275¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 până la soluționarea contestației.

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

DECIDE

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ... cu sediul în comuna ... județul

Respinge, ca tardivă, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în satul ... reprezentată legal prin SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

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 nr. ... transmisă prin mijloace electronice, înregistrată la Consiliu sub nr. ... din ... și, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 35669 din 22.10.2013, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ... împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 4189/16.10.2013, emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Amenajare drumuri de acces la exploatații agricole, comuna ... județul ... cod CPV 45233120-6 (Rev.2), s-a solicitat anularea rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor de calificare ale ofertanților depuse în cadrul procedurii și emiterea unui nou raport al procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea considerentelor ce vor fi expuse în motivarea deciziei, obligarea

autorității contractante să aducă la cunoștința participanților la procedura de achiziție, măsurile stabilite conform deciziei, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise.

În cadrul aceleiași proceduri s-a depus contestația fără număr de înregistrare și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. ... formulată de S.C. ... S.R.L., reprezentată legal prin SCA ... împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 2943/16.10.2013 și s-a solicitat anularea deciziei prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, anularea rezultatului procedurii și a actelor subsecvente, constatarea că oferta sa este acceptabilă și conformă, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor ce corespund condițiilor impuse prin caietul de sarcini și desemnarea unei oferte câștigătoare dintre cele participante la procedură, suspendarea procedurii de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 275¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 până la soluționarea contestației.

În temeiul dispozițiilor art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul a procedat la conexarea celor două contestații pentru pronunțarea unei soluții unitare.

Contestatoarea S.C. ... S.R.L. aduce la cunoștința Consiliului că prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a înștiințat-o despre faptul că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, în temeiul art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006 și consideră că autoritatea contractantă se află în eroare, motivat de faptul că „nu au existat răspunsuri care ar fi putut duce la modificarea conținutului propunerii financiare, deoarece nu au existat solicitări de clarificare în acest sens”.

Astfel, contestatoarea exemplifică, sub formă tabelară, modul de prezentare a ofertei sale financiare, respectiv: Valoarea ofertată pentru execuție – 3.374.813,54 lei, Valoarea ofertată pentru Diverse și neprevăzute – 95.507,22 lei, calculată, conform clarificării nr. 102/10.07.2013, prin aplicarea procentului de 2,83% din valoarea pentru execuția de lucrări ofertată, fără valoarea aferentă organizării de șantier, Durata de execuție a lucrărilor – 12 luni calendaristice și Garanția acordată lucrărilor – 48 luni.

Cu alte cuvinte, contestatoarea susține că procentul de 2,83% l-a aplicat unei valori greșite, calculând 2,83% direct din valoarea pentru execuție, respectiv „2% din 3.068.786,16 lei și ar fi trebuit mai întâi să opereze scăderea și apoi procentul, adică 2,83% din valoare execuție - valoarea organizare șantier, respectiv 2.83% din 3.374.813,54 lei -16.557,95 lei = 2.83% din 3.358.255,55 lei”.

Față de acest aspect, contestatoarea consideră că se află în prezența unei erori matematice care nu schimbă cu nimic conținutul propunerii financiare, esența problemei fiind exclusivă de calcul

aritmetic și pentru care autoritatea contractantă trebuia să își ofere concursul.

De asemenea, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a ignorat prevederile art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, acest drept reprezentând totodată, și o obligație a acesteia față de dispozițiile art. 78 din HG nr. 925/2006. Astfel, contestatoarea face trimitere la jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene, cauza C-243/89 Storebaelt, Hotărârea din 22 iunie 1993, pct. 37.

În final, contestatoarea susține că în cazul în care autoritatea contractantă ar fi solicitat măcar o clarificare, prin răspunsul la aceasta nu s-ar fi adus nici o modificare la oferta financiară, ci doar s-ar fi corectat oferta, în consens cu prevederile legislației în domeniu care permit completări formale din partea participanților la procedură și așa cum și jurisprudența consideră că „reprezintă o atitudine abuzivă (a autorității contractante) declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte minore, raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta /.../. Prin prisma interesului public care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidentei (Decizia civilă nr. 387 din 16 februarie 2010, Curtea de Apel Cluj, Secția comercială de contencios administrativ și fiscal)”.

Contestatoarea a solicitat Consiliului accesul la documentele aflate la dosarul achiziției, în vederea completării contestației.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Contestatoarea S.C. ... S.R.L. încunoștințează că autoritatea contractantă i-a solicitat o serie de clarificări prin adresele nr. 131/06.09.2013 și nr. 136/3726/20.09.2013, la care societatea sa a răspuns în termenul acordat, însă prin adresa nr. 4188/143/16.10.2013, a fost înștiințată despre faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, întrucât „nu au fost îndeplinite condițiile privind capacitatea economică și financiară privind susținerea financiară a lucrării, deoarece scrisoarea de confort nr. 23/14.08.2013 comunicată de BANCA TRANSILVANIA sub nr. 10707/14.08.2013 nu are caracter de angajament, nerezultând că ofertantul deține acces la finanțare în suma de 913.941,64 lei pentru o perioadă de 4 luni; nu s-a depus dovada conform căreia S.C. ... S.R.L. deține, într-adevăr, autoutilitara respectivă, în calitate de furnizor al său pentru autoutilitara autopompă de beton, în baza Promisiunii de închiriere nr. 2099/13.09.2013” și ca neconformă, întrucât „nu s-a răspuns concludent la o parte din solicitările comisiei de evaluare, respectiv solicitări referitoare la: lucrările temporare și permanente care vor fi executate;

sucesiunea, programarea și durata testelor; nu s-au indicat momentele de finalizare a etapelor cheie de pe drumul critic al investiției; metodele de lucru prezentate în Planul de Lucru nu au fost descrise detaliat; planurile și diagramele care să surprindă viziunea sa privind etapele de derulare a lucrărilor, regăsite în oferta tehnică, nu conțin date despre fazele determinante și teste; cu privire la Organizarea de Șantier propusă, s-a considerat că au existat anumite omisiuni/neconcordanțe ce au condus la imposibilitatea evaluării necorespunzătoare a lucrărilor de organizare de șantier și a cheltuielilor conexe acestora, din cauza neincluserii valorii acestora în valoarea ofertei; cu privire la Programul de asigurare a calității aferent obiectivului ce urmează a fi executat, s-a considerat că nu s-au precizat în PCCVI-ul atașat în răspunsul la clarificări din adresa nr. 1917/24.09.2013 standardele și/sau normativele din care rezultă care este modalitatea de efectuare a controalelor și în baza cărora au fost stabilite toleranțele admisibile declarate, cu excepția celor două STAS-uri menționate pentru verificarea compactării; cu privire la Organizarea de Șantier, s-a considerat că nu s-a efectuat cotarea lucrărilor de OS; nu s-a justificat corespunzător valoarea procentului propus pentru cheltuielile indirecte incluse în propunerea financiară”.

În ceea ce privește primul motiv al respingerii ofertei ca inacceptabilă, contestatoarea susține că a depus scrisoarea de confort nr. 23/14.08.2013 comunicată de BANCA TRANSILVANIA sub nr. 10707/14.08.2013, prin care instituția bancară își lua angajamentul ca în cazul câștigării licitației de către societatea sa, să analizeze documentația pentru acordarea unui credit în suma de 913.941,64 lei.

Contestatoarea precizează că a depus în cadrul ofertei tehnice, la pagina 250-251 cartea de identitate cu numărul de înmatriculare GR 04 HDK, pompa de beton, din care rezultă că posesorul autopompei de beton este S.C. ... S.R.L., deci furnizorul societății sale din Promisiunea de închiriere nr. 2099/13.09.2013.

Cu privire la solicitările referitoare la lucrările temporare și permanente care vor fi executate, contestatoarea susține că lucrările care fac obiectul ofertei sunt specifice lucrărilor de drumuri noi, concret, că lucrările au ca obiect realizarea unui drum modernizat (asfaltat) pe un traseu din pământ clasificat ca drum agricol.

Cu privire la succesiunea, programarea testelor și durata testelor, contestatoarea arată că acestea se regăsesc în cadrul ofertei tehnice, la paginile indicate în răspunsul la clarificări nr. 1918/24.09.2013, respectiv la pag. 75 - 118 și pag. 124 - 128 din oferta tehnică.

În ceea ce privește al treilea motiv de respingere a ofertei ca neconformă, contestatoarea apreciază că „drumul critic” la care face referire autoritatea contractantă nu are obiect în lucrarea ce face obiectul contractului de lucrări, prin urmare autoritatea contractantă, cu rea-credință, invocă acest motiv de respingere a ofertei care nu există.

De asemenea, contestatoarea arată că metodele de lucru prezentate în Planul de Lucru au fost descrise detaliat suficient de precis încât să răspundă necesităților, solicitărilor și cerințelor expuse de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

Mai mult, contestatoarea susține că societatea sa nu poate avea o viziune proprie referitoare la teste, verificări, încercări, acestea fiind cuprinse în standarde și norme tehnice care trebuie respectate în integralitatea lor de către orice executant.

În ce privește al șaptelea motiv de respingere a ofertei ca neconformă, cu privire la Programul de asigurare a calității aferent obiectivului ce urmează a fi executat, contestatoarea subliniază că a indicat toate standardele și normativele, conform celor solicitate de către autoritatea contractantă.

Având în vedere motivul de respingere privind necotarea lucrărilor de Organizare de Șantier, contestatoarea arată că nu putea realiza cotarea acestora, întrucât, în acest caz, ar fi trebuit să procedeze la modificarea formularelor tip de participare.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Autoritatea contractantă a înaintat adresa nr. 4264/149 din 23.10.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 35915/23.10.2013, reprezentând punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, prin care solicită respingerea ca nefondată a acestei contestații.

În acest sens, autoritatea contractantă susține că prin clarificarea nr. 102/17.07.2013 a menționat că valoarea lucrărilor diverse și neprevăzute „face parte integrantă din oferta financiară totală”, precizând în clar modul de calculare a valorii cheltuielilor diverse și neprevăzute. Față de acest aspect, autoritatea contractantă precizează că, urmare a analizării propunerii financiare a contestatoarei de către expertul cooptat, a rezultat că aceasta nu a calculat corect valoarea pentru diverse și neprevăzute, întrucât a aplicat eronat procentul de 2,83% aferent cheltuielilor diverse și neprevăzute la valoare de execuție din care nu a scăzut valoarea organizării de șantier, nerespectând astfel indicațiile documentației de atribuire.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la existența unei erori aritmetice, autoritatea contractantă susține că

situația de față nu se încadrează în prevederile art. 80 alin. (2) din HG nr. 925/2006, întrucât în acest caz nu există nici preț unitar și nici discrepanță între litere și cifre, orice corecție a valorii „diverselor și neprevăzutele” ar fi condus la modificarea propunerii financiare, compusă din valoarea de execuție a lucrărilor și valoarea de diverse și neprevăzute.

Autoritatea contractantă combate și critica contestatoarei referitoare la necesitatea aplicării art. 78 din HG nr. 925/2006, motivat de faptul că nefiind vorba de o eroare aritmetică, orice clarificare transmisă în acest sens nu ar fi modificat situația, iar rezultatul ar fi fost același, respingerea ofertei contestatoarei.

Referitor la criticile contestatoarei privind neaplicarea prevederilor art. 201 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă susține că legiuitorul nu „precizează niciunde că autoritatea contractantă are obligația de a formula solicitări de clarificări dacă acestea nu sunt necesare”, posibilitatea solicitării de clarificări constituind un drept și nu o obligație a autorității contractante, iar în situația de față, având în vedere calcularea greșită a cheltuielilor diverse și neprevăzute, o solicitare de clarificări nu ar fi putut conduce la un răspuns prin care să nu se modifice propunerea financiară.

De altfel, autoritatea contractantă combate și susținerea contestatoarei referitoare la faptul că, deoarece legiuitorul permite autorității contractante să solicite în mod repetat clarificări, reglementând posibilitatea modificării propunerilor tehnice minore și a viciilor de formă, cu atât mai mult se impunea această clarificare a calculului matematic, în baza argumentului juridic „a fortiori ratiōne”, respectiv „unde legea prevede sau permite mai mult, implicit permite și mai puțin (a maiori ad minus)”, autoritatea contractantă susține că, formularea unei solicitări de clarificări în acest caz și admiterea unui răspuns prin care s-ar fi invocat existența unei erori aritmetice sau a unei abateri tehnice minore, ar fi condus la încălcarea prevederilor art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, în sensul că ar fi determinat apariția unui avantaj în favoarea contestatoarei.

Concluzionând, autoritatea contractantă susține că nu era obligată să transmită o solicitare de clarificări în cazul în care, în mod clar, eroarea din oferta financiară a contestatoarei nu reprezenta o eroare aritmetică, și nu ar fi putut fi îndreptată conform HG nr. 925/2006, indiferent de răspunsul pe care l-ar fi putut obține, rezultatul final fiind același, respectiv respingerea ofertei.

Consiliul, prin adresa nr. 21349/... .. a solicitat contestatoarei SC ... SRL, susținerile referitoare la excepția tardivității contestației,

invocată din oficiu, raportat la dispozițiile art. 256² alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În legătură cu această excepție, prin adresa neînregistrată și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 36647 din 29.10.2013, contestatoarea SC ... SRL solicită respingerea acesteia. În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006 coroborate cu cele ale art. 181 din Codul de procedură civilă și susține că din perspectiva termenelor procedurale, OUG nr. 34/2006 reprezintă legea specială în raport cu prevederile de drept comun cuprinse în Codul de procedură Civilă, dar numai sub aspectul duratei termenelor impuse prin ordonanță și nu sub aspectul momentului de împlinire a termenelor.

Contestatoarea susține că în situația în care cea de-a cincea zi ar fi considerată ultima dintre cele 5 ce curg din ziua următoare celei în care a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante și nu în ziua următoare celei de împlinire a termenului ar însemna că de fapt termenul legal ar fi mai scurt de 5 zile pline în sensul că nu s-ar încheia la ultima oră a ultimei zile a termenului ci la ultima oră la care se poate efectua comunicarea documentelor către Consiliu și autoritatea contractantă.

Contestatoarea reiterează că art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, nu derogă de la regula de drept comun de calculare a termenelor sub aspectul momentului de împlinire a acestuia.

În aceste condiții, contestatoarea consideră că ultima zi a termenului de depunere a contestației se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului, iar această ultimă zi reprezintă ziua ulterioară celei în care termenul se împlinește, respectiv 22.10.2013.

De altfel, contestatoarea arată că și autoritatea contractantă a calculat, în comunicarea rezultatului procedurii, termenul de depunere a contestației până la data de 22.10.2013, inclusiv.

Prin adresa nr. 4372/154/28.10.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 36649/29.10.2013, autoritatea contractantă a transmis, în copie, dosarul achiziției publice și punctul de vedere referitor la contestația formulată de SC ... SRL.

Astfel, autoritatea contractantă susține că a primit contestația la data de 24.10.2013, după ce, în prealabil, la data de 23.10.2013, a primit la sediul său o singură pagină din contestație și consideră că, raportat la data limită de depunere a contestației indicată în comunicarea rezultatului procedurii, respectiv 22.10.2013, în speță aceasta s-a depus tardiv, solicitând astfel respingerea contestației ca tardiv introdusă.

Prin adresa nr. 21507/... .. Consiliul a invitat contestatoarea SC ... SRL să studieze dosarul achiziției, menționând că eventualele „note/concluzii scrise” pot fi depuse în termen de o zi lucrătoare și

precizând în același timp că, acest termen „nu este pentru completarea contestației cu noi motive, astfel cum vi s-a comunicat și prin adresa nr. 20901/... ..

Contestatoarea SC ... SRL a studiat dosarul achiziției la data de 05.11.2013 și, prin adresa nr. 22435/06.11.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 37835/06.11.2013, a formulat „completări ale contestației”. Prin intermediul acestor completări, contestatoarea critică oferta declarată câștigătoare, depusă de SC ...SRL, sub mai multe aspecte tehnice ce rezultă din răspunsul acestui ofertant la solicitarea de clarificări a autorității contractante, menținându-și solicitările formulate în cadrul contestației.

Prin adresa nr. 4631/159/11.11.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 38288/11.11.2013, autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere referitor la completarea contestației de către SC ... SRL, combătând punctual criticile formulate de contestatoarea referitoare la propunerea tehnică depusă de SC ...SRL și solicitând respingerea contestației ca fiind nefondată.

Din documentele aflate la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Amenajare drumuri de acces la exploatații agricole, comuna ... județul ... cod CPV 45233120-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ... stabilind data deschiderii ofertelor la 22.07.2013, criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” și o valoare estimată de 3.993.788 lei fără TVA.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr. 777s/... din 08.10.2013, în sensul că aceasta a fost respinsă ca nefondată.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire Consiliul, prin Decizia nr. ... a soluționat contestația formulată de SC ...SRL, în sensul că a respins contestația ca rămasă fără obiect.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 3 operatori economici, printre care și cele două contestatoare, așa cum rezultă din procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, înregistrat sub nr. 123/14.08.2013. În cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă a consemnat principalele elemente ale ofertelor depuse, în legătură cu oferta depusă de SC ... SRL, reținând că propunerea financiară este compusă din valoarea aferentă execuției - 3.374.813,54 lei și valoarea aferentă diverselor - 95.507,22 lei.

Oferta contestatoarei SC ...SRL a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, întrucât din formularele F17 și F1 din propunerea financiară rezultă calcularea

eronată a cheltuielilor diverse și neprevăzute în raport cu valoarea întregii oferte, deoarece contestatoarea trebuia ca din valoarea lucrărilor de executat să scadă valoarea lucrărilor de organizare de șantier și apoi să se aplice procentul de 2,83%, comunicarea acestui rezultat al procedurii constituind actul atacat prin prezenta contestație.

Analizând critica contestatoarei referitoare la decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată pentru motivele prezentate în continuare.

Astfel, prin adresa nr. 102/17.07.2013, publicată în SEAP la data de 17.07.2013, reprezentând răspunsul autorității contractante la o solicitare de clarificări formulată de un potențial ofertant, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „Este obligatorie ofertarea cheltuielilor aferente capitolului diverse și neprevăzute. Valoarea de 109.536 lei fără TVA reprezentând cheltuieli diverse și neprevăzute indicată în cadrul Fișei de date a achiziției și în cadrul invitației de participare a fost calculată conform HG nr. 28/2008, prin aplicarea procentului de 2,83% indicat de proiectant la valoarea lucrărilor ce urmează a fi executate, respectiv la valoarea estimată pentru execuție din care s-a scăzut valoarea cheltuielilor aferente organizării de șantier. La întocmirea ofertelor financiare, ofertanții vor trebui să prezinte în cadrul ofertelor lor următoarele valori: A) valoarea lucrărilor ce urmează a fi executate ...(inclusiv organizarea de șantier) ...; B) valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, în sumă fixă calculată astfel: (valoarea ofertată pentru execuția lucrărilor – valoarea ofertată pentru organizarea de șantier) x 2,83%; (...).”

Contestatoarea a prezentat în cadrul Anexei 1 la Formularul nr. 17 – Ofertă, elementele ofertei așa cum au fost acestea reținute în cadrul procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, respectiv valoare ofertată pentru execuție – 3.374.813,54 lei și valoare ofertată pentru „Diverse și neprevăzute” – 95.507,22 lei.

Verificând corectitudinea calculării de către contestatoarea a cheltuielilor „Diverse și neprevăzute”, Consiliul constată că, într-adevăr, la calculul cheltuielilor diverse și neprevăzute, contestatoarea a aplicat procentul impus de autoritatea contractantă, de 2,83%, la valoarea totală a lucrărilor, fără a scădea din aceasta valoarea aferentă „Organizării de șantier”, așa cum indicase autoritatea contractantă în documentația de atribuire cu completările ulterioare. Acest mod de calcul a fost reținut de către expertul cooptat, dl. Cvasnievschi Gabriel-Nicolae, în cadrul raportului de specialitate nr. 1/20.09.2013, Anexa nr. 4.

Raportând această situație la prevederile art. 80 din HG nr. 925/206, Consiliul constată că, aplicarea procentului impus de

autoritatea contractantă la o valoare greșită, nu poate fi interpretată, într-adevăr, ca fiind o eroare aritmetică, așa cum este aceasta definită de art. 80 alin. (2) din HG nr. 34/2006, ci ca fiind un viciu de formă, așa cum este acesta definit de art. 80 alin. (3) din același act normativ, care dispune că „Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/ completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți la procedura de atribuire”.

În aceste condiții, corectarea valorii cheltuielilor diverse și neprevăzute ofertată de contestatoare, impune aplicarea procentului de 2,83% diferenței dintre valoarea lucrărilor de execuție și valoarea aferentă organizării de șantier, deci, implicit, modificarea propunerii financiare.

Consiliul constată că în speță sunt incidente următoare prevederi legale:

- art. 79 alin. (3) din hotărârea de guvern mai sus menționată:

(3) 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).

- art. 80 alin. (1), (2) și (3) din hotărârea de guvern mai sus menționată:

„(1) Comisia de evaluare are dreptul de a corecta erorile aritmetice sau viciile de formă numai cu acceptul ofertantului. În cazul în care ofertantul nu acceptă corecția acestor erori/vicii, oferta sa va fi considerată neconformă.

(2) Erorile aritmetice se corectează după cum urmează:

a) dacă există o discrepanță între prețul unitar și prețul total, trebuie luat în considerare prețul unitar, iar prețul total va fi corectat corespunzător;

b) 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.

(3) Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare 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 are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

În acest context Consiliul nu poate să admită punctul de vedere al contestatoarei privind faptul că autoritatea contractantă trebuia să-și manifeste „concurusul” și să-i solicite clarificări, având în vedere faptul că o eventuală solicitare de clarificări ce ar fi putut fi adresată contestatoarei, referitoare la acest aspect, ar fi condus implicit la modificarea conținutului propunerii financiare, situație care nu se poate încadra în categoria „erorilor aritmetice”, singurele permise de legislația în vigoare pentru modificarea conținutului propunerii financiare, decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei este temeinică și legală, în speță fiind incidente dispozițiile art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, care stipulează 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)”.

Frazarea art. 79 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 conduce la concluzia că unica excepție (de strictă interpretare și aplicare), în care este admisă modificarea propunerii financiare, este cea a erorilor aritmetice descrise la art. 80 alin. (2), deci nu și pentru erori/vicii de formă.

De asemenea, conform art. 170 din OUG nr. 34/2006, ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. În consecință, riscul întocmirii ofertei cu nerespectarea dispozițiilor acesteia cade în sarcina operatorului economic, acesta neputând să își invoce propria culpă, potrivit principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – nimănui nu-i este admis a se prevala de propria sa neglijență. A accepta contrariul, la acest moment, ar presupune încălcarea principiului egalității de tratament, stipulat la art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

Susținerea contestatoarei referitoare la obligația autorității contractante de a aplica prevederile art. 201 din OUG nr. 34/2006, nu poate fi primită de Consiliu, motivat de faptul că această prevedere legală instituie dreptul și nu obligația autorității contractante de a solicita clarificări, în timp ce art. 78 din HG nr. 925/2006, reprezintă norma de aplicare a art. 201 prevăzută de ordonanță. Pe de altă parte, alin (2) al art. 201 instituie interdicția solicitării de clarificări în situația în care prin aceasta s-a crea un avantaj ofertantului, ori este evident faptul că dacă s-ar accepta opinia contestatoarei și astfel i s-a permite modificarea propunerii financiare nu numai că i s-ar crea un avantaj, dar ar fi în mod cert încălcat principiul tratamentului egal prevăzută de art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006 conform căruia autoritatea contractantă are obligația de a stabili și aplica în toate etapele procedurii de atribuire

a unor reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici.

În aceste condiții, critica contestatoarei referitoare la motivul respingerii ofertei sale apare ca fiind neîntemeiată.

Criticile formulate de SC ... SRL referitoare la propunerea tehnică a ofertantului SC ...SRL nu vor fi analizate de Consiliu, întrucât acestea reprezintă critici/motive noi ce nu au fost menționate în conținutul contestației, fiind formulate după studiul dosarului achiziției și nereprezentând completări ale motivelor invocate în contestație. De altfel, prin adresa nr. 20901/... ... Consiliul, în temeiul art. 270 alin. (2) și 275 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, a solicitat contestatoarei să comunice următoarele: „motivarea completă a contestației și eventualele mijloace de probă noi pe care se sprijină contestația, având în vedere exprimarea dvs. în sensul unei viitoare completări; alte înscrisuri și informații pe care le apreciați necesare pentru soluționarea contestației”, înștiințând-o în același timp că „Referitor la solicitarea de a vi se permite accesul la dosarul achiziției publice, urmând a vă completa contestația în raport de informațiile din respectivul dosar, vă înștiințăm că ordonanța prevede calea de atac a contestației pentru motive de nelegalitate și netemeinicie care derivă din actul atacat și sunt cunoscute persoanei vătămate la momentul formulării ei, iar nu pentru motive necunoscute. Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță, contestația trebuie să cuprindă motivarea atât în fapt cât și în drept, singura ipoteză în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 270 alin. (2) – când Consiliul apreciază că în contestație nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își completeze contestația în termen de cinci zile. Ulterior primirii copiei dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă, veți fi informați asupra termenului la care puteți consulta documentele din respectivul dosar, precum și depune eventualele concluzii scrise reieșite din consultarea dosarului, concluzii care nu pot avea ca obiect completarea contestației cu alte motive sau capete de cerere”. De asemenea, și prin adresa nr. 21507/... C9/29.10.2013, prin care Consiliul a invitat contestatoarea să studieze dosarul achiziției, a înștiințat-o pe aceasta despre posibilitatea de a depune, în termen de o zi lucrătoare după studierea dosarului/primirea eventualelor fotocopii, de „note/concluzii scrise” și nu de completarea contestației cu noi motive.

OUG nr. 34/2006 prevede calea de atac a contestației pentru motive de nelegalitate și netemeinicie care derivă din actul atacat și sunt cunoscute persoanei vătămate la momentul formulării ei, iar nu pentru motive necunoscute. Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță, contestația

trebuie să cuprindă motivarea atât în fapt cât și în drept, singura ipoteză în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 270 alin. (2) – când Consiliul apreciază că în contestație nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își completeze contestația în termen de cinci zile.

Noile motive de contestare constituie, practic, o nouă motivare a contestației din data de O asemenea operațiune nu poate fi considerată de Consiliu decât tardivă, aceasta conducând la deturnarea procedurii de contestare reglementată de ordonanța privind achizițiile publice, ce prevede în art. 270 următoarele:

„(1) Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente:

a) numele, domiciliul sau reședința contestatorului ori, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul lor și codul unic de înregistrare. În cazul persoanelor juridice se vor indica și persoanele care le reprezintă și în ce calitate;

b) denumirea și sediul autorității contractante;

c) denumirea obiectului contractului de achiziție publică și procedura de atribuire aplicată;

d) obiectul contestației;

e) motivarea în fapt și în drept a cererii;

f) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil;

g) semnătura părții sau a reprezentantului persoanei juridice.

(2) În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 5 zile de la înștiințarea prin care i se aduce la cunoștință această situație, acesta să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația va fi respinsă”.

Din cuprinsul articolului mai sus menționat, rezultă că persoana vătămată sesizează Consiliul, într-un termen anume prevăzut de ordonanță, cu o contestație care trebuie să cuprindă obligatoriu obiectul contestației, precum și motivarea ei în fapt și în drept.

Nicăieri în cuprinsul cap. IX din ordonanță nu se precizează că persoana vătămată își poate completa motivarea contestației prin care s-a delimitat cadrul soluționării, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare.

Este adevărat că ordonanța, în art. 275 alin. (6), recunoaște dreptul părților de a depune concluzii scrise în cursul procedurii, însă instituția juridică a concluziilor scrise nu se confundă cu cea a

completării elementelor esențiale ale contestației, cum ar fi motivarea acesteia.

Așadar, contestatoarea din cauza examinată are o viziune greșită asupra noțiunii de „concluzii scrise”, înțelegând prin aceasta că ar putea să formuleze noi critici în contradictoriu cu autoritatea contractantă. În realitate, concluziile scrise, astfel cum reiese chiar din denumirea lor, constituie o expunere finală a argumentației asupra cererii supuse dezbaterii, nu o nouă motivare a cererii.

Concluziile scrise nu pot schimba cadrul procesului, prin suplimentarea motivelor de contestație, pentru că ele nu sunt supuse regulilor de comunicare către toți ofertanții implicați care nu sunt parte în dosar, pe de o parte, iar pe de altă parte, pentru că s-ar compromite principalul avantaj al procedurii de soluționare a contestației, adică celeritatea ei.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că, odată investit în termen prin contestație cu anumite motive de nelegalitate a actului atacat emis de către autoritatea contractantă, nu mai poate fi reinvestit după expirarea termenului prescris de contestare cu alte motive de nelegalitate, o astfel de conduită reprezentând o completare a obiectului contestației și a motivării în afara termenului legal stipulat de art. 256² alin. (1) din OUG nr. 35/2006.

Practic în materia achizițiilor publice pe calea concluziilor scrise pot fi dezvoltate doar motivele și capetele de cerere despre care s-a făcut vorbire în contestația inițială, completarea acesteia cu elemente esențiale (motivare) putându-se face doar la solicitarea Consiliului în raport de dispozițiile art. 270 alin. (2) din ordonanță.

În consecință, Consiliul constată tardivitatea criticilor formulate de SC ... SRL în cadrul documentului reprezentând completarea contestației după studiul dosarului achiziției cu privire la neconformitatea propunerii tehnice a ofertantului SC ... SRL.

Având în vedere cele reținute în legătură cu contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul va respinge ca nefondată această contestație.

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva rezultatului procedurii, comunicat, prin fax, la data de 16.10.2013, prin adresa nr. 2943/16.10.2013, așa cum rezultă din copia actului atacat depus de contestatoare, prin care oferta sa a fost respinsă fiind declarată atât inacceptabilă cât și neconformă.

Analizând excepția tardivității formulării contestației, invocată din oficiu, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Astfel, așa cum s-a reținut anterior, în speță autoritatea contractantă atribuie un contract de lucrări în valoare de 3.993.788 lei fără TVA. Actul atacat a intrat în posesia contestatoarei, așa cum rezultă din documentele depuse de contestatoare, la data de

16.10.2013, astfel că termenul de contestare calculat prin raportare la prevederile art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, incidente în speță, potrivit căroră „Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2).”, coroborate cu cele ale art. 3 lit. z) din ordonanța evocată, care definește zilele ca fiind „zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, s-a împlinit la data de

Verificând respectarea de către contestatoare a prevederilor art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, potrivit căroră „Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256². Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor prevăzute la art. 270 alin. (1), dacă acestea sunt disponibile”, Consiliul constată că aceste dispoziții nu au fost respectate de către contestatoare, întrucât contestația a fost transmisă atât către Consiliu cât și către autoritatea contractantă la data de 22.10.2013, deci în afara termenului legal anterior calculat.

Susținerile contestatoarei potrivit căroră în speță se aplică prevederile art. 181 alin. (2) din Noul cod de procedură civilă, întrucât art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006 se referă „numai sub aspectul duratei termenelor impuse prin respectiva ordonanță nu și sub aspectul momentului de împlinire a termenelor”, nu pot fi reținută de Consiliu, motivat de faptul că, în speță, OUG nr. 34/2006, care reprezintă legea specială, stabilește atât termenul legal în care pot fi contestate acte ale autorității contractante, în cazul de față 5 zile, cât și momentele de început și de împlinire a acestuia, conform art. 3 lit. z) „... Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se

încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. ...”, text din conținutul căruia rezultă că legea specială menține dispozițiile art. 181 alin. (1) pct. 2) din Noul cod de procedură civilă, numai sub aspectul stabilirii zilei de început a termenului, nu și în ceea ce privește momentul împlinirii acestuia, referitor la care legea specială dispune că „se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”.

Indicarea de către autoritatea contractantă ca termen limită de depunere a contestației data de 22.10.2013 nu poate fi reținută de Consiliu, întrucât, potrivit adagi-ului „nemo censetur ignorare legem”, nimeni nu poate invoca necunoașterea legii.

În raport de cele reținute, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (1), (5) și (6) din OUG nr. 34/2006 Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, ca tardivă contestația formulată de SC ... SRL și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 5 exemplare originale, conține 17 pagini.