



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr.... înregistrată la C.N.S.C. sub nr.... formulată de ... cu sediul în jud.... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr.... având ... reprezentată legal prin director general ... împotriva procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr.2541/30.04.2014, emis de către ... cu sediul în jud.... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de lucrări având ca obiect „Sistem de alimentare cu apă în sistem centralizat în ... s-a solicitat anularea procesului-verbal susmenționat, a rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Admite contestația depusă de către ... cu sediul în jud.... în contradictoriu cu ... cu sediul în jud.... anulează procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr.2541/30.04.2014, precum și întreaga procedură de atribuire.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... a criticat procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr.2541/30.04.2014, emis de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de lucrări având ca obiect „Sistem de alimentare cu apă în sistem centralizat în ... solicitând anularea procesului-verbal susmenționat, a rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire.

În motivarea contestației, ... arată că, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, oferta sa a fost respinsă deoarece garanția de participare nu a fost conformă, cu toate că societatea sa se încadra în categoria IMM, situație în care, făcându-se aplicarea art.16 alin.2 din Legea nr.346/2004, s-a depus garanția de participare în cuantum de 50% din valoarea solicitată și formularul denumit „Declarație privind încadrarea în categoria IMM”.

Raportat la dispozițiile legale susmenționate, contestatorul susține că măsura respingerii ofertei sale este excesivă, nedeschiderea ofertei conducând la o interpretare eronată în sensul neîndeplinirii condițiilor de încadrare ca IMM, prin depășirea numărului de salariați în 2013. Precizează contestatorul că numărul mediu anual de salariați pentru ultimii doi ani consecutiv nu a fost depășit, în anul 2012 societatea sa având un număr de 249 salariați, or condiția pierderii calității de IMM este ca societatea să nu îndeplinească în ultimii doi ani consecutivi, în mod cumulativ, cele trei condiții prevăzute de Legea nr.346/2004, sens în care invocă art.3 alin.1 și 6 alin.2 din actul normativ menționat.

De asemenea, contestatorul apreciază că măsura respingerii ofertei sale contravine scopului și principiilor prevăzute la art.2 din ordonanța de urgență.

Mai mult decât atât, apreciază contestatorul că autoritatea contractantă avea obligația de a deschide oferta sa chiar și dacă aprecia că sunt neîndeplinite condițiile prevăzute de Legea nr.346/2004, putând cere clarificări, sens în care se invocă art.184 și art.185 din ordonanța de urgență.

Contestatorul învederează scopul garanției de participare, susținând, pe de altă parte, că autoritatea contractantă a încălcat și prevederile art.33 conform cărora este obligată să deschidă ofertele la data, ora și locul indicate în anunțul de participare.

În aprecierea admisibilității contestației, contestatorul solicită să se aibă în vedere și dispozițiile art.206 și 207 din ordonanța de urgență.

În drept, se invocă prevederile art.255 alin.1, art.256² din O.U.G. nr.34/2006.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.2962/21.05.2014, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.16552/23.05.2014, ... a solicitat respingerea contestației formulată de ... ca nefondată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă a arătat că, la data de 30.04.2014, s-a procedat la deschiderea ofertelor, cu verificarea, în prealabil, a condițiilor minime de calificare, ocazie cu care s-a constatat că în Declarația de IMM a contestatorului erau prevăzuți un număr de 472 salariați, mai mare decât cel prevăzut de Legea nr.346/2004.

Redând textul art.3 din Legea nr.346/2004, autoritatea contractantă susține că ... scoate din context cuvântul „cumulativ”, care înseamnă îndeplinirea tuturor cerințelor iar nu doar a uneia, contestatorul dorind să beneficieze în continuare de prevederile Legii nr.34/2006, ceea ce este de neacceptat în lumina principiului egalității de șanse prevăzut la art.2 alin.2 din ordonanța de urgență.

Referitor la obligația deschiderii ofertelor, chiar dacă datele furnizate în Declarația de încadrare ca IMM „spuneau” foarte clar că numărul de salariați este peste pragul legal, susține autoritatea contractantă, membrii comisiei de evaluare au respectat prevederile art.33 alin.3 lit.b din H.G. nr.925/2006, contestatorul depunând o garanție de participare în procent de 50% din valoarea solicitată prin fișa de date a achiziției.

În drept, se invocă dispozițiile art.278 alin.5 din O.U.G. nr.34/2006.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

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

La data de 10.04.2014, ... a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de lucrări având ca obiect „Sistem de alimentare cu apă în sistem centralizat în ... sens în care a publicat, în SEAP, invitația de participare nr....

Valoarea estimată a contractului este de 3.502.247 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au depus oferte 10 operatori economici printre care și contestatorul, oferte care au fost deschise la data de 30.04.2014, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.2541.

Împotriva procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, respectiv împotriva deciziei de respingere a ofertei motivat de neconstituirea garanției de participare în cuantumul prevăzut în documentația de atribuire, a depus contestație, în termen legal, ...

Examinând contestația, punctul de vedere al autorității contractante, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor

nr.2541/30.04.2014, oferta depusă de ... a fost respinsă deoarece garanția de participare nu a fost constituită în cuantumul prevăzut în documentația de atribuire.

Cuantumul garanției de participare, observă Consiliul, a fost stabilit, după cum apare menționat la cap.III.1.1.a) – „Garanția de participare” din fișa de date a achiziției, la nivelul sumei de 63.677,2 lei.

După cum rezultă din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, ... a constituit garanția de participare prin scrisoarea de garanție nr.0109530, emisă la data de 28.04.2014, de către – Societate de Asigurare și Reasigurare S.A., în cuantum de 31.838,6 lei, reprezentând 50% din suma stabilită cu acest titlu.

Problema care se impune a fi dezlegată, față de susținerile contradictorii ale părților, este aceea dacă ... are sau nu calitatea de IMM în raport de dispozițiile Legii nr.346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii.

Consiliul se va raporta, în soluționare, la prevederile Legii nr.346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, respectiv:

- art.3 alin.1, conform căruia:

„Întreprinderile mici și mijlocii sunt definite ca fiind acele întreprinderi care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:

a) au un număr mediu anual de salariați mai mic de 250;

b) realizează o cifră de afaceri anuală netă de până la 50 milioane euro, echivalent în lei, sau dețin active totale care nu depășesc echivalentul în lei a 43 milioane euro, conform ultimei situații financiare aprobate.”

- art.4, conform căruia:

„Întreprinderile mici și mijlocii se clasifică, în funcție de numărul mediu de salariați și de cifra de afaceri anuală netă sau de activele totale pe care le dețin, în următoarele categorii:

a) microîntreprindere – au până la 9 salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă sau dețin active totale de până la 2 milioane euro, echivalent în lei;

b) întreprinderi mici – au între 10 și 49 de salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă sau dețin active totale de până la 10 milioane euro, echivalent în lei;

c) întreprinderi mijlocii – au între 50 și 245 de salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă de până la 50 milioane euro, echivalent în lei, sau dețin active totale care nu depășesc echivalentul în lei a 43 milioane de euro.”

- art.6 alin.2, potrivit cu care:

„Dacă la data întocmirii situațiilor financiare anuale întreprinderea nu se mai încadrează în plafoanele stabilite la art.3 și 4, aceasta nu își va pierde calitatea de întreprindere mică, mijlocie sau microîntreprindere decât dacă depășirea acestor plafoane se produce în două exerciții financiare

consecutive.”

- art.16 alin.2, conform căruia:

„ (2) *Întreprinderile mici și mijlocii beneficiază de reduceri cu 50% pentru criteriile legate de cifra de afaceri, de garanția pentru participare și de garanția de bună execuție, cerute în achizițiile publice de produse, lucrări și servicii.*”

Din dispozițiile legale susenunțate, Consiliul reține că, în cadrul procedurilor de achiziții publice, ofertanții care se încadrează în categoria IMM-urilor trebuie să facă dovada constituirii unei garanții de participare în cuantum de 50% din suma stabilită de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

De asemenea, se reține că, pentru a avea calitatea de IMM, un operator economic trebuie să îndeplinească *cumulativ* condițiile prevăzute la art.3 din lege, dar și că, pentru a pierde calitatea de IMM, un operator economic trebuie să se afle în situația de a depăși plafoanele impuse în două exerciții financiare consecutive.

După cum rezultă din înscrisul „Declarație privind încadrarea întreprinderii în categoria întreprinderilor mici și mijlocii”, depusă de ... acesta a avut în anul 2013 un număr mediu anual de salariați de 472, ceea ce face a nu fi, într-adevăr, îndeplinită una dintre condițiile cumulative prevăzute la art.3 din lege și anume aceea ca operatorul economic să aibă un număr mediu anual de salariați mai mic de 250.

Având în vedere, însă, că așa cum s-a arătat, pierderea calității de IMM este condiționată de depășirea plafoanelor legal impuse pe durata a două exerciții financiare impuse, rezultă că neîndeplinirea condiției cumulative referitoare la numărul mediu anual de salariați în cadrul unui exercițiu financiar, situație în care se află contestatorul, nu este suficientă pentru ca acesta să piardă calitatea de IMM.

Astfel fiind, Consiliul constată că autoritatea contractantă a apreciat calitatea de IMM a contestatorului exclusiv prin prisma dispozițiilor art.3 și 4 din Legea nr.346/2006, ignorând prevederile art.6 alin.2 ale aceluiași act normativ, deși calitatea de IMM a unui operator economic se stabilește și în raport de acestea.

Consiliul nu va primi în soluționare susținerile autorității contractante conform cărora a făcut aplicarea art.33 lit.b din H.G. nr.925/2006, deoarece, nemaivorbind de faptul că s-au ignorat prevederi legale incidente în cauză, acestea contravin însuși scopului avut în vedere de legiuitor la edictarea Legii nr.346/2004, art.16, respectiv încurajarea participării la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică, a IMM-urilor.

Soluția respingerii ofertei contestatorului nu poate fi apreciată ca fiind justificată nici de împrejurarea că în declarația pe proprie răspundere privind încadrarea în această categorie, contestatorul a prezentat doar date aferente exercițiului financiar 2013, deoarece nu se putea trage concluzia certă că ... nu are calitatea de IMM.

Lămurirea acestei probleme ar fi intervenit dacă autoritatea contractantă proceda la deschiderea ofertei contestatorului, ocazie cu care avea acces la bilanțurile contabile pe anii 2011, 2012 și 2013, solicitate a fi depuse în cadrul criteriului de calificare prevăzut la cap.III.2.2) – „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date a achiziției.

Relativ la aspectul nedeschiderii ofertei contestatorului, Consiliul constată că acest comportament al autorității contractante este contrar următoarelor prevederi legale:

-art.33 alin.1 din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, conform căroră *„Autoritatea contractantă are obligația de a deschide ofertele și, după caz, alte documente prezentate de participanți, la data, ora și în locul indicate în anunțul de participare”;*

-art.33 alin.4 din același act normativ, potrivit căroră *„Ședința de deschidere se finalizează printr-un proces-verbal semnat de membrii comisiei de evaluare și de reprezentanți ai operatorilor economici prezenți la ședință, în care se consemnează modul de desfășurare a ședinței respective, aspectele formale constatate la deschiderea ofertelor, elementele principale ale fiecărei oferte, consemnându-se totodată lista documentelor depuse de fiecare operator economic în parte”;*

-art.80 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, conform căroră *„Autoritatea contractantă are obligația de a deschide ofertele la data, ora și adresa indicate în anunțul de participare, în măsura în care nu a devenit incidentă obligația privind decalarea termenului de depunere a ofertelor, conform prevederilor art.72, cu excepția cazului în care termenul de depunere a ofertelor a fost decalat în urma suspendării procedurii”.*

Pe de altă parte, cazurile în care oferta nu se deschide și se restituie, sunt expres și limitativ prevăzute la art.172 alin.3 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, conform căruia *„Oferta depusă la o altă adresă a autorității contractante decât cea stabilită sau după expirarea datei limită pentru depunere se returnează nedeschis.”*

Cum oferta depusă de contestator nu se încadrează în niciunul dintre cazurile prevăzute de articolul susmenționat, rezultă că autoritatea contractantă avea obligația să procedeze la deschiderea inclusiv a acesteia.

În atari condiții, întrucât ședința de deschidere a ofertelor nu se poate repeta (oferțele nu pot fi deschise în mai multe rânduri, așa cum nu se pot deschide o parte dintre oferte la data și ora indicate, pentru ca altele să se deschisă în cadrul altei ședințe, la o altă dată și altă oră), pentru ca astfel să fie luate în considerare și oferta contestatorului, Consiliul stabilește că, în speța de față, nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să permită continuarea procedurii.

De altfel, în cazul în care s-ar accepta ca măsură de remediere refacerea ședinței de deschidere prin acceptarea și a ofertei contestatorului, s-ar încălca și principiul transparenței prevăzut la art.2 alin.2 lit.d din ordonanța de urgență, însuși scopul desfășurării ședinței de deschidere și consemnării elementelor principale într-o ședință publică (în prezența

comisiei de evaluare și a reprezentanților ofertanților) fiind acela de a se asigura transparența desfășurării procedurii și a procesului decizional în cadrul acesteia.

În considerarea celor prezentate, ținând seama de imposibilitatea continuării procedurii, Consiliul urmează a decide, pe cale de consecință, anularea întregii proceduri de atribuire.

Relevantă în acest sens este și practica judiciară, respectiv decizia nr.3034/10.09.2012, pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrative și fiscal și decizia nr.2903/R/02.10.2013, pronunțată de Curtea de Apel Pitești – Secția a II-a civilă, de contencios administrative și fiscal.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.278 alin.2 și 6 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația, să anuleze procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, precum și întreaga procedură de atribuire.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 alin.3 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...