



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ... cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări 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 cu nr. ... depusă de SC ... SA, cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de lucrări de forare și amenajare puțuri de apă pentru situații de urgență și alimentare școli (12 puțuri - tabere de sinistrați), coduri CPV 45262200-3, 45262220-9 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 10.12.2013, organizată de Municipiul ... prin primăria sa, cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de SC ... SRL, cu sediul în ... CUI ... privind aceeași procedură de cerere de oferte organizată de Municipiul ... contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 2... alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

DECIDE:

În conformitate cu art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestațiile SC ... SA nr. ... și SC ... SRL nr. în contradictoriu cu Municipiul ... și anulează raportul procedurii nr. DPA:1634/19.06.2014, precum și adresele autorității contractante de comunicare către *operatorii economici implicați* a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor operatorilor economici implicați și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației de atribuire și a legislației în vigoare privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor, autoritatea va comunica operatorilor economici implicați rezultatul procedurii potrivit ordonanței.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestațiile de față, prin care ofertanții SC ... SA și SC ... SRL reclamă rezultatul evaluării ofertelor stabilit de Municipiul ... în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În prima dintre contestații, SC ... SA învederează că a respectat prevederile art. 86 alin. (1) și art. 33 alin. (3) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv a depus la autoritate garanția de participare în original, astfel cum rezultă din cuprinsul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 339/10.12.2013 (scrisoarea de garanție nr. 20195577, emisă de Gothaer Asigurări-Reasigurări SA, pentru suma de 2.850 lei).

Conform art. 86 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, "*Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care se prezintă în original, în cuantum și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire*". Acest instrument de garantare este însăși scrisoarea de garanție pe care a depus-o în original, iar nu polița de asigurare care atestă relația contractuală dintre contestatoare și societatea de asigurări emitentă. Scrisoarea de garanție fiind instrumentul de garantare adresat Primăriei

Municipiului ... și având destinația solicitată de această instituție a fost depusă în original, iar polița de asigurare, ce atestă drepturile și obligațiile contestatoarei în raport cu societatea de asigurări, în copie.

Nu este incident în speță art. 36 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, întrucât nu poate fi invocat faptul că garanția de participare nu a fost depusă în forma solicitată în documentația de atribuire.

Pentru faptul că polița de asigurare, care este un document ce nu vizează în mod direct Primăria Municipiului ... ci relația contractuală dintre contestatoare și societatea de asigurări, a fost depusă în copie, nu în original, oferta nu poate fi considerată inacceptabilă.

Având în vedere că, la solicitările Direcție Proceduri Achiziții, contestatoarea a prelungit în repetate rânduri valabilitatea ofertei și a garanției de participare și că niciodată nu i s-a comunicat că garanția nu ar fi în conformitate cu legea ori cu documentația de atribuire, contestatoarea a dat dovadă de bună-credință și a respectat întocmai cerințele documentației de atribuire.

În contestația secundă, SC ... SRL susține că oferta sa este în deplină concordanță cu prevederile documentației de atribuire și ale legislației în vigoare. Totodată, are și prețul cel mai scăzut.

La numeroasele cereri de clarificări din partea comisiei de evaluare, societatea a răspuns în totalitate.

Cu toate acestea, prin comunicarea nr. DPA 1666/24.06.2014 i s-a adus la cunoștință că oferta este neconformă, întrucât este de presupus că în anumite zone forajele să fie mai adânci de 200 m și, în această ipoteză, instalația de foraj ar fi necorespunzătoare.

Contestatoarea arată că evaluarea ofertei, sub aspect tehnic și al îndeplinirii cerințelor de calificare, s-a realizat de către autoritatea contractantă și expertul cooptat fără a se ține cont de cerințele din anunțul de participare și din documentația de atribuire. Astfel, în evaluarea propunerii tehnice, s-a ținut cont de următorii parametri, ale căror valori nu au fost impuse prin fișa de date a achiziției:

- viteza ascensională în spațiul inelar;
- presiunea maximă la pompe;
- sarcina maximă (admisibilă) la cârlig/forța de tracțiune la extragerea garniturii de foraj.

De asemenea, autoritatea indică anumite formule și calcule care nu au corespondent nici în fișa de date și nici în caietul de sarcini.

Respingerea ofertei se bazează pe presupuneri și scenarii (adâncimi mai mari de 170 m, eventuale accidente tehnice), care ar fi trebuit luate în considerare înainte de organizarea licitației, la întocmirea caietului de sarcini și a fișei de date.

SC ... SRL este specializată în foraje, în special foraje de apă, are o vechime de peste 20 ani și peste 200 de foraje de apă de mare adâncime executate la obiective importante, ceea ce îi conferă experiența necesară rezolvării oricăror situații neprevăzute apărute pe durata executării lucrărilor. Comisia de evaluare a declarat eronat ca fiind neconformă oferta sa.

În punctul său de vedere nr. 835/01.07.2014 asupra contestației SC ... SA, înregistrat la Consiliu cu nr. 21590/02.07.2014, autoritatea contractantă susține, în apărare, că la data deschiderii ofertelor, asocierea SC ... SA - SC ... SA - SC ... SRL a depus în original doar clauza de garantare nr. 20195577, intitulată "*Scrisoare de garanție*", precum și condițiile generale de garantare emise de Gothaer Asigurări-Reasigurări SA. Prin adresa nr. 3686/11.12.2013, comisia de evaluare a solicitat asocierii clarificări cu privire la existența în cadrul ofertei sale a garanției de participare sub forma de "*Poliță de asigurare*", iar asocierea a răspuns că "*polița de asigurare nu a fost prezentată, întrucât reprezintă un document intern al societății*", cu toate că acesta se eliberează în trei exemplare originale, pentru asigurat, asigurător și beneficiar. Cu ocazia răspunsului, asocierea a atașat în copie polița de asigurare nr. 20195577, emisă de ... Asigurări-Reasigurări SA.

De asemenea, "*modelul de scrisoare de garanție pentru participare*" prezentat de contestatoare nu respectă art. 86 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, astfel cum a solicitat autoritatea prin formularul de model atașat documentației din SEAP.

Ținând seama de:

- pct. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției: "*Garanția de participare se va prezenta separat, nefiind inclusă în coletul sigilat ce conține oferta și documentele de calificare. Dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor*";

- art. 86 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "*Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legi de o societate bancară, ori de o societate de asigurări, care se prezintă în original, în cuantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire*";

- art. 36 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: oferta este considerată inacceptabilă întrucât se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 33 alin. (3) lit. b) - "*nu sunt însoțite de garanția de participare în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire*",

oferta depusă de asocierea SC ... SA - SC ... SA - SC ... SRL este inacceptabilă.

Cu privire la afirmația că autoritatea a solicitat contestatoarei prelungirea valabilității garanției de participare și a ofertei, în baza art. 6 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, "*autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare*".

În concluzie, din perspectiva autorității, contestația este neîntemeiată, împrejurare în care solicită respingerea ei.

Neîntemeiată este și contestația SC ... SRL, față de care autoritatea contractantă arată, în punctul său de vedere nr. 839/02.07.2014, că toate documentele solicitate ulterior ofertantei au fost de natură de a furniza autorității o imagine mai clară și mai completă a ofertei cu privire la acceptabilitatea ei.

Oferta SC ... SRL este acceptabilă din punct de vedere al cerințelor din fișa de date, luând în considerare caracteristicile utilajului de forare, și anume gabarit 2 m x 7,05 m.

Data fiind complexitatea evaluării tuturor ofertelor tehnice, autoritatea a considerat necesară cooptarea unui expert extern, specializat în domeniul forajelor, care să elaboreze un raport tehnic de specialitate și care să evalueze din punct de vedere tehnic capacitatea fiecărui ofertant de ducere la buna îndeplinire a contractului de lucrări prin prisma utilajelor declarate în ofertă și a modului de execuție a lucrărilor. În acest sens, comisia de evaluare a transmis invitații către Facultatea de Geologie și Geofizică - Universitatea ... Facultatea de Hidrotehnică - Universitatea Tehnică de Construcții ... și Facultatea de Ingineria Petrolului și Gazelor - Universitatea Petrol-Gaze Ploiești, răspunzând pozitiv cea din urmă, prin punerea la dispoziție a prof. univ. dr. ing. Lazăr Avram, șeful Catedrei de Foraj-Extracție, Director al Departamentului de Forajul Sondelor, Extracția și Transportul Hidrocarburilor. În cadrul raportului de specialitate, expertul se folosește de anumiți parametri tehnici, care îl ajută în luarea unei decizii pertinente și corecte pe baze matematice, cum ar fi:

- viteza ascensională a fluidului de foraj în spațiul inelar, ce are rolul de a transporta spre suprafață particulele de detritus m/s;
- presiunea maximă la pompă (bar);
- sarcina maximă (admisibilă) la cârlig/forța de tracțiune la extragerea garniturii de foraj (tf),

valori pe care le folosește în formule tehnice de calcul pentru a determina adâncimea maximă la care pot ajunge instalațiile declarate, aspect care este în esență cerință a caietului de sarcini (adâncimea de minimum 170 m). Folosirea respectivilor parametri în determinarea conformității unei cerințe a caietului de sarcini nu este abuzivă și nici nu excede cerințele acestuia (caietului de sarcini), "uzul acestor parametri fiind absolut necesari pentru determinarea conformității ofertei".

Concluziile specialistului în domeniu, exprimate prin raportul de specialitate, au îndrumat comisia în luarea deciziilor de conformitate sau neconformitate a ofertelor aflate în evaluare.

Participarea la procedură și prezentarea ofertei cu cel mai mic preț nu reprezintă o bază legală pentru a începe activitățile necesare derulării contractului care face obiectul procedurii de atribuire, fără un angajament din partea autorității contractante.

SC ... SRL uită că lucrările trebuie să satisfacă nevoia autorității contractante, nu a operatorului, autoritatea fiind singura în măsură a își defini parametrii și caracteristicile pe care le-a luat în calcul pentru a ajunge la o concluzie justă și pentru a-și atinge obiectivul pe care și l-a propus fără riscuri și în cele mai bune condiții.

Cu adresa nr. 12520/...-.../02.07.2014, în temeiul art. 271 ind. 1 alin. (3) și al art. 275 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, în redactarea în vigoare la momentul depunerii contestației (... Consiliul a solicitat SC ... SRL să îi comunice, în termen de cel mult trei zile lucrătoare de la primirea adresei, în copie, dovada constituirii garanției de bună conduită conform art. 271 ind. 1 din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă.

Contestatoarea s-a conformat solicitării Consiliului, prezentându-i acestuia copia ordinului de plată nr. 179/07.07.2014, vizat de bancă, reprezentând garanția de bună conduită în cuantum de 18.548,39 lei, în contul IBAN indicat de autoritate la pct. III.1.1) din invitația de participare - RO53TREZ7005006XXX000227, deschis la ATCPMB, CUI 4267117. De asemenea, SC ... SRL a prezentat confirmarea depunerii originalului ordinului la autoritatea contractantă. Primind acest document, autoritatea a găsit de cuviință să solicite Consiliului, la 03.04.2014, în completarea punctului de vedere precedent, respingerea contestației pentru neconstituirea de către contestatoare a garanției de bună conduită conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2014.

Asupra acestui aspect, ce are natura unei excepții procesuale, Consiliul reține că, întrucât Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 a intrat în vigoare la data publicării ei în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv la 30 iunie 2014, contestațiile depuse începând cu această dată la Consiliu sunt supuse prevederilor ei, situație în care se găsește și contestația SC ... SRL nr.

Conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2014, art. 271 ind. 1:

(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

(4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel:

a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b);

b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției.

(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă. [...]

Autoritatea contractantă, deși nu se exprimă direct, este nemulțumită de faptul că societatea contestatoare nu a depus garanția odată cu contestația, la ... ci ulterior, la solicitarea Consiliului, context în care pretinde respingerea contestației "pe cale excepțională". Consiliul nu poate da curs solicitării autorității, din mai multe considerente:

- contestația fiind depusă la ... respectiv chiar la data publicării în Monitorul Oficial al României a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2014 prin care a fost instituită garanția de bună conduită, este dacă nu evident, atunci foarte probabil că societatea contestatoare nu a avut cunoștință de respectiva ordonanță;

- presupunând că SC ... SRL a avut cunoștință la ... de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014, constituirea garanției de bună conduită la aceeași dată era dacă nu imposibilă, atunci puțin probabilă, deoarece ordonanța nu a fost publicată la prima oră a zilei de ... ci în a doua parte a zilei, în afara programului de lucru al băncilor și al casieriei autorității contractante. Din adresa RA Monitorul Oficial nr. 5861/ 01.07.2014 rezultă că ordonanța a fost publicată și difuzată electronic la ... ora 21:44;

- Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția nu este constituită la momentul depunerii contestației, ci ulterior;

- Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin solicitarea constituirii garanției sau, dacă este cazul, suplimentarea ei;

- Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, astfel cum a fost amendată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014, interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația [art. 270 alin. (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 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația*];

- art. 200 alin. (2) C. proc. civ. interzice respingerea/anularea unei cereri de chemare în judecată fără a i se comunica reclamantului în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să realizeze completările sau modificările dispuse;

- art. 33 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru stabilește dreptul reclamantului de a i se acorda un termen pentru timbrarea corespunzătoare a cererii sale: "*Dacă cererea de chemare în judecată este netimbrată sau insuficient timbrată, reclamantului i se pune în vedere, în condițiile art. 200 alin. (2) teza I din Codul de procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței.*" Așadar, o cerere care nu este însoțită de dovada achitării taxei de timbru nu este respinsă *ipso facto*, ci i se pune în vedere autorului să își timbreze cererea într-un anumit termen. Doar dacă acesta nu se conformează măsurii dispuse de instanță i se va respinge cererea.

La art. 6 alin. (1) din Codul de procedură civilă se prevede că orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. În acest scop, *instanța este datoră să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății*. Solicitarea Consiliului de constituire și prezentare a garanției de bună conduită în termen de trei zile lucrătoare, întrucât nu este interzisă de ordonanță, se subînțelege că este permisă.

Art. 21 din Constituție dispune:

"(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime.

(2) *Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.*

(3) *Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil.*

(4) *Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite."*

Pentru a ieși din optica reduționistă a autorității contractante, nimic nu împiedică organul administrativ-jurisdicțional să recurgă la argumentul *a pari*, în baza căruia se admite că acolo unde există aceeași rațiune a legii se aplică aceeași dispoziție a ei (analogia legii). Argumentul *a pari* este întemeiat pe ideea egalității juridice, care exige ca în situații similare să se aplice aceleași dispoziții normative. O trimitere expresă la analogie întâlnim în art. 5 alin. (3) C. proc. civ. – în cazul în care o pricină nu poate fi soluționată nici în baza legii, nici a uzanțelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza *dispozițiilor legale privitoare la situații asemănătoare*, ea va trebui judecată în baza principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele acesteia și ținând seama de cerințele echității.

Din interpretarea extensivă, cu sprijinul analogiei, a normei de la art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndestulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege. Argumentul de analogie (*ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet*) prescrie că acolo unde există aceleași rațiuni trebuie aplicată aceeași lege, aceeași soluție (se procedează la completarea lacunelor prin găsirea unor texte care să se poată aplica și în cazuri neprevăzute de lege). Analogia în interpretarea unei norme juridice se bazează pe raționamentul potrivit căruia, dacă legiuitorul a edictat o normă pentru anumite situații de fapt, aplicarea acesteia poate fi extinsă și la alte situații care, cu toate că nu au fost prevăzute în ipoteza normei, sunt asemănătoare cu cele prevăzute, justificând astfel extinderea domeniului de aplicare. Relevante pentru cazul de față sunt, după cum s-a arătat, situațiile în care instanța are obligația de a acorda termen reclamantului pentru regularizarea cererii de chemare în judecată sau pentru plata taxelor legale de timbru.

Garanția de bună conduită reprezintă, prin natura sa, o specie de cauțiune, iar regulile care guvernează cauțiunea judiciară (cartea a VI-a, titlul XIV C. proc. civ.) îi permit instanței să acorde un termen pentru constituirea cauțiunii.

Considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005 pot fi transpuse, cu adaptările de rigoare, la speța de față:

Având în vedere întregul sistem normativ al Constituției, Curtea constată totodată că libertatea legiuitorului de a stabili condițiile de exercitare a căilor de atac și procedura de judecată nu este absolută, limitele libertății de reglementare fiind determinate și în aceste cazuri de obligativitatea respectării normelor și principiilor privind drepturile și libertățile fundamentale și a celorlalte principii consacrate prin Legea fundamentală și prin actele juridice internaționale la care România este parte.

Astfel, potrivit art. 21 alin. (1) din Constituție, orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime, iar, potrivit alin. (2) al aceluiași articol, nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

În reglementarea exercitării acestui drept legiuitorul are posibilitatea să impună anumite condiții de formă, ținând de natura și de exigențele administrării justiției, **fără însă ca aceste condiționări să aducă atingere substanței dreptului sau să îl lipsească de efectivitate.**

În sensul considerentelor expuse mai sus, Curtea Constituțională are în vedere și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului care a statuat că scopul Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale este "să apere nu drepturi teoretice sau iluzorii, ci concrete și efective" (Cazul Airey contra Irlandei, 1979, și Cazul Artico contra Italiei, 1980).

Într-o cauză similară celei deduse controlului de constituționalitate, Curtea de la Strasbourg a statuat prin Hotărârea din 9 noiembrie 2004, pronunțată în cazul Saez Maeso contra Spaniei, că a existat o violare a art. 6 paragraful 1 din convenție, atunci când normele referitoare la formele ce trebuie respectate pentru introducerea unui recurs și aplicarea lor îi împiedică pe justițiabili să se prevaleze de căile de atac disponibile. În considerentele hotărârii Curtea a precizat că, deși accesul la o instanță de judecată nu este un drept absolut, ci este susceptibil de limitări, în special în ceea ce privește condițiile de admisibilitate a unei căi de atac, totuși, **aceste limitări nu trebuie să restrângă accesul deschis unui justițiabil de o asemenea manieră sau până la un asemenea punct încât dreptul să fie atins în însăși substanța lui.**

În lumina acestor considerente Curtea Constituțională constată că dispozițiile art. 302 ind. 1 alin. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă, prin care se sancționează cu nulitate absolută omisiunea de se preciza în cuprinsul cererii de recurs "numele, domiciliul sau reședința părților ori, pentru persoanele juridice, denumirea și sediul lor, precum și, după caz, numărul de înmatriculare în registrul comerțului sau de înscriere în registrul persoanelor juridice, codul unic de înregistrare sau, după caz, codul fiscal și contul bancar", precum și - dacă recurentul locuiește în străinătate - "domiciliul ales în România, unde urmează să i se facă toate comunicările privind procesul", **apar ca un formalism inacceptabil de rigid, de natură să afecteze grav efectivitatea exercitării căii de atac și să restrângă nejustificat accesul liber la justiție.**

[...] instituirea sancțiunii nulității pentru neîndeplinirea acestor cerințe de formă în însuși cuprinsul cererii de recurs, fără nici o posibilitate de remediere a omisiunii, îl lipsește pe recurent, fără o justificare rezonabilă, de posibilitatea de a se examina, pe calea recursului, susținerile sale întemeiate privind modul eronat, eventual abuziv, prin care s-a soluționat, prin hotărârea atacată, litigiul în care este parte.

Având în vedere aceste efecte ale aplicării prevederilor art. 302 ind. 1 alin. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă, Curtea constată că, prin sancțiunea nulității pe care o instituie, textul de lege atacat încalcă atât dispozițiile art. 21, cât și pe cele ale art. 129 și ale art. 24 alin. (1) din Constituție.

Așadar, pentru a nu aduce atingere substanței dreptului persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, cu efecte de ordin constituțional, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și, coroborat cu analogia textelor evocate mai sus, să acorde contestatorului un termen pentru constituirea și prezentarea garanției de bună conduită de care este condiționată judecarea pe fond a cauzei.

În prezenta speță, întrucât SC ... SRL a răspuns solicitării Consiliului, aducând dovada constituirii garanției, garanție care este acoperitoare, contestația sa nu poate fi respinsă pe considerentul neconstituirii garanției, excepția ridicată de autoritatea contractantă fiind nefondată. În plus, ar fi și inechitabilă sancțiunea respingerii, câtă vreme autoritatea a intrat în posesia garanției de bună conduită, suma de 18.548,39 lei fiind virată în contul ei. Scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al SC ... SRL, astfel cum impune 271 ind. 1 alin. (1) din ordonanță, este atins în prezenta cauză.

În continuare, trecând la examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexe, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 28.11.2013, autoritatea contractantă Municipiul ... a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de lucrări de forare și amenajare a 12 puțuri de apă pentru situații de urgență și alimentare școli, lucrări estimate valoric la 1.854.838 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 28.11.2013, alături de invitația de participare.

La procedură au fost depuse șapte oferte, dintre care ofertele asocierii SC ... SA - SC ... SA - SC ... SRL și SC ... SRL au fost respinse de autoritate, rezultat împotriva căruia, pentru motivele evocate anterior, SC ... SA și SC ... SRL au investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestațiilor ce formează obiectul prezentelor cauze conexe.

Asupra aspectelor sesizate de prima dintre reclamante, Consiliul ia act că oferta asocierii acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, prin raportul procedurii de atribuire nr. DPA:1634/19.06.2014, respingere comunicată la 24.06.2014, comisia de evaluare constatând următoarele:

"[...] la solicitarea de clarificare DPA nr.3686/11.12.2013, ati răspuns cu adresa nr. 170/11.12.2013 înregistrată la Direcția Proceduri Achiziție cu nr.

4923/12.12.2013 si ati mentionat ca «polița de asigurare nu a fost prezentata intrucat reprezintă un document intern al societății».

Tinand cont de urmatoarele:

- punctul III.1.1. a) din Fisa de date a achiziției, cap.IV.4.3. «Modul de prezentare a ofertei» respectiv, «Garanția de participare se va prezenta separat, nefiind inclusa in coletul sigilat ce conține oferta si documentele de calificare. Dovada constituirii garanției de participare trebuie sa fie prezentata cel mai târziu la data si ora stabilite pentru deschiderea ofertelor»;

- art. 86 alin. (1) din HG nr. 925/2006, cu modificările si completările ulterioare «Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care **se prezintă în original**, în cuantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire»;

- art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006, cu modificările si completările ulterioare, oferta este considerata **inacceptabila** intrucat se incadreaza in categoria celor prevăzute la art. 33 alin. (3) lit. b) «nu sunt insotite de garanția de participare in cunțumul, **forma** si avand perioada de valabilitate solicitate in documentația de atribuire», oferta depusa de asocierea SC ... SA - SC Comporsa SA - SC Santedil SRL **este inacceptabila.**"

Așadar, concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, la șase luni de la primirea răspunsului asocierii nr. 170/11.12.2013, este că aceasta nu a prezentat garanția *în original*, respectiv că oferta sa nu este însoțită de garanția *în forma solicitată* în documentația de atribuire, împrejurare în care oferta a fost declarată inacceptabilă.

Sanționarea ofertantei cu respingerea ofertei sale din cauza expusă este rezultatul unui abuz de drept și al greșitei interpretări a dispozițiilor legale și a cerințelor fișei de date a achiziției, în contextul faptic al cauzei.

Niciuna dintre părți nu tăgăduiește că autoritatea a impus ofertanților, prin invitația de participare și fișa de date a achiziției, să constituie și să prezinte o garanție de participare la procedură. Din actele de la dosar reiese dincolo de orice îndoială că asocierea contestatoarei a constituit, la 06.12.2013, garanția de participare în favoarea autorității contractante Municipiul ... în cuantumul și forma impuse de autoritate. De asemenea, ambele părți litigante recunosc faptul că asocierea a depus la ședința de deschidere a ofertelor dovada constituirii garanției, respectiv scrisoarea de garanție nr. 20195577, emisă de Gothaer Asigurări-Reasigurări SA, pentru suma de 2.850 lei, însoțită de anexa privind condițiile generale de asigurare, ambele cu semnătura și ștampila asigurătorului în original.

Scrisoarea de garanție nr. 20195577 prevede expres că Gothaer Asigurări-Reasigurări SA se obligă față de Municipiul ... să îi onoreze **orice solicitare de plată**, în limita a 2.850 lei, la prima sa cerere scrisă și după constatarea culpei ofertantului în conformitate cu contractul garantat. În cerere, autoritatea contractantă va

preciza că suma cerută de ea și datorată ei este din cauza existenței uneia sau mai multora dintre situațiile de la literale a)-c) reproduse din modelul de garanție dat de autoritate [cazul garanției care se execută condiționat, conform art. 86 alin. (3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006].

Din cuprinsul scrisorii de garanție depusă de contestatoare reiese că ea este executabilă la prima cerere scrisă din partea autorității, indiferent de prezentarea de către aceasta din urmă a vreunei polițe de asigurare sau a oricărui alt document. Așadar, garanția probată de asocierea ofertantă prin scrisoarea de garanție nr. 20195577 este valabilă și executorie în favoarea beneficiarului Municipiul ... independent de deținerea și prezentarea către societatea asigurătoare a poliței de asigurare. Nici Legea nr. 32/2000 privind activitatea de asigurare și supravegherea asigurărilor, nici Codul civil în vigoare și nici Condițiile generale de asigurare pentru garanția de participare atașate scrisorii nr. 20195577 nu condiționează valabilitatea sau caracterul ei executoriu de prezentarea poliței de asigurare pe care o invocă autoritatea.

Autoritatea nu a reușit să furnizeze Consiliului niciun temei din care să reiasă că scrisoarea de garanție nr. 20195577, asumată prin semnătură și ștampilă de către societatea specializată Gothaer Asigurări-Reasigurări SA, nu ar fi valabilă sau nu ar putea fi executată de beneficiarul ei, respectiv de Municipiul ... în absența prezentării poliței de asigurare pe care o clamează. Mai mult, chiar și în situația care ipotetic s-ar admite ca fiind corectă premisa de la care pornește autoritatea, oferta asocierii nu putea fi declarată inacceptabilă decât după ce autoritatea i-ar fi pus în vedere ofertantei să depună, în completarea scrisorii și a condițiilor generale de asigurare, a originalului poliței, ceea ce nu s-a întâmplat în speță.

Într-adevăr, autoritatea i-a cerut asocierii, prin adresa nr. 3686/11.12.2013, să îi indice unde se regăsește în ofertă polița de asigurare, iar ofertanta a răspuns corespunzător întrebării, în sensul că polița nu se regăsește în ofertă și atașând o copie a ei, însă respectiva solicitare ocolește esențialul și trădează reaua-credință a comisiei de evaluare. Dacă asupra garanției asocierii plana o suspiciune, înscrisurile depuse puteau fi apreciate de autoritate ca început de dovadă, până la proba contrarie, în raport cu care autoritatea trebuia să manifeste un minim rol activ și să îi ceară asocierii să aducă originalul poliței de asigurare, operațiune care nu ar fi avantajat în niciun fel ofertanta în raport cu ceilalți ofertanți, întrucât documentul exista anterior ofertării.

Așadar, în privința eventualelor îndoieli ale autorității asupra veridicității garanției societății licitante sunt incidente normele art. 78 teza I din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în temeiul cărora

autoritatea avea obligația să procedeze la cererea expresă de înfățișare a poliței de către ofertantă. Așadar, dacă autoritatea aprecia că există un risc privind validitatea garanției în absența originalului poliței, ea nu trebuia să declare inacceptabilă oferta și să o respingă *ipso facto*, ci să ceară ofertantei să aducă respectivul original, aflat în posesia ei. Se cuvine a fi subliniat că autoritatea nu are o libertate nelimitată în a respinge o ofertă dacă forma sau conținutul unui document nu o satisface. Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, nimic nu împiedica autoritatea să îi ceară asocierii ofertante originalul poliței sau să întrebe direct societatea de asigurări emitentă dacă scrisoarea de garanție nr. 20195577 este valabilă și executorie în absența originalului poliței.

Astfel cum i-a solicitat în mai multe rânduri asocierii să își prelungească termenul de valabilitate a ofertei și a garanției, la care ofertanta a răspuns de fiecare dată pozitiv, la fel de bine autoritatea putea și avea obligația să îi solicite să aducă originalul poliței, dacă aprecia că garanția nu este validă în lipsa lui.

Cerându-i respectivul original, autoritatea nu ar fi avantajat în vreun fel ofertanta, întrucât toate înscrisurile de constituire a garanției și ale ofertei duceau la concluzia că originalul poliței exista la momentul ofertării. În hotărârea sa din 10 octombrie 2013, cauza C-336/12, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Østre Landsret (Danemarca), prin decizia din 4 iulie 2012, în procedura Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser împotriva Manova A/S, Curtea Europeană de Justiție a consemnat:

"37. În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41).

38. Această concluzie, care privește ofertele prezentate de ofertanți, poate fi transpusă în cazul dosarelor de candidatură depuse în cadrul etapei de preselecție a candidaților la o procedură restrânsă.

39. Astfel, autoritatea contractantă poate solicita ca datele care figurează într-un astfel de dosar să fie corectate sau completate punctual, în măsura în care o asemenea cerere privește elemente sau date, precum bilanțul publicat, a căror anterioritate în raport cu expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv."

Pe de altă parte, nici prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii și nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere transmise de organizatoarea procedurii, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 noul C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului/instanței, ea nu reușește să probeze că documentele de

garantare aduse de ofertantă nu ar fi unele valide, respectiv că nu ar putea fi executate în absența originalului poliței.

În decizia nr. 4146 din 18 septembrie 2012, Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a statuat că autoritatea trebuie să manifeste un rol activ și să solicite clarificările necesare, în sprijinul ideii că, în procedura achiziției publice, autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea și conformitatea ofertei.

Atenția autorităților contractante trebuie îndreptată nu pe respingerea cu orice preț a ofertei, eventual pentru a exclude din competiție ofertantul cu propunerea cea mai avantajoasă, ci pe clarificarea ei în sensul dorit și necesar evaluării corespunzătoare a ofertei. Și Tribunalul de Primă Instanță de la Luxembourg, în Hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, a statuat că, atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei arată că ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu, este contrar principiului bunei administrări ca oferta să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. Tot astfel, în Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, cauza T-211/02, Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, la pct. 37 se arată că, în timp ce comisiile de evaluare ale autorității nu sunt obligate să solicite clarificări în toate cazurile în care o ofertă este redactată ambiguu, ele au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazurile în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are, probabil, o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri.

Prin urmare, în contextul înfățișat, pledoaria autorității contractante nu poate constitui un argument temeinic pentru respingerea ofertei contestatoarei. Elocventă este și decizia civilă nr. 1314 din 22 martie 2012, în care Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a precizat că procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a scopului ordonanței și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art. 2), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor

aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproportionat în raport cu celelalte elemente ale procedurii.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus se constată precaritatea evaluării ofertei asocierii SC ... SA - SC ... SA - SC ... SRL, căreia nu îi poate fi imputată lipsa originalului unei polițe care nu afecta cu nimic forța juridică a scrisorii de garanței și caracterul ei executoriu (original pe care asocieria l-a și anexat contestației sale). Rezultă, așadar, că evaluarea s-a întemeiat pe un motiv nerelevant și s-a realizat cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei asocierii sale fiind fondată. În consecință, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația SC ... SA nr. ... în contradictoriu cu Municipiul ... va anula raportul procedurii nr. DPA:1634/ 19.06.2014 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii contestatoarei și ale celorlalți *operatori economici implicați*, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele autorității contractante de comunicare către *operatorii economici implicați* a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să le comunice acestora noul rezultat al procedurii de atribuire, conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Sintagma "*operator economic implicat*", de care trebuie să țină seama autoritatea contractantă, este cea definită la art. 206 alin. (1) ind. 1 din ordonanță. Așadar, nu vor fi reevaluate toate ofertele și nu li se va comunica rezultatul reevaluării tuturor ofertanților, ci doar aceluia rămași implicați în procedură.

În decizia sa nr. 250/2009, Curtea Constituțională a statuat că legiuitorul a prevăzut comunicarea unor date/informații ce privesc o procedură de atribuire a unui contract de achiziții numai participanților efectiv implicați, nu și aceluia care în fazele precedente ale procedurii au fost deja descalificați. O atare soluție legislativă ține cont de faptul că numai cei interesați și efectiv implicați în procedură au calitatea necesară de a lua cunoștință de măsurile întreprinse.

Relativ la contestația SC ... SRL, se observă că ea este îndreptată împotriva respingerii ca neconformă a ofertei contestatoarei de către autoritatea contractantă, în baza art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respingere întemeiată pe argumentul că lucrarea nu poate fi executată de SC

... SRL la parametrii ceruți în caietul de sarcini cu privire la adâncimea de forare.

Consiliul constată, cu titlu preliminar, că documentația de atribuire nu a fost contestată în termen legal de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire.

După cum s-a arătat anterior, ca temei de drept al respingerii ofertei autoritatea a invocat normele art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 ("oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini"). Din citirea acestui temei rezultă că motivarea faptică găsită de autoritate este insuficientă pentru a declara neconformă oferta petentei, întrucât nu se arată nicăieri care anume cerințe din caietul de sarcini nu au fost satisfăcute corespunzător. Din parcurgerea raportului procedurii, dar și a comunicării rezultatului nr. 1666.1/24.06.2014, în care este redat pe larg conținutul raportului de specialitate al expertului cooptat, se observă că autoritatea nu a indicat care anume cerințe concrete din caietul de sarcini, identificate exact (cerința x de la pagina y), nu au fost respectate de oferta petentei.

Nu se precizează unde anume a prevăzut autoritatea "parametrii cu privire la adâncimea de forare", context în care nu se poate identifica în mod precis care anume prevederi din caiet nu au fost respectate de ofertantă. Astfel fiind, raportul procedurii nu respectă prescripțiile art. 213 alin. (2) lit. f) din ordonanță, în baza căroră autoritatea era obligată să precizeze în cuprinsul lui motivele concrete care au stat la baza respingerii ofertei contestatoarei.

Insuficiența și nelegalitatea actualei motivări este vădită în contextul în care autoritatea nu localizează în caietul de sarcini specificațiile precise care se presupun că au fost încălcate (nu au fost satisfăcute). Norma legală impune ca autoritatea să identifice și să consemneze precis care sunt acele cerințe din caiet nesatisfăcute corespunzător (cerința x de la pagina y). Caietul de sarcini aferent procedurii include n cerințe, în cele 11 pagini ale sale, fiind obligatoriu a se arăta care sunt acele cerințe (parametrii) de la care s-a abătut ofertantul, localizate exact.

Sunt de remarcat următoarele prevederi:

I. Din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

- art. 3 lit. Ț): "*propunere tehnică - parte a ofertei elaborată pe baza cerințelor din caietul de sarcini sau, după caz, din documentația descriptivă*";

- art. 170: "*Ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire*";

- art. 207 alin. (2) lit. b): "*În cadrul comunicării prevăzute la art. 206 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, după cum urmează: [...] b) pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini*";

II. Din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

- art. 34 alin. (2) și (3): "*Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini*";

- art. 36 alin. (2) lit. a): "*Oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*";

- art. 72 alin. (2) lit. f): "*Atribuțiile comisiei de evaluare sunt următoarele: [...] f) verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă*",

prevederi din care reiese cu prisosință că evaluarea tehnică a fiecărei oferte se raportează numai la cerințele cuprinse în caietul de sarcini din documentația de atribuire, nu la altele. În consecință, coroborat și cu art. 213 alin. (2) lit. f) din ordonanță, era obligatoriu ca, pentru a fi legal, autoritatea să specifice în raportul procedurii, pentru fiecare motiv de neconformitate pe baza căruia și-a construit convingerea asupra ofertei, textul corespunzător din caietul de sarcini presupus a fi încălcat.

Este adevărat că, prin prisma legislației interne și europene, conformitatea elementelor propunerii tehnice cu cerințele din caietul de sarcini reprezintă etalonul în funcție de care sunt demarcate ofertele conforme de cele neconforme, însă acest etalon înseamnă nu numai exprimarea aprecierii de ordin general că "lucrarea nu poate fi executată la parametrii ceruți în caietul de sarcini cu privire la adâncimea de forare", ci și a parametrilor de referință din caietul de sarcini considerați a fi nesocotiți de ofertant. Altminteri, activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjuncturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să invoce orice fel de neconcordanță, chiar dacă ea nu își are vreun corespondent în caietul de sarcini.

Constatarea generică expusă de autoritate în raportul procedurii și în comunicarea rezultatului procedurii nu este suficientă pentru a determina nici veridicitatea ei, în absența oricărei indicații asupra parametrilor exacti impuși prin caietul de sarcini și considerați a fi încălcați de ofertant.

Desigur, în acord cu normele art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, este suficient pentru respingerea ofertei să existe cel puțin un motiv de neconformitate, dar este imperios ca respectivul motiv să fie corect stabilit să fie însoțit de cerința din caiet nesocotită, pentru a se determina că, într-adevăr, exista o asemenea cerință.

Mai trebuie amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții Europene de Justiție, obligația de motivare depinde de natura actului în cauză și de contextul în care acesta a fost adoptat. Motivarea trebuie să evidențieze în mod clar și neechivoc raționamentul instituției, astfel încât, pe de o parte, să permită persoanelor interesate să cunoască justificările măsurii adoptate pentru a putea să își apere drepturile și să verifice dacă decizia este sau nu temeinică și, pe de altă parte, să permită instanței să exercite controlul de legalitate (hotărârea Curții din 14 februarie 1990, Delacre și alții/Comisia, C-350/88, Rec., p. I-395, punctele 15 și 16, și hotărârea Tribunalului din 9 aprilie 2003, Forum des migrants/Comisia, T-217/01, Rec., p. II-1563, punctul 68).

Motivarea unui act cauzator de prejudicii trebuie să permită instanței să exercite controlul legalității și să ofere persoanei interesate informațiile necesare pentru a aprecia dacă actul este întemeiat. Prin urmare, o lipsă sau o insuficiență a motivării, care împiedică acest control judecătoresc, constituie motive de ordine publică ce pot, și chiar trebuie, să fie invocate din oficiu de instanță (Hotărârea Curții din 20 februarie 1997, Comisia/Daffix, C-166/95 P, Rec., p. I-983, punctele 23 și 24, și Hotărârea Tribunalului din 10 septembrie 2008, Evropaiki Dynamiki/Curtea de Justiție, T-272/06, punctele 27 și 28 și jurisprudența acolo citată).

În speța de față, Municipiul ... prin funcționarii săi care au elaborat raportul procedurii, dar și adresa de comunicare a rezultatului nr. 1666.1/24.06.2014, a omis să menționeze sau măcar să identifice acele cerințe concrete (parametri) din caietul de sarcini care au stat la fundamentarea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei contestatoarei. Așadar, în documentele citite nu se evidențiază [suficient de clar și de neechivoc] raționamentul comisiei de evaluare, ceea ce înseamnă că informațiile transmise nu permit, pe de o parte, reclamantei să ia cunoștință despre justificările deciziei luate pentru a putea să își apere drepturile și să verifice dacă decizia atacată este sau nu este întemeiată și, pe de

altă parte, Consiliului să își exercite controlul privind legalitatea deciziei menționate, prin prisma elementelor caietului de sarcini.

După cum s-a arătat mai sus, nu se consemnează care sunt acei parametri sau acele specificații din caietul de sarcini, localizate exact, asupra cărora planează suspiciunea de nerespectare de către ofertant avuți/avute în vedere de cei trei membri ai comisiei de evaluare la luarea deciziei de respingere a ofertei petentei (numiții Dragne Antonio Adrian, Pencea Theo Cori și Menciu Mariana).

În prezenta speță, respingerea se bazează pe presupuneri, simple supoziții ale expertului cooptat Avram Lazăr, însușite fără rezerve de comisia de evaluare, infirmate chiar de documentele tehnice aduse de ofertant.

Singurul text referitor la adâncimea de forare și la caracteristicile instalației de forare este la cap. IV.1.2 - *Date tehnice* din caietul de sarcini, unde se arată că "utilajul de forat trebuie să aiba capacitate de forare pentru o adancime de minim 170 m". La cap. IV. 1.5 - *Realizarea găurii forate si determinarea stratelor acvifere* se menționează că, "*în cazul in care pana la adancimea de 170 m nu se interceptează stratele acvifere propuse a fi captate, proiectantul si beneficiarul vor stabili condițiile de continuare a forajului*".

Prin anexa tehnică explicativă la adresa de clarificare nr. 10/07.02.2014, SC ... SRL și-a asumat că echipamentul său este capabil să realizeze foraje la adâncimea de minimum 170 m, cu diametrul de 312 mm (420 mm primii 3 m). De asemenea, prin adresa de clarificare nr. 03/17.01.2014, SC ... SRL confirmă autorității că adâncimea maximă la care poate săpa utilajul pe care îl va utiliza este de 285 m, cu mult peste cei 170 m specificați în caietul de sarcini. În plus, prezintă o adresă din partea proprietarului utilajului din care reiese aceeași adâncime maximă de forare de 285 m.

Din actele ce dovedesc experiența sa similară, anexate adresei nr. 1.../19.12.2013, rezultă că SC ... SRL a executat numeroase puțuri de mare adâncime pentru diverși beneficiari, unele foraje atingând chiar și 250 m. Procesele-verbale de tubare sunt confirmate prin semnătură și de beneficiarii lucrărilor.

Riscul ca situația din teren să necesite forare peste 170 m a fost asumat de ofertant prin propunerea tehnică (unde se recunoaște că pentru zona de nord se va ajunge la o adâncime de 225 m) ce face parte din oferta depusă, iar autoritatea contractantă nu este îndreptățită să respingă oferta în discuție, care este conformă caietului de sarcini. În același sens, la art. 1.851 alin. (1) C. civ. se prevede că, prin contractul de antrepriză, antreprenorul se obligă ca, *pe riscul său*, să execute o anumită lucrare, materială ori intelectuală, sau să presteze un anumit serviciu pentru beneficiar, în

schimbul unui preț. Conform art. 1.528 C. civ., în cazul neexecutării unei obligații de a face, creditorul poate, *pe cheltuiala debitorului*, să execute el însuși ori să facă să fie executată obligația, ceea ce înseamnă că Municipiul ... va putea angaja un alt contractor care să foreze la adâncimi peste 200 m, pe cheltuiala SC ... SRL, dacă utilajul acestuia nu este capabil să atingă adâncimea declarată, de minimum 170 și maximum 285 m.

Argumentele autorității ce stau la baza respingerii ofertei nu pot fi confirmate de Consiliu, ele având la origine simple speculații ale expertului cooptat, contrazise de oferta fermă semnată de antreprenor. Art. 1.270 alin. (1) C. civ. prescrie puterea de lege a contractului între părțile contractante, ceea ce face ca SC ... SRL să fie ținută de executarea obligațiilor pe care și le asumă față de Municipiul ... separat de garanția de bună execuție.

În plus, după cum s-a statuat anterior, din simpla afirmație declarativă a comisiei de evaluare nu rezultă dacă, într-adevăr, în caietul de sarcini au fost cuprinse cerințe minime vizând viteza ascensională în spațiu inelar, presiunea maximă la pompe, sarcina maximă la cârlig sau forța de tracțiune la extragerea garniturii de foraj, indicatori tehnici la care face referire expertul cooptat în luarea deciziei că oferta trebuie respinsă. Pe de altă parte, este de observat că raportul expertului este unul de ordin teoretic, în care problema analizată nu este cea a conformității ofertelor cu specificațiile concrete din caietul de sarcini, ci se emit păreri ipotetice despre performanțele utilajelor propuse de ofertanți. Evident, decizia autorității asupra conformității sau nu a ofertelor prin prisma specificațiilor concrete ale caietului de sarcini nu se poate bizui pe respectivele păreri ale profesorului Lazăr Avram, cu profund caracter teoretic și detașate de cerințele concrete ale caietului de sarcini, singurele pe care s-ar putea fundamenta respectiva decizie. După cum judicios a remarcat și autoarea contestației, în caietul luat drept reper, nu se utilizează indicatorii la care a recurs profesorul Lazăr Avram. Mai mult, în tabelul anexat raportului, acesta trage concluzia că oferta trebuie respinsă, deoarece presiunea pe care o calculează este insuficientă pentru eventualele condiții dificile de lucru, respectiv forța de tracțiune este insuficientă în cazul unor dificultăți sau accidente tehnice de foraj, însă caietul de sarcini nu amintește nimic de eventuale condiții dificile sau de dificultăți/accidente tehnice de foraj (aceste elemente avute în vedere de expertul tehnic desemnat sunt extranee caietului de sarcini și, prin urmare, nu pot sta la baza respingerii ofertei).

Constatările expuse de autoritate în raportul și în comunicarea amintite nu sunt suficiente, prin ele însele, pentru a își determina veridicitatea, lipsind, cum s-a arătat, orice explicație vizând cerințele (parametrii) pretinse a exista în caietul de sarcini.

Informațiile reținute de autoritate nu permit Consiliului să își exercite controlul privind legalitatea deciziei menționate, prin prisma elementelor concrete din caietul de sarcini, raportate la oferta contestatoarei.

Separat de toate acestea, Consiliul observă că autoritatea contractantă, prin comisia evaluatorie desemnată, nu a examinat cu atenție sporită documentele clarificatoare furnizate de SC ... SRL cu privire la adâncimea la care poate foră utilajul propus. Dimpotrivă, documentele cauzei dovedesc că autoritatea a tratat superficial sau deloc verificarea explicațiilor amănunțite date de contestatoare. În raportul lor, pag. 48-53, cei trei membri din comisia de evaluare se mărginesc să reproducă *ad litteram* constatările expertului extern cooptat, fără niciun fel de analiză a lor prin prisma celor menționate de ofertant în adresele nr. 03/ 17.01.2014 și 10/07.02.2014, în care SC ... SRL declară sub semnătură că echipamentul său este capabil să realizeze foraje la adâncimea de minimum 170 m, cu diametrul de 312 mm (420 mm primii 3 m), ajungând până la 285 m. Totodată, nu au fost avute în vedere nici actele care dovedesc faptul că societatea a executat forări chiar și la 250 m, cu mult peste minimul impus de autoritate.

Din lecturarea raportului se deduce ori neglijența comisiei de evaluare în tranșarea acestei probleme esențiale de evaluare a ofertelor ori intenția comisiei de a nu-și asuma nicio răspundere cu privire la evaluarea ofertei SC ... SRL sub aspect tehnic. Conform dispozițiilor art. 72 alin. (2) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, intră în sarcina membrilor comisiei de evaluare verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime **din caietul de sarcini**. Art. ... alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 prevede că raportul de specialitate pe care îl întocmește expertul este destinat să faciliteze comisiei de evaluare adoptarea deciziilor în cadrul procesului de analiză a ofertelor, iar nicidecum să înlocuiască această analiză ce intră în atribuțiile fiecăruia dintre membri comisiei.

Potrivit art. 2 alin. (2) lit. g) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică este cel al asumării răspunderii, însă prin documentele întocmite autoritatea a demonstrat că nu dorește să își asume vreo răspundere în legătură cu stabilirea conformității ofertei în discuție, bazându-se în mod exclusiv pe opinia exprimată de expertul extern, care poate fi eronată sau părtinitoare.

Din cele ce preced se constată că autoritatea contractantă, prin cei trei membri ai comisiei, nu s-a pronunțat pe clarificările furnizate de contestatoare în susținerea conformității ofertei sale,

motiv pentru care se impune reevaluarea ofertelor, cu analiza temeinică a acestor clarificări. Explicațiile nu au fost cerute ofertantei ca simplu *raison d'être*, ci pentru a clarifica și convinge autoritatea în luarea unei decizii asupra realității conformității cu documentația de atribuire.

Cei trei membri ai comisiei de evaluare, amintiți mai sus, aveau obligația de a întocmi și semna raportul procedurii potrivit convingerii proprii, iar nu potrivit convingerii altei persoane, cum este expertul extern. În speță, ceea ce au concluzionat și semnat membrii comisiei de evaluare nu reflectă voința lor, ci pe cea a expertului menționat mai sus. Procedând în acest mod, respectivii membri ai comisiei de evaluare și-au încălcat atribuțiile legale și au întocmit un raport al procedurii nelegal, care nu reflectă voința lor internă, ci voința terțului expert cooptat. Potrivit art. 72 alin. (2) lit. l) și art. 83 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, după finalizarea evaluării ofertelor, comisia de evaluare are obligația de a elabora și semna raportul procedurii de atribuire, raport care se subînțelege că trebuie să reflecte constatările și voința fiecăruia dintre membrii care îl semnează. În altă ordine de idei, acest important act al procedurii de atribuire nu poate fi asumat și semnat de membrii comisiei prin copierea cuvânt cu cuvânt a opiniei unei terțe persoane, ceea ce prezumă că membrii comisiei nici măcar nu au examinat actele clarificatoare transmise de ofertant. Evident, în realitate, evaluarea nu a fost una independentă, a fiecăruia dintre cei trei membri ai comisiei, bazată pe analiza de către fiecare membru a informațiilor din propunerile tehnice.

Atâta vreme cât răspunderea evaluării ofertelor revine comisiei numită în acest scop, ea trebuie să întocmească raportul de evaluare potrivit convingerii sale intime, nu eventualii experți cooptați. Nu acești experți răspund de deciziile pe care le adoptă comisia, ci ea însăși.

Ignorarea completă de către membrii comisiei de evaluare a explicațiilor de clarificare aduse de ofertant și preluarea *in integrum* a recomandărilor expertului extern cuprinse în raportul de specialitate D.G.O. nr. 705/03.06.2014, **ce nu au fost examinate prin prisma cerințelor concrete din caietul de sarcini**, nu fac decât să determine convingerea Consiliului că scopul urmărit de autoritate la procedură nu a fost cel de a clarifica oferta contestatoarei, ci de a îi respinge oferta, cu un **preț mult mai avantajos decât cel al ofertei declarate câștigătoare**.

Date fiind cele ce preced, Consiliul determină că respingerea ofertei în baza art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, fără a se identifica exact cerințele caietului de sarcini pe care autoritatea le consideră încălcate de ofertant și fără a se ține seama de clarificările tehnice furnizate de ofertant privind

adâncimea de forare asumată, este în afara exigențelor de legalitate și temeinicie.

În consecință, la fel ca și în cazul evaluării ofertei asocierii SC ... SA, Consiliul apreciază că se impune reanalizarea ofertei SC ... SRL. În baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite și contestația SC ... SRL aflată pe rol, în contradictoriu cu Municipiul ... va anula raportul procedurii nr. DPA:1634/19.06.2014 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei și a celorlalți *operatori economici implicați*, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației licitației și a legislației privind achizițiile publice.

Redactată în cinci exemplare, conține douăzeci și patru de pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...