



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, 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 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. 403/09.02.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1776/10.02.2015, depusă de către SC ... SRL, reprezentată convențional prin CA ... cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva adresei nr. .../02.02.2015 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, emisă de către COMUNA ... - ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ...județul ..., în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare și reabilitare drumuri comunale DC 143 și DC 257 și străzi în comuna ..., județul ...”, s-a solicitat:

- ...) lit. b) și art. 36 alin. (1) lit. f) coroborat cu art. 36¹ din HG nr. 925/2006,
- anularea raportului procedurii ca o consecință a anulării deciziei autorității contractante privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la stabilirea ofertantului câștigător în strictă concordanță cu prevederile legale și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 123/12.02.2015, înregistrată la Consiliu sub nr.2085/16.02.2015, ce reprezintă „cerere de intervenție accesorie”, SC ... cu sediul în ..., județul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ...și Cod Unic de Înregistrare ..., în calitate de câștigătoare a procedurii de cerere de oferte organizată de COMUNA ... - ... în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare și reabilitare drumuri comunale DC 143 și DC 257 și străzi în comuna ..., județul ...”, critică faptul că prin contestația depusă, SC ... SRL tergiversează atribuirea contractului.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) 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, cu modificările și completările ulterioare, admite în parte contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ... - ... și dispune reevaluarea ofertelor după solicitarea de clarificări privind semnatarul angajamentelor de susținere și calitatea lui în cadrul societății - terț susținător.

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, respinge restul criticilor formulate de contestatoare.

În temeiul art. 297 din OUG nr. 34/2006, art. 61 alin. (1) și 63 din Codul de Procedură Civilă, admite în principiu cererea de intervenție accesorie formulată de SC ..., pe care, în temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, în baza art. 65 alin. (1) C. proc. civ. o admite în partea privitoare la respingerea unor critici referitoare la caracterul inacceptabil al ofertei sale, astfel cum rezultă din motivare. În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență menționată, respinge ca nefondată cererea respectivă în partea referitoare la reevaluarea ofertei sale.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de maxim 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 403/09.02.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1776/10.02.2015, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de cerere de oferte indicată mai sus, organizată de COMUNA ... - ..., critică rezultatul procedurii de atribuire, întrucât autoritatea contractantă a declarat oferta sa ca fiind necâștigătoare, având un preț mai mare decât oferta SC SRL ce a fost declarată câștigătoare, având un preț de 5.988.835,82 lei din care 497.513,78 lei reprezintă cheltuieli diverse și neprevăzute.

Contestatoarea menționează că în cazul ofertantului SC SRL s-au specificat în cuprinsul procesului verbal nr. 3454/20.11.2014 cerințele de calificare pentru care ofertantul a uzat de dreptul conferit de prevederile art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 precum și cerințele pe care le îndeplinește cu ajutorul terțului susținător și anume:

*„S-a depus declarație pe proprie răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire,

conform prevederilor art. 11 alin. (4) și respectiv (5) din HG nr. 925/2006. Declarația este însoțită de o anexă în care ofertantul menționează succint modul concret de îndeplinire a respectivelor.

****Angajament de susținere privind cifra de afaceri și respectiv Experiența similară din partea SC SRL însoțit de declarație pentru următoarele documente: Bilanț 2011, 2012, 2013; Declarație IMM, Declarație privind eligibilitatea (...), Declarație privind lista principalelor lucrări (relevante) executate în ultimii 2 ani. Certificări de bună execuție/alte documente pentru cele mai importante lucrări executate în ultimii 5 ani”.**

În considerarea acestor elemente, în Raportul procedurii de atribuire, comisia de evaluare a redat demersul de clarificare, în temeiul dispozițiilor art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006, în Ședința de evaluare nr. 1, fiind emisă adresa nr. 3881/17.12.2014 la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 1412/22.12.2014, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 3945/22.12.2014.

În ședința de evaluare nr. 3 a avut loc analiza documentelor prezentate de ofertanți, la paginile 26-32 din Raportul procedurii fiind expuse concluziile comisiei referitoare la rezultatul verificării îndeplinirii cerințelor de calificare și selecție de către ofertantul SC SRL:

Scrisoare de înaintare	Da, cerința îndeplinită, conform solicitărilor din FDA (înregistrat la reg. Gen. a Primăriei com. ... sub nr. 3447/20.11.2014
Cifra medie de afaceri globale pe ultimii 3 ani minim 10.000.000 lei	Da, cerința îndeplinită, s-a depus și de către ofertant fișa cu informații generale și Angajament privind susținerea financiară de către terțul susținător, autoritatea nu face mențiuni privind documentul recunoscut în justificarea îndeplinirii cerinței.
Cerința vizând experiența similară	Angajament privind susținerea tehnică și profesională - Contractul nr. 401/23.02.2011 împreună cu Actele adiționale
Declarație referitoare la personalul de specialitate	Personalul propus de ofertant nu are calitate de angajat al acestuia, s-a depus Angajamente de participare, nu sunt indicate documentele care atestă calificarea corespunzătoare poziției ocupate.

Un alt element de nelegalitate pe care îl invocă contestatoarea vizează verificarea propunerii financiare a ofertei SC SRL, având în vedere că autoritatea contractantă a transmis către toți ofertanții, adrese de clarificări având același conținut.

Contestatoarea apreciază că în temeiul art. 78 din HG nr. 925/2006,

membrii comisiei de evaluare aveau obligația să particularizeze clarificarea corespunzător documentelor aferente fiecărei oferte în parte, astfel încât aceasta să-i ofere lămuriri clare și reale în demonstrarea caracterului sustenabil al prețului ofertat și nu să inițieze un demers formal lipsit de finalitate.

Astfel, din analiza mențiunilor inserate în raportul procedurii de atribuire nu rezultă decât numărul adresei de răspuns, fără nicio referire la justificările oferite.

Prin adresa nr. 123/12.02.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 2085/16.02.2015, SC ... formulează cerere de intervenție accesorie, menționând că din contestația formulată nu reiese în mod clar dar nici parțial vreo neconformitate în legătură cu oferta depusă de către SC

Intervenienta susține că ceea ce solicită contestatoarea în fapt este accesul la dosarul achiziției și implicit la oferta sa, cu scopul de a inventa motive pentru ca, contestația sa să capete formă. Ori în situația în care în contestația inițială nu este formulată nicio critică la adresa ofertei câștigătoare, în urma studierii dosarului cauzei nu se pot aduce completări cu noi motive. Singurul caz în care legiuitorul a înțeles să permită completarea contestației este cel menționat la art. 270 alin. (2) din OUG nr. 34/2006. Prin „Note scrise” se pot cel mult rezuma argumentele deja prezentate în contestația inițială și nicidecum invoca motive noi.

Astfel, dacă s-ar admite completarea contestației după studierea dosarului achiziției publice s-ar încălca regula soluționării cu celeritate a contestației și termenul expres de soluționare menționate la art. 276 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Intervenienta consideră că SC ... SRL nu are niciun motiv întemeiat de a depune prezenta contestație.

De asemenea, intervenienta susține că a menționat în cadrul ofertei sale, că aceasta este confidențială. Confidențialitatea ofertei rezultă din următoarele:

- în propunerea financiară sunt prețurile cu care SC ... participă la multe licitații în zonă. Cunoașterea de către concurență a tuturor prețurilor conduce la dezavuarea secretului comercial. Mai mult, oferta financiară conține elemente de forma procentului de cheltuieli indirecte și profit. Ori cunoașterea de către ofertanți a acestor procente conduce la cunoașterea politicii firmei și implicit induce vulnerabilitatea firmei în procedurile următoare.

- în cadrul propunerii tehnice se regăsesc procedurile tehnice de execuție folosite. Tot aici este prezentată și partea de justificare a garanției de bună execuție, informații cu privire la sursele materiale și multe altele.

Intervenienta consideră că dezavuarea tuturor acestor informații fără motive întemeiate este de natură a o face vulnerabilă în viitoare proceduri.

Cu privire la faptul că în raportul procedurii nu sunt stipulate în mod clar și precis detalii din oferta sa și modalitatea de analiză, intervenienta apreciază că aceasta nu este din culpa sa. Eventual se poate solicita autorității contractante corectarea și completarea raportului procedurii cu mai multe detalii, în niciun caz nu este necesar ca ofertantul SC ... SRL să aibă acces la dosarul achiziției fără niciun motiv întemeiat.

Mai mult, intervenienta învederează că în același raport de evaluare este evaluată și oferta SC ... SRL, documentele depuse fiind în același mod prezentate. Astfel, evaluarea este făcută în același fel și menționată în raportul de procedură cu același grad de detaliere, ca și în cazul ofertei câștigătoare.

Intervenienta susține că oferta câștigătoare a fost clasată pe primul loc încă de la procesul verbal de deschidere. Oferta a fost analizată de către comisia de evaluare care este singura în măsură să decidă și să analizeze toate documentele prezentate sub toate aspectele. Oferta contestatoarei s-a clasat pe locul doi și legal oferta sa a fost declarată necâștigătoare.

De asemenea, intervenienta consideră că autoarea contestației doar tergiversează prezenta procedură prin depunerea contestației. Contestația este în măsură a cauza pierderi majore pentru autoritatea contractantă. Astfel, autoritatea contractantă are alocate fonduri pentru anul 2015 pentru prezenta lucrare, care dacă nu vor fi folosite se vor pierde. Prin contestația depusă de către SC ... SRL se amână semnarea contractului cu ofertantul câștigător și implicit se amână începerea lucrărilor.

Prin adresa nr. 1535/...../02.03.2015, Consiliul a solicitat SC ... să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de aceasta ca fiind confidențiale.

Prin adresa nr. 202/03.03.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 2982/03.03.2015, SC ... menționează că temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate în declarația de confidențialitate intitulată "Declarație privind părțile confidențiale din ofertă" din data de 20.11.2014 este OUG nr.34/2006, respectiv art. 24, art. 170 și art. 215 fiind informații sub egida secretului comercial.

În conformitate cu Legea nr. 11/1991 cu modificările și completările aduse de Legea nr. 298/2001, art. 1¹ alin. b) constituie secret comercial informația care, în totalitate sau în conexarea exactă a elementelor acesteia, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, iar deținătorul a luat măsuri rezonabile, ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret; protecția secretului comercial operează atâta timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite;

În cadrul documentelor de calificare constituie secret comercial:

- bilanțurile societății prin prisma protejării capitalului, informațiilor referitoare la active, pasive, capital, rulaje, datorii etc.

Intervenienta consideră că este secret comercial modul în care societatea își gestionează contabilitatea, bunurile economice reale de care dispune și creanțele, datoriile și capitalurile proprii. Cunoașterea acestor informații de către concurenții direcți face ca ofertele SC ... să fie predictibile. Mai mult, sunt depuse și bilanțurile terțului susținător al experienței similare SC ... SRL, astfel că divulgarea către SC ... SRL a bilanțurilor prejudiciază și terțul susținător.

- contractele de experiența similară. Constituie secret comercial

contractele SC ... încheiate cu alți beneficiari.

- personalul folosit în lucrare: constituie secret comercial contractele individuale de muncă cu personalul sau contractele de colaborare și angajamentele de care beneficiază în lucrare. Nu constituie informații publice legăturile de muncă dintre SC ... și personal sub egida codului muncii art. 26, art. 39. Diplomele și calificările personalului sunt confidențiale. Cunoașterea datelor confidențiale ale personalului prezentat la lucrare (care reies din CV, diplome) poate duce la situații de forma intimidării personalului sau amenințării acestuia, situații absolut nelegale însă întâlnite în sfera achizițiilor publice.

- echipamentele SC ... sunt protejate de secretul comercial. Marca/modelul/vechimea utilajelor arată capacitățile de execuție, numărul de utilaje arată timpii de execuție pe care îi poate oferta. Mai mult în ofertă sunt numeroase contracte de închiriere/locățiune pentru multe echipamente, ori aceste contracte sunt și ele protejate de secretul comercial: valori de închiriere care sunt rezultate în urma unor negocieri, perioadele de închiriere și alte clauze care nu sunt și nu trebuie să fie la dispoziția contracandidaților cum sunt SC ... SRL.

- ISO 9001 și ISO 14001 sunt confidențiale sub aspectul că acestea conțin certificări pentru mai multe domenii decât strict cel care face obiectul achiziției, conține valabilități.

În cadrul propunerii tehnice constituie secret comercial:

- propunerea tehnică este confidențială în integralitatea acesteia sub aspectul: plan calitate, plan SSM, plan protecție a mediului, proceduri de execuție, sursele materialelor, organigrama, responsabilități și atribuții personal, modalitate de asigurare a garanției de bună execuție, etc.

- divulgarea informațiilor din cadrul propunerii tehnice dezavuează modalitatea în care SC ... întocmește propunerile tehnice, modalitățile de execuție, procedeele de execuție, etc. Propunerea tehnică este un element complex al ofertei, mai ales în cadrul unor astfel de proceduri, sunt 200 pagini de informații care ar dezvălui modalitatea de lucru și organizarea, informații sunt ferm confidențiale.

În cadrul propunerii financiare constituie secret comercial prețurile unitare și implicit prețurile pe articole oferite. Prețurile oferite sunt rezultatul următoarelor procese: pentru materiale proprii (majoritatea) rezultatul unei eficientizări permanente a procedurilor de lucru, a utilajelor folosite sporite, a neaplicării de profit asupra materialelor proprii. Pentru materialele de la furnizori prețurile sunt obținute ca urmare a unor negocieri intense și rezultate în mai mulți ani de colaborare.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică intră în competiție concurenți de pe aceeași piață cu interese contrarii. Într-un astfel de context, informațiile confidențiale au o valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

Intervenienta mai arată că SC ... SRL are depuse în anul 2014, zeci de contestații (24) iar în anul 2015 are deja 2 (două) acțiuni împotriva sa: la ... (prezenta) și la Cristioru de Jos (autorități contractante la 18 km distanță una de alta, și la cca. 40 km față de sediul SC ... din Varaseni, dar

la 100 km de ...). La ambele proceduri oferta SC ... s-a clasat pe locul 1, iar ... pe locul 2. Prin prisma faptului că SC ... este mai aproape de locul de execuție, este normal poate ca oferta sa să fie mai avantajoasă. SC ... SRL însă nu acceptă acest lucru, și dorește să facă o evaluare paralelă a ofertei, deoarece motive clare și evidente nu există, după cum reiese din însăși contestația acestora.

Mai mult, și mai grav este însă faptul că informațiile obținute le va folosi exclusiv pentru ca la proceduri viitoare să aibă o ofertă mai avantajoasă. Ori acest lucru trebuie să fie rezultatul propriilor lor eforturi de eficientizare și negociere și nu de cunoaștere a prețurilor și procedurilor contracandidaților și mai apoi crearea de oferte de preț inferioare - false - de la firme "prietene" sau oferte false.

În final intervenienta învederează că este producătoarea majorității materialelor folosite la execuția unei lucrări de drumuri (piatră, balast, nisip, sorturi, asfalt, beton, produse din lemn) pe când SC ... este doar executant de drumuri fără a produce vreun material necesar lucrării.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației precum și punctul său de vedere nr. 529/20.02.2015, înregistrat la Consiliu cu nr. 2592 din 24.02.2015, în care solicită respingerea contestației și totodată continuarea procedurii de atribuire în sensul finalizării acesteia în condițiile legii.

Autoritatea contractantă menționează că în urma aplicării criteriului de atribuire a contractului asupra ofertelor admisibile, a fost declarată câștigătoare oferta depusă de către ofertantul SC ... cu o propunere financiară de 5.988.835,82 lei din care 497.513,78 lei reprezintă diverse și neprevăzute.

Oferta contestatoarei a fost declarată necâștigătoare pentru considerentul că a prezentat o ofertă de preț (6.557.643,34 lei din care 544.766,63 lei reprezintă diverse și neprevăzute) mai mare decât cea declarată câștigătoare.

Autoritatea contractantă învederează că societatea contestatoare critică în mod nefondat rezultatul procedurii, susținerile sale nefiind justificate în realitate de niciun element real, de fapt sau de drept.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind depusă de o persoană care nu are interes în această cauză.

Oferta de preț prezentată de către SC ... SRL a fost declarată de către comisia de evaluare ca fiind o ofertă admisibilă (respectiva ofertă îndeplinește condițiile de eligibilitate, este conformă din punct de vedere economic și este de asemenea conformă din punct de vedere tehnic).

Faptul că în urma aplicării criteriului de atribuire (prețul cel mai scăzut) oferta contestatoarei s-a clasat pe locul al doilea (prezentând un preț mai mare decât cel al ofertei declarate câștigătoare) nu este un motiv de contestare a rezultatului procedurii, comisia de evaluare și/sau autoritatea contractantă neaducând atingere vreunui drept al contestatoarei, ori prin acțiunile/inacțiunile lor, să-i fi cauzat vreun prejudiciu.

Pe fond, autoritatea contractantă susține că autoarea contestației

afirmă, în mod nejustificat și citând fragmentar și voit tendențios din documentele care i-au fost puse la dispoziție, că nu s-ar fi analizat și apreciat în mod corect, de către comisia de evaluare, documentele prezentate de către ofertantul declarat câștigător SC ... (în oferta depusă inițial și în răspunsurile date la solicitările de clarificări transmise), în principal în ceea ce privește documentele de eligibilitate, cifra medie de afaceri, experiența similară și personalul de specialitate.

Astfel, autoritatea contractantă învederează că atât comisia de evaluare cât și experții externi cooptați au analizat și interpretat în mod profesionist și cu respectarea prevederilor legale, documentele depuse de către toții ofertanții participanți la această procedură.

În ceea ce privește documentele care dovedesc îndeplinirea de către ofertantul declarat câștigător SC ... a condițiilor de calificare privind cifra medie de afaceri, experiența similară și personalul de specialitate, acestea sunt menționate, în mod clar, în cuprinsul raportului procedurii, document care a fost ridicat în copie de către reprezentantul contestatoarei, astfel încât aceasta a avut cunoștință despre documentele în discuție.

Autoritatea contractantă susține că SC ... SRL nu este în măsură să analizeze și să interpreteze documentele depuse de către un alt participant la procedură, această atribuție fiind exclusiv stabilită prin lege în sarcina comisiei de evaluare și a experților externi cooptați, atunci când este cazul.

De asemenea, se arată că autoarea contestației, tot tendențios afirmă că nu s-ar fi analizat de către comisia de evaluare și consemnat în raportul procedurii de atribuire răspunsul dat de către ofertantul declarat câștigător la solicitarea de clarificări adresată acestuia pentru a justifica prețul ofertei sale.

În contextul celor antemenționate, autoritatea contractantă afirmă că membrii comisiei de evaluare au analizat și interpretat în mod profesional și cu respectarea prevederilor legale, documentele depuse de către ofertantul declarat câștigător în răspunsul său la scrisoarea de clarificări respective, în urma acestei analize oferta SC ... fiind declarată conformă din punct de vedere economic.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu i-a permis accesul la dosarul achiziției publice, aceste afirmații sunt mincinoase, așa cum rezultă din documentele anexate (solicitare studiu dosar achiziție, răspunsul autorității contractante la această solicitare, procesul verbal de studiere a dosarului achiziției și confirmarea de primire a documentelor solicitate de către reprezentantul contestatoarei).

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 3402/11.03.2015, urmare a studierii dosarului achiziției, SC ... SRL formulează concluzii scrise, în care, referitor la justificarea caracterului confidențial al ofertei SC ..., menționează că pentru a se limita accesul la anumite informații pe care operatorul înțelege să le declare confidențiale, trebuie demonstrat că prin dezvăluirea respectivelor informații ar fi prejudiciate interesele legitime ale operatorului economic, astfel cum rezultă și din dispozițiile legale redactate anterior, "(...) în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic".

În cazul de față, prin depunerea contestației în fața Consiliului, în temeiul prevederilor art. 255 din OUG nr. 34/2006 este declanșată procedura de exercitare a controlului de legalitate, astfel încât partea vătămată într-un drept sau un interes legitim să poată uza de dreptul legal de a-și formula apărările în deplină cunoștință de cauză, fapt care rezultă din dispozițiile art. 274 alin. (1) și (4) din OUG nr. 34/2006 prin care este instituită în sarcina autorității contractante obligația de a transmite la CNSC dosarul achiziției.

Așadar, prin dispozițiile OUG nr. 51/2014 legiuitorul a întărit caracterul public al dosarului achiziției și înlătură "protecția" existentă anterior în privința conținutului propunerii tehnice, în varianta anterioară a textului de lege, contestatorul avea posibilitatea de a studia propunerea tehnică numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți, acord care se anexează la cererea pe care contestatorul o adresează Consiliului, condiție care a fost înlăturată.

În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) coroborat cu art. 12 din Noul cod de procedura civilă, contestația consideră că și în cazul unei proceduri necontencioase, în fața organului administrativ jurisdicțional, trebuie garantat dreptul la un proces echitabil și previzibil, prin urmare partea vătămată de un act al autorității contractante trebuie să aibă acces la toate informațiile existente în dosarul achiziției iar potrivit principiului bunei-credințe toate drepturile procesuale trebuie exercitate potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți.

Așadar, prin exercitarea dreptului de a formula cerere de intervenție accesorie, sub pretextul invocării caracterului confidențial al ofertei, SC ... încearcă să limiteze exercitarea dreptului la apărare și al contradictorialității, lansând acuze și afirmații tendențioase la adresa SC ... SRL, deși în cuprinsul art. 215 din OUG nr. 34/2006 este explicit enunțat caracterul de document public al dosarului achiziției.

În teza finală a textului de lege invocat anterior, sunt expres circumstanțiate situațiile de excepții care sunt de natură să restricționeze accesul la informațiile existente în dosarul achiziției: documente clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Mai mult decât atât, în cauză nu se poate reține că oferta depusă de SC ... este beneficiara unui drept de proprietate intelectuală, în sensul Legii privind drepturile de autor și drepturile conexe nr. 8/1996, ci o aplicație practică a prevederilor documentației de atribuire, este neavenită susținerea ofertantei câștigătoare potrivit căreia întreaga sa ofertă ar fi supusă protecției drepturilor de proprietate intelectuală.

Concluzionând, contestația apreciază că argumentele invocate de SC ... nu sunt întemeiate sub aspectul restricționării accesului la oferta acestuia.

În ceea ce privește conținutul cererii de intervenție accesorie formulată de către SC ..., contestația susține că la redactarea contestației a formulat critici și nu acuze (deoarece ne aflăm în sfera dreptului achizițiilor publice și nu a dreptului penal așa cum intervenienta își formulează și motivează toate cererile) cu privire la documentele de

calificare și selecție depuse de către aceasta în cadrul ofertei.

Pe de altă parte contestatoarea arată că a formulat critici și cu privire la propunerea tehnică și financiară și raportat la clarificările și răspunsurile pe care comisia de evaluare le-a avut în vedere.

Contestatoarea relevă faptul că în cursul anului trecut a participat la aproximativ 100 de proceduri de achiziție publică. Așa fiind, numărul de contestații formulate la Consiliu apare ca fiind unul mic. Rezultă deci cu prisosință că SC ... SRL nu este un "contestator de carieră" și nici nu și-a făcut un scop din șicanarea SC ... în cadrul procedurilor la care aceasta participă.

Raportat la conținutul adresei nr. 202/03.03.2015, în aceeași manieră, SC ... încearcă inducerea în eroare a Consiliului prin prezentarea unor date incorecte ca fiind adevărate, respectiv faptul că distanța dintre amplasamentul lucrării și locația proprie a ofertantului SC ... SRL ar fi de 100 km (față de doar 40 în cazul SC ...). În realitate, SC ... SRL are punct de lucru în municipiul Beiuș (aspect care reiese din certificatul constatator), ceea ce determină o distanță de doar 20 de km față de amplasamentul lucrării.

Se mai arată că reprezentanții SC au o reprezentare trunchiată și chiar patologică a realității, raportat la maniera în care SC ... SRL își formează prețurile cu care participă la proceduri. SC ... își întemeiază orice demers pe o presupusă îndoială raportat la activitatea SC ... SRL, fără a avea în vedere faptul că la rândul său SC ... și reprezentanții săi legali fac obiectul unui dosar penal aflat pe rolul D.N.A și care vizează utilizarea de către aceștia de documente false pentru obținerea unor contracte publice.

În final, contestatoarea precizează că la data prezentei are un număr foarte mare de angajați, din care 39 personal de specialitate cu studii superioare, are echipamente tehnologice (mașini și utilaje) și mijloace de transport în valoare de 7.041.289 RON la nivelul anului 2014 (date ce rezultă din balanța societății), ceea ce conferă societății calitatea de profesionist recunoscut în domeniu.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

COMUNA ... - ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de cerere de oferte", pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Modernizare și reabilitare drumuri comunale DC 143 și DC 257 și străzi în comuna ..., județul ...", elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă, publicând în SEAP invitația de participare nr. ... din data de ..., conform căreia valoarea estimată a contractului este 9.013.397 lei, fără TVA, ocazie cu care a publicat și documentația de atribuire.

În cadrul procedurii au fost depuse 7 oferte, care au fost deschise potrivit procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 3454/20.11.2014. În urma evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii potrivit căruia oferta contestatoarei s-a clasat pe locul al doilea, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de SC ..., cu cel

mai scăzut preț. În urma comunicării acestui rezultat, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând reevaluarea ofertelor, considerând oferta depusă de câștigătoare ca fiind inacceptabilă.

În urma depunerii contestației, a formulat cerere de intervenție accesorie SC ..., întemeiată pe prevederile art. 61 alin. (3) din Noul cod de procedură civilă. Văzând că SC ..., în calitate de câștigătoare a procedurii, este interesată în menținerea actelor întocmite de autoritatea contractantă, Consiliul, în temeiul art. 61, art. 63 și art. 64 din Codul de procedură civilă va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de societatea respectivă.

Cu privire la excepția lipsei interesului contestatoarei, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul observă că argumentele prezentate de aceasta în susținerea excepției sunt argumente de fond, respectiv clasarea pe locul al doilea în urma aplicării criteriului de atribuire. Deci, autoritatea nu invocă lipsa calității de persoană vătămată prin declararea altui ofertant în calitate de câștigător, ci invocă aplicarea rezultatul procedurii în urma aplicării criteriului de atribuire. Aceste argumente vor fi analizate odată cu fondul contestației, deoarece contestatoarea, în calitate de ofertantă clasată pe locul al doilea, este pe deplin interesată în descalificarea concurentei sale.

Pe fondul contestației, este de remarcat că societatea contestatoare a făcut numeroase demersuri pentru a studia dosarul achiziției publice, inclusiv propunerea financiară a contestatoarei. Intervenția s-a opus accesului contestatoarei la dosarul achiziției publice, arătând că oferta sa este protejată de secretul comercial. Drept urmare, contestatoarea solicită sancționarea SC ..., prin accesul total la oferta depusă de aceasta, deoarece pentru a fi posibilă limitarea accesului la anumite informații pe care operatorul înțelege să le declare confidențiale, trebuie demonstrat că prin dezvăluirea respectivelor informații ar fi prejudiciate interesele legitime ale operatorului economic, astfel cum rezultă și din dispozițiile legale redată anterior, "(...) în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic".

În cazul de față, prin depunerea contestației în fața Consiliului, în temeiul prevederilor art. 255 din OUG nr. 34/2006 este declanșată procedura de exercitare a controlului de legalitate, astfel încât partea vătămată într-un drept sau un interes legitim să poată uza de dreptul legal de a-și formula apărările în deplină cunoștință de cauză, fapt care rezultă din dispozițiile art. 274 alin. (1) și (4) din OUG nr. 34/2006 prin care este instituită în sarcina autorității contractante obligația de a transmite dosarul achiziției.

Consiliul nu împărtășește întrutotul niciuna din opiniile părților, respectiv secretizarea completă a ofertelor, inclusiv a documentelor de calificare, sau accesul total și nelimitat la documentele din cadrul ofertei. Astfel, este inacceptabil punctul de vedere al intervenției potrivit căruia datele bilanțiere reprezintă documente confidențiale, cu atât mai mult cu cât acestea se depun la registrul comerțului, oricine, în baza unei cereri, având acces la ele. De asemenea, certificările ISO nu pot fi considerate

documente confidențiale, după cum nici situația activelor imobilizate, date prevăzute în bilanț, nu poate fi considerată confidențială. Ofertanții asumându-și participarea la o procedură publică, trebuie să își asume și riscul ca anumite informații să fie accesibile altor ofertanți. Ofertanții, însă, au dreptul de a-și proteja informațiile referitoare la propunerea financiară și propunerea tehnică, contestatoarea nefiind îndreptățită să solicite punerea acestor informații la dispoziția sa. „Sanționarea” intervenientei prin permiterea accesului la propunerea tehnică și financiară nu stă în sarcina Consiliului, propria politică de prețuri încadrându-se în categoria secretului comercial. Contestatoarea, deși a studiat la Consiliu documentele de calificare ale câștigătoarei, nu a înțeles să formuleze nicio critică referitoare la îndeplinirea cerințelor de calificare, limitându-se a aduce argumente ne semnificative în cauză referitoare la alte proceduri în care părțile s-au confruntat. Singura referire la documentele de calificare din concluziile depuse, se referă la personalul de specialitate, respectiv calitatea acestuia de angajat al ofertantei câștigătoare, arătând că potrivit bilanțurilor depuse, aceasta are un singur angajat. Că cele două firme au interese contrare, rezultă clar din concluziile depuse de contestatoare, fiind subliniată de aceasta rivalitatea în cadrul procedurilor de atribuire, dar și din acuzele și injuriile reciproce din cadrul cererilor și apărărilor formulate de acestea în dosar. Astfel fiind, organul administrativ de soluționare a contestațiilor nu poate interveni în disputele operatorilor economici furnizându-le acestora informații pentru procedurile ulterioare. În acest sens, Consiliul va ține seama de declarația privind confidențialitatea propunerii tehnice și financiare depusă de contestatoare la dosarul cauzei.

Potrivit procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, SC ... a depus inițial în dovedirea îndeplinirii cerințelor de calificare, o declarație pe propria răspundere în temeiul art. 11 alin. (4) din HGnr. 925/2006. Ulterior, în urma solicitării clarificărilor, aceasta a depus documentele de calificare. Limitându-se la criticile formulate în contestație, Consiliul observă că societatea contestatoare subliniază lipsa mențiunilor din raportul procedurii referitoare la documentele privind cifra de afaceri medie pe ultimii 3 ani, de 10.000.000 lei, considerând că societatea în cauză nu a dovedit îndeplinirea cerinței respective.

Verificând îndeplinirea cerinței în discuție de către societatea câștigătoare, Consiliul observă că în anexa la declarația pe propria răspundere a menționat că va face dovada îndeplinirii cerinței referitoare la cifra medie de afaceri prin prezentarea angajamentului de susținere din partea SC SRL, iar în urma solicitării de clarificări privind îndeplinirea cerințelor de calificare, a depus angajamentul de susținere a capacității financiare pentru indicatorul „cifra medie de afaceri”. Verificând angajamentul în cauză, Consiliul observă că acesta nu cuprinde nicio mențiune referitoare la numele persoanei semnatare, fiind imposibil de stabilit care este persoana și ce calitate are în societatea susținătoare. Deși în raportul expertului cooptat se menționează că semnătura aparține numitei, administrator al terțului susținător, de nicăieri din conținutul documentului, nu rezultă care este semnatarul. Mai mult, și declarațiile

ulterioare (formularul 12 A, 12 B, declarația privind calitatea de participant la procedură) nu cuprind în clar numele semnatarului, cuprinzând mențiuni de genul „Subsemnatul, reprezentant împuternicit al SC SRL”, fără a se menționa cine este „subsemnatul”. Pentru validitatea angajamentului, era necesară verificarea și confirmarea identității și calității semnatarului, fapt care nu s-a produs. Prin urmare, este obligatorie solicitarea unei clarificări cu privire la semnatarul angajamentului și calitatea lui. Similar, și în ceea ce privește angajamentul privind susținerea experienței similare, nu se poate stabili cine este semnatarul celui care se angajează sub sancțiunea falsului. În acest sens, potrivit dispozițiilor art. 11¹.din HG nr. 925/2006, „(1) În cazul în care, în conformitate cu prevederile art. 186 și 190 din ordonanța de urgență, ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere pentru verificarea îndeplinirii cerințelor minime impuse în cadrul documentației de atribuire.

(2) Pentru a fi luată în considerare susținerea acordată, angajamentul ferm prevăzut la art. 186 alin. (2) și la art. 190 alin. (2) din ordonanța de urgență trebuie să reprezinte un instrument juridic care să asigure dreptul autorității contractante de a solicita, în mod legitim, îndeplinirea anumitor obligații de către persoana susținătoare.”

Pentru a fi un document capabil să producă efecte juridice, angajamentul trebuie semnat de persoane care au capacitatea de a semna documente angajante pentru societate. Astfel cum rezultă din documentele în cauză, acestea sunt semnate indescifrabil, nefiind indicată persoana semnatară și calitatea ei în cadrul societății terț susținător.

Cu privire la personalul de specialitate, contestatoarea arată că nu se indică documentele care dovedesc calificarea corespunzătoare a acestora.

În fișa de date a achiziției, specialiștii solicitați sunt următorii:
„III.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala.

Pentru **Inginer sef santier** specializat în domeniul cai ferate, drumuri si poduri atestat de catre Inspectoratul în constructii, în conformitate cu Legea nr. 10/ 1995, cu modificarile si completarile ulterioare, se vor prezenta, în mod cumulat, urmatoarele: extras revisal /contract de prestari servicii/acordul pentru participarea la derularea contractului, copia conform cu originalul a diplomei de studii.

Pentru **Responsabil tehnic cu executia**, specializat în domeniul cai ferate, drumuri si poduri, se vor prezenta, în mod cumulat, urmatoarele: extras revisal/contract de prestari servicii/acordul pentru participarea la derularea contractului; copia conform cu originalul a atestatului si a legitimatiei în termen de valabilitate la data limita stabilita pentru depunerea ofertelor, conform prevederilor Ordinului M.L.P.T.L. nr. 777/26.05.2003 privind Reglementarea tehnica „Îndrumator pentru atestarea tehnico – profesionala a specialistilor cu activitate în constructii”, completat si modificat. Institutia emitenta a atestatului si a legitimatiei este Ministerul Dezvoltarii Regionale si Locuintei - Directia

Generala Tehnica în construcții pentru atestarea profesională a specialiștilor în construcții. Pentru operatorii economici care prezintă experți străini ce dețin certificat/atestat echivalent emis de autoritățile de certificare abilitate din alt stat nu se impune obținerea atestatului/certificatului recunoscut de autoritățile române la momentul depunerii ofertelor/candidaturilor. În baza principiului recunoașterii reciproce, autoritatea contractantă va accepta certificate echivalente. Operatorul economic trebuie să întreprindă, acolo unde legislația națională impune, demersurile necesare pentru a putea prezenta la momentul semnării contractului de achiziție publică atestatul recunoscut de autoritățile române.

Pentru **responsabil cu controlul calitatii**, se vor prezenta, în mod cumulativ, următoarele: extras revizor /contract de prestări servicii/acordul pentru participarea la derularea contractului. Se permite și totodată să se considere suficient prezentarea, pentru îndeplinirea cerinței descrise mai sus, unei decizii interne de numire în poziția de CQ, emisă de către conducerea operatorului economic.

Pentru **Responsabil SSM** se vor prezenta, în mod cumulativ, următoarele: copia conform cu originalul a diplomei de studii și a actelor care dovedesc atestarea acestuia în domeniile SSM; extras revizor /contract de prestări servicii/acordul pentru participarea la derularea contractului ori alte documente relevante astfel încât să rezulte experiența specialistului propus.

Nota: Pentru tot personalul minim solicitat **care nu sunt angajați ai operatorului economic se va depune un angajament de participare asociat cu o declarație de disponibilitate**. Prin declarația de disponibilitate a expertului se va menționa că acesta va fi disponibil pe perioada de implicare a acestuia în realizarea contractului.

Personalul de specialitate, mai sus prevăzut, nu poate fi înlocuit pe parcursul derulării contractului decât pentru considerente de forță majoră și caz fortuit. În oricare din cazurile care exonerează răspunderea ofertantului (forță majoră și caz fortuit) pentru înlocuirea unei/unor persoane de specialitate, ofertantul trebuie să înlocuiască personalul de specialitate cu personal care să îndeplinească condițiile minime de calificare specificate mai sus. Înlocuirea unei/unor persoane de specialitate se va face doar cu acceptul beneficiarului”.

Pentru poziția de inginer șef șantier, ofertanta câștigătoare a prezentat documente pentru ..., inginer căi ferate, drumuri și poduri, depunând diploma de absolvire, CV, angajament de participare și o declarație de disponibilitate. Pentru poziția de responsabil tehnic cu execuția, a prezentat documente pentru, inginer căi ferate, drumuri și poduri, depunând diploma de absolvire, certificat de atestare emis de ems de MLPAT pentru RTE în domeniul construcției rutiere drumuri și poduri, valabil până la 24.07.2016, CV, angajament de participare și o declarație de disponibilitate. Pentru responsabil cu controlul calității, a depus documente pentru Morar Nicolae, inginer constructor, atașând diploma de licență, decizia de numire în funcția de Responsabil cu calitatea, CV, angajament de participare și o declarație de disponibilitate.

Pentru Responsabil SSM a depus documente pentru, respectiv diploma de studii, acte care dovedesc atestarea acestuia în domeniile SSM, respectiv protecția muncii, PSI, cursuri de formare SSM, diplomă coordonator SSM, CV, angajament de participare și o declarație de disponibilitate. Față de documentele depuse, Consiliul constată că societatea în cauză a dovedit îndeplinirea respectivelor cerințe.

În ceea ce privește prețul ofertat, Consiliul observă că este reală susținerea contestatoarei conform căreia autoritatea a transmis tuturor ofertanților aceeași solicitare de clarificări, reproducând textul legal de la art. 202 din ordonanța de urgență. Cu toate acestea, câștigătoarea procedurii a prezentat oferte pentru materiale în cvasitotalitatea lor, documente semnate de promitenții-furnizori, datate, unele documente fiind destinate expres prezentei proceduri. De asemenea, pentru mixturile asfaltice pe care le furnizează ea însăși, pentru produsele din material lemnos, a prezentat calculație de preț, cuprinzând toate costurile. Fiind furnizor al mixturilor și al altor materiale, în mod evident beneficiază de costuri mai mici la acestea, deci nu există niciun motiv pentru care Consiliul ar considera prețul ofertat ca fiind deosebit de scăzut.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită în parte contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ... - ... și va dispune anularea raportului procedurii, precum și reevaluarea ofertelor după solicitarea de clarificări privind semnatarul angajamentelor de susținere și calitatea lui în cadrul societății - terț susținător, în conformitate cu cele rezultate din motivarea prezentei.

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, va respinge ca nefondate restul criticilor formulate de contestatoare.

În temeiul art. 65 alin. (1) și art. 67 din Codul de procedură civilă, va admite cererea de intervenție accesorie formulată de SC ... în partea privitoare la respingerea unor critici referitoare la caracterul inacceptabil al ofertei sale, astfel cum rezultă din motivare. În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență menționată, va respinge ca nefondată cererea respectivă în partea referitoare la reevaluarea ofertei sale.

Redactată în 5 exemplare, cuprinde 16 pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...