

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr...../...../.....

Data:.....

Prin contestația nr./..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., depusă de către SC SRL, cu sediul în municipiul ..., ..., județul, având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului și Cod Unic de Înregistrare, formulată împotriva adresei nr. 1400/01.03..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., județul, în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Intervenție la construcția metalică de rezistență (platformă T1334-74/b-1.2.0.) a excavatorului ERc 1400x30/7-01M aparținând ...”, cod CPV 50530000-9, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 1400/01.03..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii;
- constatarea modului nelegal în care comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertelor, declarând în mod eronat și abuziv oferta sa ca fiind „neconformă” și oferta ... SRL - ... SA ca fiind „admisibilă” și „câștigătoare”;
- obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente, precum și la continuarea procedurii, în sensul reevaluării ofertelor și atribuirea contractului cu menținerea criteriului stabilit prin documentația de atribuire - „prețul cel mai scăzut”.

În baza dispozițiilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu SA și dispune continuarea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC SRL a formulat contestație împotriva adresei nr. 1400/01.03..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Intervenție la construcția metalică de rezistență (platformă T1334-74/b-1.2.0.) a excavatorului ERc 1400x30/7-01M aparținând ...”, cod CPV 50530000-9, solicitând:

- anularea adresei nr. 1400/01.03..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii;

- constatarea modului nelegal în care comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertelor, declarând în mod eronat și abuziv oferta sa ca fiind „neconformă” și oferta ... SRL - ... SA ca fiind „admisibilă” și „câștigătoare”;

- obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente, precum și la continuarea procedurii, în sensul reevaluării ofertelor și atribuirea contractului cu menținerea criteriului stabilit prin documentația de atribuire - *„prețul cel mai scăzut”*.

Având în vedere că în documentația de atribuire s-au constatat anumite inadvertențe și cerințe necorelate cu specificul serviciului/proiectul contractului, pentru a evita orice dubiu ulterior atribuirii contractului, contestatorul arată că a formulat anumite obiecțiuni la proiectul de contract, astfel cum rezultă din adresa nr. 924/18.02....., obiecțiunile sale fiind grupate ca „PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT”, solicitând:

„- completarea cap. 9 din contract ”OBLIGAȚIILE PRINCIPALE ALE ACHIZITORULUI”,

cu:

- *art. 9.6: "Achizitorul se obligă să asigure utilajele necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc.) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate."*
- *art. 9.7: "Achizitorul se obligă să asigure orizontalitatea și portanța platformei de reparație la un nivel corespunzător."*

- *modificarea cap. 13. RECEPȚIE ȘI VERIFICĂRI, în concordanță cu lucrările ce au fost prevăzute a se executa, respectiv cu lucrările ce urmează a fi decontate. Precizăm că în proiectul de contract au fost prevăzute verificări pentru mecanisme ce nu fac obiectul prezentei proceduri (ex: Verificarea stării generale a utilajului, Determinarea cercului de tăiere, Dimensiunile cablurilor de ridicare-coborâre troliu elinda, etc). Corespunzător se va modifica și "Lista documentelor care trebuie prezentate la efectuarea recepției".*

Contestatorul arată că a procedat la depunerea ofertei preliminare înregistrată sub nr. 185/18.02....., ora 11:15, documentele ce au format oferta fiind consemnate în procesul verbal al ședinței de deschidere al ofertelor nr. 1147/18.02....., inclusiv amendamente la proiectul de contract.

Prin modul de elaborare al ofertei preliminare depuse, contestatorul opinează că a respectat întocmai cerințele și exigențele documentației de atribuire, demonstrând că, atât oferta tehnică, cât și fundamentarea ofertei financiare sunt realizate în funcție de necesitățile, obiectivele și constrângerile autorității contractante, astfel cum au fost acestea evidențiate în documentația de atribuire.

Contestatorul arată că oferta preliminară depusă trebuia, potrivit pct. IV. 1.2) MODUL DE DESFĂȘURARE A PROCEDURII din fișa de date a achiziției, să constituie „punctul de pornire al negocierilor”.

La deschiderea ofertei preliminare, comisia de evaluare, după consemnarea tuturor documentelor ce au compus oferta fiecărui ofertant, a stabilit: „următoarea etapă pentru atribuirea contractului de servicii prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” va fi negocierea cu fiecare ofertant ce a depus o ofertă admisibilă, (...), în data de 18.02....., începând cu ora 12:20”, ocazie cu care societatea sa nu a mai participat - nefiind invitată.

Contestatorul precizează că, observând amendamentele la proiectul de contract, autoritatea contractantă i-a solicitat să renunțe în integralitate la acestea și nu doar parțial cum societatea sa și-a manifestat voința în ședința de deschidere a ofertelor preliminare.

Contestatorul menționează că societatea sa a renunțat la obiecțiuni (proponeri de modificare a proiectului de contract) mai puțin la cea referitoare la obligația reținută în sarcina sa de a asigura utilaje de ridicat (macara) și utilaje terasiere (buldozer), aspect ce rezultă din analiza procesului verbal indicat, chiar dacă nu prevede expres la care dintre obiecțiuni s-a renunțat, autoritatea contractantă reține că actul de renunțare nu s-a realizat în integralitate.

Astfel, contestatorul arată că procesul verbal al ședinței de negociere cu ... (nr. 1157/18.02.....), subliniază faptul că la negocierea care s-a derulat pentru atribuirea contractului, „comisia a

derulat negocierea obiecțiilor la contract prezentate în adresa nr. 924/18.02....., ofertantul nu a renunțat la acestea în integralitatea lor. Pe cale de consecință, comisia se vede în imposibilitatea de a trece la etapa de negociere ofertei financiare".

Contestatorul mai arată că în procesul verbal final emis sub nr. 1174/19.02....., autoritatea contractantă a reținut că „(...) asociația de prestatori formată din ... S.R.L. (... , ...) lider - ... S.A. (...i, ...), a depus, în termenul limită, oferta finală înregistrată sub nr. 196/19.02....., a cărei valoare totală este de 80.702,46 lei, fără T.V.A."

Prin adresa nr. 1400/01.03..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, contestatorul menționează că autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, aceasta încadrându-se în situația prevăzută de art. 36, alin. 2, lit. a) din HG nr. 925/2006, respectiv „nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini” (fără a se preciza concret care cerințe) cu motivarea că „din culpa dumneavoastră exclusivă ați ignorat cerințele exprese și ferme din caietul de sarcini, prezentând un înscris intitulat „PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT”, cu toată că niciunde în documentația de atribuire nu a fost prevăzută vreo mențiune în sensul că proiectul de contract nu poate suporta modificări/completări și de asemenea nu se arată că s-a procedat la o renunțare parțială (și în ce constă aceasta) pe fondul dat de inadvertențele documentației de atribuire, a viciului de procedura datorat autorității contractante.

Contestatorul susține că oferta sa preminară, contrar celor reținute de autoritatea contractantă, este conformă și nu intră sub incidența situației (*„nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”*) prevăzută de art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006.

În opinia contestatorului măsura de impunere a unui model de contract, fără a oferi ofertanților posibilitatea negocierii clauzelor acestuia, este contrară prevederilor legale, este de natură a produce o vătămare a intereselor ofertanților/participanților la procedură, vătămarea, în cauza *pendinte*, intervenind la momentul descalificării sale pentru motivul că nu a renunțat în integralitate la obiecțiuni, deși nu a solicitat decât a se corela caietul de sarcini/anexele la oferta financiară cu proiectul de contractul, de a adapta clauzele contractuale nefuncționale și impracticabile.

Mai mult, contestatorul precizează că nu se arată care dintre obiecțiunile la proiectul de contract sunt reținute și la care se renunță, autoritatea contractantă dând dovadă de formalism excesiv, dar și de ignoranță a legislației.

Contestatorul arată că pe plan internațional, limitele negocierilor clauzelor contractuale constituie un aspect pus în discuție la adoptarea acordului OMC privind achizițiile publice, convenție internațională ce prevede posibilitatea utilizării negocierilor, cu condiția ca această posibilitate să fie interzisă în anunțul de participare.

În cazul de față nu a fost indicat în cuprinsul invitației sau al fișei de date a achiziției faptul că operatorii economici trebuie să își însușească prevederile contractuale, astfel că, în speță, își găsește aplicabilitate deplină principiul de drept *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem).

Refuzul autorității contractante de a discuta acele propuneri de modificare/completare a proiectului de contract poate compromite proiectul și genera pagube foarte mari nu numai pentru ofertantul declarant câștigător (oricare ar fi fost acesta, dacă s-ar fi realizat a doua etapă a negocierii cu ambii ofertanți), dar și pentru achizitoare, care, astfel, a acționat în mod abuziv și iresponsabil.

Contestatorul își justifică obiecțiunile sale prin faptul că documentația de atribuire prezintă neconcordanțe și contradicții între caietul de sarcini/anexele ofertei financiare și clauzele proiectului de contract, urmând să puncteze asupra necesității fiecărei propuneri de modificare a draftului de contract pe care le-a avut în vedere la formulare:

- completarea cap. 9 din contract "OBLIGAȚIILE PRINCIPALE ALE ACHIZITORULUI" cu:

- art. 9.6: "*Achizitorul se obligă să asigure utilajele necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc.) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate*".

Contestatorul susține că niciunde în documentația de atribuire nu este reținută în sarcina ofertantului necesitatea demonstrării capacității tehnico-profesionale cu utilaje terasiere și/sau de ridicare etc. (buldozer, macara etc) cum, de altfel, nici în oferta financiară (anexe) nu sunt prevăzute articole de lucrări aferente (ex. terasare, amenajare teren) și/sau manopera/costuri(cheltuieli) pentru utilizarea unor astfel de utilaje.

Astfel, contestatorul arată că oferta financiară la Anexa 2 intitulată *Nota privind determinarea manoperei necesare pentru Intervenție constructivă metalică de rezistență (PLATFORMĂ T1334 - 74 / b - 1.2.0) la excavatorul ERc 1400x30/7 - 01M aparținând ...*", astfel cum este aceasta prevăzută în documentația de atribuire, nu prevede nicio cheltuială cu utilaje (de ridicat/terasiere), cheltuielile prevăzute în Anexa 2 fiind exclusiv specifice intervențiilor de reparații la construcția metalică de rezistență a excavatorului.

De asemenea, contestatorul precizează că la punctul 13 din caietul de sarcini „Cerințe pentru echipamente și material utilizate” nu se stabilește nicio obligație pentru ofertant în ceea ce privește utilajele terasiere (buldozer) și/sau macara etc., astfel că această obligație incumbă exclusiv achizitorului.

Concluzionând asupra completărilor solicitate pentru cap. 9 - inserarea art. 9.6 din proiectul de contract, contestatorul solicită Consiliului să observe că prevederile caietului de sarcini dispun la pct. 4 CONDIȚII TEHNICE: „*Pentru serviciile efectuate (care includ demontări-montări, reglaje, centrări etc) (...)*” - operații exclusiv în legătură cu

intervențiile necesare realizării obiectului contractului - sunt servicii ce trebuie executate de prestator, însă, printre acestea, nu se regăsesc lucrări de amenajare teren (pentru care se impune buldozer) sau lucrări pentru care se necesită asigurarea de macara, etc.

Contestatorul precizează că la această obiecțiune nu a renunțat, dovada fiind mențiunea expresă a autorității contractante din procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor „nu s-a renunțat în integralitate”.

- completarea cap. 9 din contract "OBLIGAȚIILE PRINCIPALE ALE ACHIZITORULUI" cu:

- art. 9.7: "*Achizitorul se obligă să asigure orizontalitatea și portanta platformei de reparație la un nivel corespunzător*".

Contestatorul menționează că în documentația de atribuire - caiet de sarcini/liste de operații santier/anexe oferta financiară - nu este reținută în sarcina ofertantului realizarea lucrărilor privind asigurarea orizontalității și portanta platformei de reparație, operații care implică lucrări de terasare, de amenajare a terenului, balastare etc., operațiuni care intră în sarcina autorității contractante - având în vedere experiența atâtor ani de colaborare între ... S.R.L. și achiziitoare/predecesoarele sale, lucrări care nicidecum nu au fost stabilite a se realiza de către executant, ci de beneficiar.

Or, din moment ce în caietul de sarcini și în anexele la oferta financiară (Anexa 1 - Nota privind valoarea materialelor - nu se regăsește material: balast etc., respectiv Anexa 2 - Nota privind determinarea manoperei - nu se regăsește manopera pentru astfel de lucrări) este evident că, nu poate fi reținută o astfel de obligație în sarcina executantului lucrărilor - *Intervenție la construcția metalică de rezistență (T1334-74/b - 1.2.0.) a excavatorului Erc 1400x30/7-01M aparținând....*

Or, neexecutarea acestor lucrări - *asigurarea orizontalității și portanta platformei de reparație la un nivel corespunzător* - de către beneficiar (niciunde în documentația de atribuire nefiind reținută în sarcina prestatorului - capitol precum: condiții de calitate, tehnologii de lucru etc.), ar putea conduce la imposibilitatea prestatorului de a respecta obligațiile asumate pentru SSM, condițiilor de mediu etc., ceea ce ar prejudicia în mod evident interesele ambelor părți contractante.

Contestatorul arată că la această obiecțiune s-a renunțat, raționamentul său fiind unul practic, de natură a nu dezavantaja autoritatea contractantă, de a nu reține o cheltuială suplimentară în sarcina acesteia.

- În ceea ce privește a treia obiecțiune „*modificarea cap. 13. RECEPȚIE ȘI VERIFICĂRI, în concordanță cu lucrările ce au fost prevăzute a se executa, respectiv cu lucrările ce urmează a fi decontate. Precizăm că în proiectul de contract au fost prevăzute verificări pentru mecanisme ce nu fac obiectul prezentei proceduri (ex: Verificarea stării generale a utilajului, Determinarea cercului de tăiere, Dimensiunile cablurilor de ridicare-coborare troliu elinda, etc). Corespunzător se va*

modifica și "Lista documentelor care trebuie prezentate la efectuarea recepției",

contestatorul învederează faptul că, conținutul acestor prevederi este în neconcordanță cu obiectul contractului, cu specificul lucrării, cu tehnologia de lucru/condițiile de recepție etc., fiind evident că nu reprezintă nimic altceva decât o propunere oportună și necesară în sensul adaptării clauzelor contractuale nefuncționale și impracticabile, străine de natura lucrării.

Astfel, contestatorul precizează că, oferta sa, având inclusă o listă de obiecțiuni/propuneri de modificare/completare a unor clauze contractuale, a fost declarată „neconformă” în mod abuziv. Modelul de contract a fost inclus în documentația de atribuire de către autoritatea contractantă, ca parte componentă a acesteia, dar fără a se preciza clauzele obligatorii necesare, conform legii.

Contestatorul menționează că, fără să justifice în niciun fel de ce consideră *de plano* propunerile de modificare a clauzelor contractuale ca fiind abuzive, fără a arăta dacă sunt sau nu dezavantajoase acesteia, autoritatea contractantă i-a solicitat să renunțe la obiecțiunile sale în integralitate, în caz contrar urmând a fi descalificată din procedură, fapt care s-a și produs.

Pentru cele învederate, contestatorul solicită Consiliului să observe că respingerea ofertei sale ca fiind neconformă nu are ca temei o neconformitate raportată la caracteristicile serviciilor oferite, ci „refuzul nejustificat” al autorității contractante de a negocia obiecțiunile formulate la contract.

Or, o astfel de conduită vine în conflict cu obligația legală a oricărei autorități contractante, în calitatea acesteia de administrator de fonduri publice, de a urmări activ aplicarea în activitatea de achiziții publice a principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, astfel cum este acesta statuat prin prevederile art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006.

Conduita autorității contractante ar fi una rezonabilă și legală în măsura în care obiecțiunile formulate ar fi fost dezavantajoase pentru aceasta potrivit art. 36 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, care statuează că: *„o ofertă este considerată neconformă în cazul în care conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”*.

Se observă că, în textul citat, legiuitorul nu face distincție după cum propunerile de modificare a clauzelor contractuale stabilite în documentația de atribuire sunt clauze obligatorii sau nu.

Oricare operator economic poate face propuneri de modificare a clauzelor contractuale, autoritatea contractantă putând să nu le accepte în cazul în care sunt în mod evident dezavantajoase pentru ea, iar ofertantul nu renunță la respectivele clauze.

Caracterul dezavantajos este stabilit de autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată să își motiveze decizia de a nu accepta respectivele

clauze, în acest context fiind relevante și dispozițiile art. 15 Noul Cod Civil potrivit cărora *"niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe"*.

Prin excluderea ofertei sale ca neconformă, pentru motivul învederat (proponeri de modificare a contractului, din care și-a menținut poziția pentru prima în ceea ce privește utilajele de ridicat și terasiere (macara și buldozer), contestatorul se întreabă: Cum va realiza ofertantul declarat câștigător aceste obligații (care nu se regăsesc în documentația de atribuire), nu sunt prevăzute în contract? Cum poate fi ținut la a presta o obligație pe care nu și-a asumat-o în niciun fel, pentru care nu există temei obligațional?

În opinia contestatorului excluderea ofertei sale, cuprinzând o ofertă (propunere) tehnică și financiară conformă, care asigură corespondența cu cerințele caietului de sarcini, dar care cuprinde obiecțiuni intitulate „PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT”, fără a motiva în niciun fel decizia sa (autoritatea contractantă), reprezintă un act de excesiv formalism, emis cu încălcarea principiului proporționalității actelor autorităților contractante, astfel cum este acesta statuat prin prevederile art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, o astfel de conduită marcată de vădit formalism excesiv, implică nesocotirea de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal, statuat prin prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006 și, în același timp, afectarea unora din scopurile esențiale ale promovării unei legislații speciale a achizițiilor publice, cu referire la promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, astfel cum sunt acestea statuate prin prevederile art. 2 alin. (1) lit. a) și b) din același act normativ.

Totodată, contestatorul arată că prin adresa nr. 1185/02.03..... a a făcut cunoscută autorității contractante intenția contestării rezultatului procedurii comunicat cu adresa nr. 1400/01.03..... și, mai mult decât atât, a reiterat contextul în care a formulat obiecțiunile și cauza pentru care nu s-a renunțat în integralitate la acestea în cadrul negocierii, solicitând luarea măsurilor de remediere ce se impun de către autoritatea contractantă.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a etichetat întregul demers al societății sale ca fiind „dovadă de rea credință”, arătând într-un mod formal/lapidar că nu există nicio posibilitate de remediere (adresa nr. 1443/03.03..... a autorității contractante) și, totodată denaturând realitatea în sensul că nu a reținut că societatea sa a renunțat la o parte din obiecțiuni (cu excepția obiecțiunii referitoare la utilaje terasiere/de ridicat).

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr....., ... SA, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea

contestației ca nefondată și menținerea actelor a căror anulare se cere, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 1400/01.03..... și raportul procedurii nr. 1399/01.03....., ca legale și temeinice.

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii, arătând că în cadrul procedurii în cauză au depus oferte următorii operatori economici:

- Asociația de prestatori formată din SC ... SRL ... - lider și SC ... SA ..., având ca subcontractant pe ...,
- SC

Evaluarea și negocierea cu fiecare ofertant s-a desfășurat după cum urmează:

1) După depunerea ofertei preliminare și evaluarea acesteia, comisia de evaluare a derulat cu ofertantul SC G... negocierea obiecțiilor la proiectul de contract, prezentate în adresa nr. 924/18.02....., dar ofertantul nu a renunțat la acestea în integralitatea lor, fapt consemnat în procesul verbal al ședinței de negociere nr. 1157/18.02....., însoțit de reprezentantul legal împuternicit fără obiecțiuni, sub semnătură.

Având în vedere că ofertantul SC ... și-a menținut obiecțiunile la proiectul de contract, comisia de evaluare s-a aflat în imposibilitatea de a trece la etapa de negociere a ofertei financiare a acestuia, deoarece prin aceste obiecțiuni nu s-au respectat solicitările din caietul de sarcini.

2) Analizându-se modul de îndeplinire a cerințelor minime impuse prin documentația de atribuire, cu privire la cifra medie de afaceri globală, valoarea minimă a experienței similare în ultimii trei ani, studiile, pregătirea profesională și calificarea persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului, precum și existența documentelor prezentate de către ofertanți în "Lista documentelor prezentate de ofertanți", comisia de evaluare a constatat că Asociația de prestatori formată din SC ... SRL ... - lider și SC ... SA ..., având ca subcontractant pe SC ... îndeplinește condițiile impuse.

Oferta tehnică depusă de către asociația de prestatori formată din SC ... SRL ... - lider și SC ... SA ... corespunde cu solicitările din caietul de sarcini.

După depunerea ofertei preliminare și evaluarea acesteia, comisia de evaluare a derulat negocierea cu reprezentantul împuternicit al Asociației de prestatori formată din SC ... SRL ...- lider și SC ... SA ..., având ca subcontractant pe SC ... și s-a încheiat procesul verbal al ședinței de negociere nr. 1158/18.02....., prin care a fost stabilită valoarea finală de 80.702,46 lei, fără TVA.

Până la data de 19.02....., orele 15.00, termenul limită de depunere al ofertei finale, a fost depusă oferta nr. 196/19.02..... și a fost încheiat procesul verbal al întâlnirii finale nr. 1174/19.02..... Acest proces verbal a fost transmis, în copie, pe fax și e-mail, ofertanților participanți la procedură.

Comisia de evaluare a analizat propunerea financiară finală - ca prețuri totale dar și ca prețuri de detaliu pe fiecare operație - sub aspectul existenței corecțiilor admise de lege, al încadrării în valoarea

estimată a contractului, cât și al prețului aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi prestat.

Având în vedere că valoarea ofertei finale depuse de Asociației de prestatori formată din SC ... SRL ... - lider și SC ... SA ..., având ca subcontractant pe SC ..., a fost de 80.702,46 (valoare ce reprezintă 67,31% din valoarea estimată), în temeiul art. 202 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 s-a solicitat asociației de prestatori specificate anterior, prin adresa nr. 1238/23.02....., prezentarea în termen de 3 zile lucrătoare de la primirea solicitării, a fundamentării prețurilor din oferta financiară. La această solicitare ofertantul a răspuns prin adresa nr. 431/25.02.....

În urma analizării justificărilor prezentate, comisia de evaluare a constatat faptul că prețurile ofertate sunt justificate, fiind în același timp conforme cu cerințele exprimate prin caietul de sarcini și anexele la acesta. În această justificare prestatorul a specificat faptul că va asigura dotarea cu scule, dispozitive specifice, utilaje și instalații de ridicat și manevrat, fără a mai necesita costuri suplimentare în acest scop.

Prin urmare, concluziile comisiei au fost următoarele:

a) Oferta depusă de Asociația de prestatori formată din SC ... SRL ... - lider și SC ... SA ..., având ca subcontractant pe SC ... SRL ..., în ansamblul său, a fost considerată admisibilă.

b) Oferta depusă de ... a fost declarată respinsă ca neconformă, aceasta încadrându-se în situația prevăzută la art. 36 alin. (2) lit. a) din HG 925/2006, respectiv *„nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”*, întrucât din culpa sa exclusivă ofertantul a ignorat cerințele exprese și ferme din caietul de sarcini, prezentând un înscris intitulat *„PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT”*, asupra căruia a refuzat orice intervenție.

Astfel, prin *„PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT”*, menținute în integralitatea lor și în urma etapei de negociere - fapt consemnat în procesul verbal nr. 1157/18.02....., respectiv completarea cap. 9 din contract *„OBLIGAȚIILE PRINCIPALE ALE ACHIZITORULUI”*, cu art. 9.6: *„Achizitorul se obligă să asigure utilajele necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc.) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate”*, nu se respectă solicitările din caietul de sarcini, respectiv:

„Transportul bunurilor de la/la prestator la /de la beneficiar se va efectua de către furnizor/ofertant.”

„Transportul de personal, materiale, piese de schimb noi și reparate, intră în sarcina prestatorului și este inclus în algoritmul de calcul al devizului general.”

„Prestatorul va asigura SDV-urile necesare conform tehnologiei și specificului fiecărei operații în parte:

- *Depresări, presări*
- *Calări de utilaje pe stâlpi de calare și pe platforma suprastructurii*
- *Demontări-montări subansambluri demontabile ...”.*

În urma aplicării criteriul de atribuire - prețul cel mai scăzut, comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de Asociația de prestatori formată din SC ... SRL ... - lider și SC ... SA ..., având ca subcontractant pe SC ... SRL ..., cu o propunere financiară de 80.702,46 lei fără TVA.

În data de 01.03..... a fost comunicat, pe fax și e-mail, rezultatul procedurii de atribuire, prin adresa nr. 1400/01.03..... - transmisă către SC ... și prin adresa nr. 1401/01.03..... - transmisă către Asociația de prestatori formată din SC ... SRL ... - lider și SC ... SA

Autoritatea contractantă că, prin adresa nr. 1185/02.03..... a fost informată de SC ... că intenționează să conteste adresa de comunicare a rezultatului procedurii, în eventualitatea în care, până la data de 04.03....., autoritatea contractantă nu ia măsurile de remediere ce se impun, în sensul declarării ofertei sale ca fiind conformă și trecerea la etapa de negociere a ofertei financiare, sau luarea altor măsuri legale, susținând aceasta pe următoarele considerente:

„- ... a fost de acord să renunțe la toate propunerile de modificare ale proiectului de contract care contravin caietului de sarcini, pe cale de consecință am solicitat modificarea proiectului de contract cu cerințe care nu contravin documentației de atribuire și care, în lipsa acestor modificări, ar duce la imposibilitatea derulării contractului.

Autoritatea contractantă a procedat incorect precizând că „propunerile de modificare ale proiectului de contract menținute în integralitatea lor și în urma etapei de negociere - fapt consemnat în procesul verbal nr. 1157/18.02..... De fapt în procesul verbal respectiv se precizează că „ofertantul nu a renunțat la acestea în integralitatea lor”.

Singura propunere de modificare la care ... nu a renunțat este legată de utilajele necesare în șantier, pe motiv că acestea nu au fost prezentate în cerințele caietului de sarcini și în acest caz persoana responsabilă pentru urmărirea și derularea contractului ar fi în imposibilitatea de a decide datorită viciului de procedură.

În spiritul transparenței, rugăm să ne precizați dacă ceilalți ofertanți au prevăzut cheltuieli cu utilajele necesare în șantier, mai ales că aceștia au înaintat o ofertă sub pragul care impune justificări suplimentare. Dacă nu, cum se va desfășura contractul? Dacă ofertantul câștigător refuză să pună la dispoziție utilajele, din moment ce nu le-a oferit? Sau le veți pune d-voastră la dispoziție și cu atât mai mult demersul nostru devine legitim?”.

Autoritatea contractantă arată că prin adresa nr. 1443/03.03....., a informat SC ... că nu va întreprinde demersurile care au fost solicitate, „considerându-le abuzive și în afara cadrului legal incident în materia achizițiilor publice din următoarele considerente:

- *În cursul derulării procedurii de negociere, în fața comisiei, vi s-a cerut insistent să vă aduceți contribuția la determinarea aspectelor tehnice, financiare și juridice ale viitorului contract.*

• Dând dovadă de rea credință, ați prezentat un înscris intitulat „PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT” a cărui impunere ați solicitat-o imperativ. Comisia de evaluare a luat act de această atitudine, și a consemnat în procesul verbal nr. 1157/18.02..... următoarele:

„Comisia de evaluare a derulat negocierea obiecțiunilor la contract prezentate în adresa nr. 924/18.02....., ofertantul nu a renunțat la acestea în integralitatea lor. Pe cale de consecință comisia se vede în imposibilitatea de a trece la etapa de negociere a ofertei financiare.”

• Prin procesul-verbal final nr. 1174 din 19.02....., care v-a fost comunicat prin fax și e-mail în data 19.02....., am specificat:

„Având în vedere că ofertantul SC ... și-a menținut obiecțiunile la proiectul de contract comisia de evaluare s-a aflat în imposibilitatea de a trece la etapa de negociere a ofertei financiare a acestuia”.

• Referitor la solicitarea din ultimul alineat, sub rezerva păstrării confidențialității pentru conținutul celeilalte oferte, vă comunicăm că aceasta, justificând prețul aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi prestat, și-a asumat indubitabil că dotarea cu scule, dispozitive specifice, utilaje și instalații de ridicat și manevrat este asigurată de prestator, pe cale de consecință demersul dumneavoastră devine neîntemeiat”.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă învederează faptul că susținerile contestatorului sunt nefondate, nereale.

Autoritatea contractantă precizează că înaintea ședinței de deschidere din data de 18.02....., potențialii ofertanți au avut la dispoziție un termen de trei zile în care ar fi putut solicita clarificări, lămuriri, puncte de vedere care i-ar fi ajutat la definitivarea ofertelor tehnice și financiare, menționând că nu s-a înregistrat niciun demers în acest sens.

Mai mult, dând dovadă de disponibilitate, comisia de evaluare, după citirea documentelor de calificare și a ofertelor financiare înaintate de cei doi ofertanți, a încercat negocierea acelor „PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT”.

A procedat în acest mod tocmai pentru a stabili definitiv acele elemente tehnice, economice și juridice ale viitorului contract asupra cărora planau anumite divergențe.

Adoptând o atitudine rigidă, motivând cu starea financiară în deficit a firmei sale, ofertantul SC ..., nu prin reprezentantul său împuternicit în sală - domnul ..., ci prin domnul ... - Director General, a refuzat în mod ostentativ să negocieze, încercând să-și impună solicitările imperativ și ultimativ.

Pe cale de consecință, comisia de evaluare a luat act de această atitudine și a menționat-o în procesul verbal al ședinței de negociere nr. 1157/18.02....., proces verbal însușit de reprezentantul contestatorului sub semnătură, fără nicio obiecțiune.

A veni acum, și a susține împotriva oricărei evidențe că în cursul ședinței ofertantul și-a menținut doar o parte din punctul 1 al obiecțiunilor „completarea Cap. 9 din contract „OBLIGAȚIILE PRINCIPALE

ALE ACHIZITORULUI", cu art. 9.6: "Achizitorul se obligă să asigure utilajele necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate", renunțând la celelalte două, este cel puțin o minciună sfruntată.

Prin această atitudine duplicitară contestatorul încearcă să inducă Consiliul în eroare.

Autoritatea contractantă precizează că din cauza conduitei și culpei exclusive a SC ... SRL, comisia de evaluare i-a declarat oferta neconformă continuând procedura doar cu celalalt ofertant, care, într-un mod de netăgăduit și-a inclus în oferta sa financiară cheltuielile pe care contestatorul insistă să i le impună suplimentar cu orice preț.

Procedând în acest mod comisia de evaluare a dat întâietate principiului evitării de clauze vădit defavorabile interesului său financiar, dând întâietate cheltuirii cu responsabilitate și eficiență a fondurilor publice, fără a prejudicia interesele celorlalți ofertanți.

Autoritatea contractantă demonstrează aceste afirmații cu oferta finală a asociației declarată câștigătoare cu suma de 80.702,46 lei fără TVA, față de valoarea estimată de 119.900,87 lei fără TVA, în care sunt incluse cheltuielile în dispută cu ofertantul contestator.

Mai mult, autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe că, în întocmirea ofertei sale ofertantul câștigător a văzut solicitările din caietul de sarcini referitoare la asigurarea utilajelor necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc.) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate, le-a dat curs, spre deosebire de ofertantul contestator care a încercat prin subterfugii ieftine să impună un preț exagerat.

Atitudinea obtuză a reprezentantului contestator a împiedicat comisia de negociere să ajungă la o adaptare a articolelor din contract prin care să se realizeze o distribuie echitabilă între părți a pierderilor și beneficiilor.

Autoritatea contractantă întărește cele de mai sus cu prevederile art. 36 alin 2 lit. b) din H.G. 925/2006 care impun imperativ: *„o ofertă este considerată neconformă în cazul în care conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.*

În motivarea demersului său, autoritatea contractantă arată că a invocat incidența art. 36 alin 2 lit. a) din H.G. 925/2006 - *„oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”* - care se completează în totalitate cu cele invocate mai sus, compunând speța aflată în fața judecății Consiliului.

Autoritatea contractantă probează indubitabil aceasta, cu mențiunile de la pag. 4, 13 și 17 din caietul de sarcini, document de care contestatorul a avut cunoștință în perioada 15-18 martie

În acest context, autoritatea contractantă consideră cel puțin nerezonabilă invocarea prevederilor art. 15 Noul Cod Civil, potrivit cărora

„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei credințe”.

Ori, tocmai asta transpare din documentele dosarului achiziției și anume insistența autorității contractante în a stabili clauze rezonabile în contract, în acord cu solicitările din caietul de sarcini, solicitări pe care contestatorul refuză să le vadă, în continuare refuză dialogul cu comisia de negociere, dar nu uită să-și manifeste îndoiala referitoare la posibila prestare a obligațiilor asumate de prezumtivul ofertant declarat câștigător.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să rețină că, prin demersul său total nefondat și formal motivat, contestatorul întârzie repararea utilajului - excavatorul ERc 1400x30/7 - 01M aparținând Unității Miniere de Carieră

Funcționarea acestuia concură în mod direct la realizarea producției de cărbune și a indicatorilor din BVC, la menținerea în condiții de siguranță a utilajelor aparținând liniilor tehnologice din U.M.C. Repunerea sa urgentă în funcțiune ar elimina punerea în pericol a stabilității treptelor de lucru.

Datorită acestor aspecte, autoritatea contractantă consideră că ofertantul contestator și-a exercitat în mod abuziv dreptul de a contesta, producându-i pagube incalculabile, ce pot fi diminuate de Consiliu prin hotărârea ce o va pronunța.

Față de cele antementionate, autoritatea contractantă Consiliului să respingă ca nefondată contestația, să mențină actele scrise a căror anulare se cere, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 1400/01.03..... și raportul procedurii nr. 1399/01.03....., ca legale și temeinice, dispunând continuarea procedurii, soluționând cu celeritate cauza.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „.....”, cod CPV 50530000-. În acest sens, a fost întocmită documentația de atribuire aferentă și a fost transmisă o invitație de participare către mai mulți operatori economici, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În Procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 1147/18.02..... s-a consemnat depunerea a 2 oferte.

În Raportul procedurii nr. 1399/01.03..... comisia de evaluare a consemnat respingerea ofertei contestatorului și admisibilitatea ofertei depusă de asocieria SC ... SRL – SC ... SA, precum și desemnarea acesteia ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 80.702,46 lei fără TVA.

Pe fondul contestației formulate de către SC SRL, Consiliul retine următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă a ales sa utilizeze procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Intervenție la construcția metalică de rezistență (platformă T1334-74/b-1.2.0.) a excavatorului ERc 1400x30/7-01M aparținând UMC ...”.

Modul in care se desfasoara negocierile in cadrul unei astfel de proceduri este identic cu cel prevazut pentru „negocierea cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare” la art. 120-121 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

„Art. 120. - (1) Autoritatea contractantă derulează negocieri cu fiecare candidat preselectat în parte. **În cadrul negocierilor se determină toate aspectele tehnice, financiare și juridice ale viitorului contract.**

(2) Pe durata negocierilor, autoritatea contractantă are obligația de a asigura aplicarea principiului tratamentului egal față de toți candidații. În acest sens, autoritatea contractantă nu are dreptul de a furniza informații într-o manieră discriminatorie, care ar putea crea unuia/unora dintre candidați un avantaj în raport cu ceilalți.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui, fără acordul candidatului în cauză, propunerea de ofertă sau alte informații confidențiale prezentate de acesta.

Art. 121. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul să prevadă în cadrul documentației descriptive posibilitatea de a desfășura negocierile în runde succesive, cu scopul de a reduce numărul de propuneri de ofertă care intră în negociere. Reducerea succesivă a propunerilor de ofertă se realizează numai pe baza factorilor de evaluare care au fost stabiliți în documentația de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă derulează negocieri până la identificarea și stabilirea ofertei câștigătoare, având în vedere prevederile art. 200.”

Consiliul retine ca, la depunerea ofertelor preliminare, SC SRL a adaugat ofertei anumite obiecțiuni la proiectul de contract, obiecțiunile sale fiind grupate in adresa nr. 924/18.02..... ca „PROPUNERI DE MODIFICARE ALE PROIECTULUI DE CONTRACT”:

„- completarea cap. 9 din contract "OBLIGAȚIILE PRINCIPALE ALE ACHIZITORULUI",

cu:

- art. 9.6: "Achizitorul se obligă să asigure utilajele necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc.) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate."
- art. 9.7: "Achizitorul se obligă să asigure orizontalitatea și portanța platformei de reparație la un nivel corespunzător."

modificarea cap. 13. RECEPȚIE ȘI VERIFICĂRI, în concordanță cu lucrările ce au fost prevăzute a se executa, respectiv cu lucrările ce urmează a fi decontate. Precizăm că în proiectul de contract au fost prevăzute verificări pentru mecanisme ce nu fac obiectul prezentei proceduri (ex: Verificarea stării generale a utilajului, Determinarea cercului de tăiere, Dimensiunile cablurilor de ridicare-coborâre troliu

elinda, etc). Corespunzător se va modifica și "Lista documentelor care trebuie prezentate la efectuarea recepției".

Chiar în cursul ședinței de deschidere a ofertelor preliminare, comisia de evaluare a derulat cu ofertantul ...negocierea obiecțiunilor la proiectul de contract, prezentate în adresa nr. 924/18.02....., solicitând renunțarea integrală la acestea, dar ofertantul nu a renunțat la acestea în integralitatea lor, fapt consemnat în procesul verbal al ședinței de negociere nr. 1157/18.02....., însoțit de reprezentantul legal împuternicit fără obiecțiuni, sub semnătură.

Mai exact, SC ... nu a renunțat la solicitarea completării cap. 9 din contract "OBLIGAȚIILE PRINCIPALE ALE ACHIZITORULUI" cu o nouă obligație:

- art. 9.6: *"Achizitorul se obligă să asigure utilajele necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc.) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate".*

Analizând argumentele contestatorului, Consiliul reține următoarele:

Este adevărat că niciunde în documentația de atribuire nu a fost prevăzută vreo mențiune în sensul că proiectul de contract nu poate suporta modificări/completări și nici nu ar fi putut fi prevăzută o astfel de mențiune.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă are dreptul de a decide menținerea unei prevederi contractuale pe care o considera legală și pe care a comunicat-o, înaintea depunerii ofertelor, tuturor participanților la procedură.

Cu atât mai mult, în speta, autoritatea contractantă a fost în deplin drept de a refuza asumarea prin contract a unei obligații suplimentare în sarcina ei, obligație cu impact material și financiar considerabil *„asigurarea utilajelor necesare în șantier (după caz - utilaje de ridicat, buldozer, etc.) și transportul echipamentelor, SDV-urilor și pieselor reparate”*.

Dacă un posibil ofertant, oricare, considera nelegale prevederile din contract care lasau în sarcina prestatorului asigurarea și transportul anumitor utilaje și echipamente, putea să conteste în termen legal aceste prevederi, dar acest lucru nu s-a întâmplat.

În fapt, conform documentelor aflate la dosarul cauzei, SC ... a solicitat modificări la proiectul de contract, prin adresa nr. 924/18.02..... și nu a renunțat la solicitarea privind completării cap. 9 din contract "OBLIGAȚIILE PRINCIPALE ALE ACHIZITORULUI", așa cum reiese din procesul-verbal al ședinței de negociere nr. 1157/18.02..... însoțit de reprezentantul legal împuternicit al SC ... SRL Târgu- Jiu fără obiecțiuni, sub semnătură.

Chiar și în cuprinsul contestației, SC ... recunoaște că nu a renunțat la obiecțiunea referitoare la obligația reținută în sarcina sa de a asigura utilaje de ridicat (macara) și utilaje terasiere (buldozer).

În acest context, Consiliul apreciază că **prin menținerea ferma a solicitării modificării prevederilor contractuale** (respinsă în mod legal de autoritatea contractantă), **oferta SC ...s-a plasat în afara**

prevederilor documentatiei (proiectul de contract fiind parte a documentatiei) si in consecinta apreciaza ca legala decizia autorității contractante de respingere ca neconforma a ofertei contestatorului.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu SA și va dispune continuarea procedurii.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET
COMPLET

MEMBRU
.....

...