CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările şi completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia fără număr de înregistrare din ..., transmisă în original prin serviciul registratură, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul ... cu nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată convenţional de Cabinet de Avocat „...", cu sediul profesional în ..., prin avocat ..., împotriva rezultatului procedurii de achiziţie publică comunicat prin adresa nr. 10858 din 18.04.2016, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitaţie deschisă, desfăşurată fără utilizarea mijloacelor electronice (offline, fără etapă finală de licitaţie electronică), organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „LUCRĂRI PREGĂTITOARE PROVIZORII, FORAJ ŞI PROBE DE PRODUCŢIE LA SONDELE 5 ... ŞI 6 ...", coduri CPV 45255500-4 – Lucrări de foraj şi de explorare (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- constatarea nulităţii absolute a raportului procedurii, precum şi a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- obligarea autorităţii contractante la emiterea unui nou raport al procedurii, prin care să desemneze câştigătoare, pe baza criteriului de atribuire, oferta acceptabilă şi conformă.

Prin cererea de intervenţie nr. ..., transmisă prin mijloace electronice (e-mail) la data de ..., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ... din ..., formulată de ... – societate în insolvenţă, cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul ... cu nr. ..., având CIF

..., atribut fiscal RO, reprezentată de ... – Director General şi administrator judiciar provizoriu consorţiul de practicieni în insolvenţă format din Cabinet individual ... şi Cabinet individual ..., s-a solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea în principiu a cererii de intervenţie;
- respingerea contestaţiei formulate şi continuarea procedurii de achiziţie publică.

Procedura de soluţionare în faţa Consiliului s-a desfăşurat în scris.

În baza legii şi a documentelor depuse de părţi,
CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de ..., cu sediul social în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ....

Admite cererea de intervenţie accesorie în sprijinul autorităţii contractante depusă de ... – societate în insolvenţă, cu sediul social în ....

Dispune continuarea procedurii de achiziţie publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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 contestaţia depusă, ..., în calitate de ofertantă la procedura de licitaţie deschisă, desfăşurată fără utilizarea mijloacelor electronice (offline, fără etapă finală de licitaţie electronică), organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „LUCRĂRI PREGĂTITOARE PROVIZORII, FORAJ ŞI PROBE DE PRODUCŢIE LA SONDELE 5 ... ŞI 6 ...”, iniţiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziţii publice (SEAP) a anunţului de participare nr. ..., a solicitat Consiliului să dispună cele menţionate în partea introductivă.

Contestatoarea critică decizia autorităţii contractante privind desemnarea, ca fiind câştigătoare, a ofertei depuse de ... ... şi calificarea ofertei sale pe locul 2.

În susţinerea nulităţii actului atacat, ... invocă dispoziţiile art. 36 alin. (1) lit. b) şi alin. (2) lit. a) şi art. 37 alin. (1) şi (2) din HG nr. 925/2006.

Autoarea contestaţiei apreciază oferta câştigătoare, ca fiind inacceptabilă, întrucât nu respectă criteriile de calificare privind

situaţia personală a ofertantului, precum şi capacitatea tehnică. Totodată, aceasta consideră neconformă oferta câştigătoare, deoarece nu respectă cerinţele caietului de sarcini.

Contestatoarea invocă dispoziţiile art. 181 lit. c) din OUG nr. 34/2006, afirmând că ... ... este supusă unei proceduri de insolvenţă, ce formează obiectul dosarului nr. ..., aflat pe rolul Tribunalului ....

Aceasta invocă totodată dispoziţiile art. 176 lit. d) din ordonanţa de urgenţă şi, făcând trimitere la punctul III.2.3 din anunţul de participare, precizează că respectivul criteriu de calificare privind capacitatea tehnică a ofertantului trimite de plano la prevederile proiectului tehnic de foraj privind instalaţia de foraj şi celelalte dotări specifice, utilaje şi echipamente.

Contestatoarea arată că în cadrul Proiectului sondei 5 ... nr. ..., faza PT + DE, depus de câştigătoare este menţionat că garnitura de foraj are o greutate de 117,7 tone [pagina 13], or din verificarea documentaţiei tehnice a instalaţiei de foraj MR 8000, echipată cu Top Drive, cum este cea ofertată de câştigătoare, rezultă că sarcina dinamică nominală maximă garantată de producător pentru lucru în siguranţă este de 115 tone la 100 rot/min, iar nu 117,7 tone (greutatea garniturii de prăjini utilizate pe intervalul aferent coloanei tehnice II).

În continuare aceasta arată că din bunele practici internaţionale în domeniul forajului se cunoaşte faptul că în timpul săpării „rotary” se vor depăşi 100 rot./min. ducând la scăderea sarcinii dinamice nominale iar consecinţele utilizării instalaţiei de foraj peste sarcina maximă garantată sunt:

- rotirea garniturii de foraj în apropierea adâncimii de 3000 metri nu ar putea fi realizată în conformitate cu cerinţele tehnice specificate în proiectul de foraj referitoare la posibilitatea obţinerii şi menţinerii de 100 rot./min.;

- există totodată posibilitatea de accident tehnic prin smulgerea, fisurarea, ruperea, atât a fusului Top Drive-ului cât şi a reducţiei de protecţie precum şi a îmbinărilor prăjinilor de foraj, în condiţiile de suprasolicitare a echipamentului Top Drive.

De asemenea, contestatoarea arată că în cadrul caietului de sarcini - Proiectului sondei 5 ... nr. ..., faza PT + DE, autoritatea contractantă solicită la pagina 35 ca puterea pompelor de noroi să fie 1300 CP, or instalaţia MR 8000 ofertată de câştigătoare are în dotare pompe de 1000 CP.

În continuare, contestatoarea redă informaţii din cuprinsul Proiectului, cu privire la specificaţiile tehnice ale instalaţiei MR 8000, susţinând că respectiva instalaţie a fost ofertată de către ... ... - societate în insolvenţă.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestaţie, precum şi documentele necesare soluţionării cauzei.

În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă arătă că ... – societate în insolvenţă a depus o declaraţie privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006 în cuprinsul căreia a precizat că şi-a îndeplinit obligaţiile fiscale şi a făcut cunoscut faptul că este o societate în insolvenţă potrivit Legii nr. 85/2014.

Aceasta invocă dispoziţiile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 potrivit cărora debitorul aflat în insolvenţă nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice, aceste dispoziţii fiind reluate şi de art. 181 lit. a) din OUG nr. 34/2006 potrivit căruia măsura excluderii poate fi luată de către comisia de evaluare numai faţă de un ofertant aflat în faliment, una din consecinţele deschiderii procedurii insolvenţei este şi aceea ca debitorului aflat în insolvenţă nu îi este permis să efectueze nicio plată, inclusiv către buget, fără aprobarea distribuţiei sumelor respective înscrise în tabelul creditorilor.

Autoritatea contractantă arată că dacă ar fi respins oferta ... – societate în insolvenţă ca fiind inacceptabilă având în vedere prevederile art. 181 lit. c), ar fi făcut inaplicabile prevederile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014.

De asemenea, aceasta arată că legiuitorul a lăsat la latitudinea autorităţii contractante posibilitatea respingerii ofertantului chiar şi în ipoteza în care acesta din urmă înregistrează obligaţii fiscale, după cum rezultă din formularea textului de lege (art. 181 din OUG nr. 34/2006 – „Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude …")

Autoritatea contractantă apreciază că în mod legal în temeiul asumării răspunderii şi nefiind ţinută de vreo obligaţie legală în sensul excluderii din procedură a unui ofertant cu datorii fiscale, aceasta a decis să declare ca fiind acceptabilă oferta ... – societate în insolvenţă.

În legătură cu motivele pentru care contestatoarea solicită ca oferta câştigătoare să fie declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică a acesteia, respectiv neconformă cu cerinţele caietului de sarcini, autoritatea contractantă constată că autoarea contestaţiei face o confuzie invocând unele motive de neconformitate şi anume date şi elemente tehnice caracteristice unei instalaţii de foraj MR 8000, deoarece ofertanta câştigătoare ... – societate în insolvenţă a prezentat pentru execuţia contractului o instalaţie de foraj MR 7000 XS, a cărei capacitate şi date tehnice, prezentate în cadrul ofertei tehnice, corespund cerinţelor caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă concluzionează că motivaţiile evidenţiate de contestatoare nu au suport pentru a declara oferta

tehnică a câştigătoarei ca fiind inacceptabilă pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică a ofertantului.

Prin cererea de intervenţie depusă, ... – societate în insolvenţă, în calitate de ofertantă la procedura de achiziţie publică în cauză, a solicitat Consiliului să dispună cele menţionate în partea introductivă, aducând argumente de natură a contrazice susţinerile contestatoarei în referire la oferta sa.

Cererea de intervenţie formulată de ... – societate în insolvenţă este calificată de Consiliu ca fiind o cerere de intervenţie accesorie conform art. 63 din Codul de procedură civilă, operatorul economic declarat câştigător având interesul ca actul autorităţii contractante prin care a fost declarat câştigător să fie menţinut prin respingerea contestaţiei. O asemenea cerere este admisibilă având în vedere că prin dispoziţiile art. 297 din OUG nr. 34/2006 legiuitorul a dispus că „În măsura în care prezenta ordonanţă de urgenţă nu prevede altfel, sunt aplicabile dispoziţiile dreptului comun”.

Consiliul, constatând că sunt îndeplinite cerinţele impuse de art. 61 alin. (1) şi (3) Cod procedură civilă, în temeiul art. 63 şi art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, a admis în principiu cererea de intervenţie accesorie în sprijinul autorităţii contractante formulată de ... – societate în insolvenţă întrucât aceasta şi-a dovedit interesul în procedură, prin declararea ofertei acesteia ca fiind câştigătoare, şi va dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a ... – societate în insolvenţă.

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

Procedura de licitaţie deschisă, desfăşurată fără utilizarea mijloacelor electronice (offline, fără etapă finală de licitaţie electronică), a fost iniţiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „LUCRĂRI PREGĂTITOARE PROVIZORII, FORAJ ŞI PROBE DE PRODUCŢIE LA SONDELE 5 ... ŞI 6 ...”, prin publicarea în sistemul electronic de achiziţii publice (SEAP) a anunţului de participare nr. .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „preţul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 18.101.073,68 lei, fără TVA.

Ofertele depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul şedinţei desfăşurate în acest scop, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. ....

Comisia de evaluare şi-a finalizat activitatea prin întocmirea raportului procedurii nr. ....

În calitatea sa de participantă la procedura de achiziţie publică în cauză, ... a primit din partea autorităţii contractante adresa nr. 10859 din 18.04.2016, transmisă prin fax la data de 18.04.2016, prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire. În adresă se precizează că oferta acestei societăţi nu a fost declarată

necâştigătoare, deoarece, în urma aplicării criteriului de atribuire „preţul cel mai scăzut”, aceasta s-a clasat pe locul 2, cu un preţ de 12.484.543,47 lei, fără TVA, oferta declarată câştigătoare, a fost cea depusă de ... ..., cu o propunere financiară de 11.517.023,87 lei, fără TVA. Totodată, autoritatea contractantă comunică faptul că oferta ... ... a fost declarată inacceptabilă şi se respinge conform art. 81 din HG nr. 925/2006.

Împotriva deciziei autorităţii contractante de a declara câştigătoare oferta depusă de ... ..., ... formulează contestaţie (însoţită de garanţia de bună conduită în valoare de 44.854,00 lei) pentru motivele arătate anterior şi solicită Consiliului să dispună:

- constatarea nulităţii absolute a raportului procedurii, precum şi a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- obligarea autorităţii contractante la emiterea unui nou raport al procedurii, prin care să desemneze câştigătoare, pe baza criteriului de atribuire, oferta acceptabilă şi conformă.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticii referitoare la neîndeplinirea, de către oferta câştigătoare, a criteriilor privind situaţia personală a ofertantului prin nerespectarea dispoziţiilor art. 181 lit. c) din OUG nr. 34/2006, motivat de faptul că aceasta este supusă unei proceduri de insolvenţă, fiind debitorul unei obligaţii fiscale în cuantum de 8.856.707 lei, pentru care creditorul bugetar şi-a înregistrat creanţa fiscală corelativă la masa credală.

Prin fişa de date, parte a documentaţiei de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziţie publică în cauză, secţiunea III – „Informaţii juridice, economice, financiare şi tehnice”, capitolul III.2) – „Condiţii de participare”, punctul III.2.1) – „Situaţia personală a operatorilor economici, inclusiv cerinţele referitoare la înscrierea în registrul comerţului sau al profesiei”, subpunctul III.2.1.a) – „Situaţia personală a candidatului sau ofertantului”, s-au solicitat, printre altele, următoarele:

„Cerinţa nr. 2

Declaraţie privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. 34/2006, referitoare la excluderea dintr-o procedură a ofertantului/asociatului care se află în oricare din situaţiile prevăzute de articolul sus menţionat.”

Analizând documentele depuse de ... – societate în insolvenţă în dovedirea îndeplinirii cerinţei de calificare privind situaţia personală a ofertantului, Consiliul reţine că ofertanta câştigătoare a îndeplinit această cerinţă, aşa cum a fost formulată de autoritatea contractantă prin documentaţia de atribuire, depunând formularul nr. 2 – *„Declaraţie privind neîncadrarea în situaţiile prevăzute la art. 181 din Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului nr. 34/2006”* emisă de ... în calitate de Director General al ... – societate în insolvenţă şi administrator judiciar ...în care este menţionat după cum urmează:

„a) nu sunt în stare de faliment ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic;

b) mi-am îndeplinit obligaţiile de plată a impozitelor, taxelor şi contribuţiilor de asigurare socială către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în ţara în care este stabilit;*

[…]

Notă: b) Societatea se află în insolvenţă şi este sub incidenţa Legii nr. 85/2014"*

Din expunerile părţilor, necontestate de niciuna dintre ele, Consiliul constată că ... se află în insolvenţă. De asemenea, intervenienta recunoaşte existenţa creanţelor înscrise în tabelul de creanţe şi susţine că ne aflăm în situaţia unor creanţe născute anterior deschiderii procedurii şi nescadente, potrivit dispoziţiilor art. 102 alin. (4) din Legea insolvenţei.

Potrivit dispoziţiilor art. 157 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 207 din 2015 privind Codul de procedură fiscală *„(2) Nu sunt considerate obligaţii fiscale restante:*

[…]

c) obligaţiile fiscale cu termene de plată viitoare stabilite în planul de reorganizare judiciară aprobat în condiţiile legii.".

Conform informaţiilor existente pe http://portal.just.ro (dosar nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Specializat ...), Consiliul constată că, în discuţie, este insolvenţa ..., şi nu falimentul acestei societăţi. Astfel, se constată că Tribunalului Specializat ... a stabilit în 13.04.2016 după cum urmează: *„Înlocuieşte administratorul judiciar provizoriu al debitorului ...., cu sediul în ....., practicianul în insolvenţă ..., cu sediul în ....., şi, în continuare Desemnează noul administrator judiciar provizoriu: consorţiul de practicieni în insolvenţă CABINET INDIVIDUAL ... şi CABINET INDIVIDUAL ..., cu sediul profesional în ..., cu o remuneraţie în cuantum de 3.000 lei pentru întreaga procedură. Stabileşte obligaţia fostului administrator judiciar provizoriu de a preda, în cel mult 15 de zile, către noul administrator judiciar provizoriu întreaga gestiune a averii debitorului. Stabileşte obligaţia noului administrator provizoriu de a prelua, în cel mult 15 de zile, de la fostul administrator judiciar provizoriu gestiunea averii debitorului"*.

În cazul de faţă, ofertanta câştigătoare fiind în insolvenţă, nu în faliment, angajamentul fiind asumat de consorţiul de practicieni în insolvenţă, autoritatea contractantă nu avea motive pentru respingerea ofertei. Dreptul autorităţii contractante de a respinge un operator economic participant la procedură (ofertant) este stabilit în clar de legiuitor ca privind situaţia intrării în faliment *ca urmare a hotărârii pronunţate de judecătorul-sindic*, situaţie pe deplin aplicabilă şi ofertantei câştigătoare. Or, la momentul evaluării ofertelor, nu există o astfel de hotărâre.

Relevante în situaţia de fapt dată sunt prevederile cuprinse în anexa nr. 1 din Ordinul preşedintelui Autorităţii Naţionale pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare şi selecţie potrivit cărora cerinţa restrictivă a prezentării unei „declaraţii potrivit căreia operatorul economic se află în procedura de insolvenţă", transpare voinţa autorităţii de reglementare de a excepta de la evaluarea ofertei eventuala stare de insolvenţă în care s-ar afla ofertanţii. Altfel spus, interzicând autorităţilor contractante să ceară ofertanţilor informaţii legate de insolvenţă, sub sancţiunea neacceptării/ nevalidării documentaţiei/anunţului/invitaţiei de participare, fosta Autoritate Naţională pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice a interzis, implicit, şi dreptul de a evalua ofertele prin prisma eventualei stări de insolvenţă a operatorilor economici.

Astfel, Consiliul stabileşte că sunt neîntemeiate criticile contestatoarei referitoare la situaţia personală a ofertantei câştigătoare.

În ceea ce priveşte criticile ofertantei contestatoare cu privire la neconformitatea ofertei depuse de ... – societate în insolvenţă, Consiliul o va respinge, ca nefondată, pentru următoarele motive.

Din cuprinsul contestaţiei rezultă că ofertanta contestatoare critică o serie de neconformităţi a instalaţiei de foraj MR 8000 ofertată de ... – societate în insolvenţă.

Analizând documentele depuse de ... – societate în insolvenţă în cadrul propunerii tehnice în legătură cu instalaţia de foraj, Consiliul reţine că ofertanta câştigătoare a prevăzut o instalaţie de foraj MR 7000 XS, cu specificaţii diferite de instalaţia de foraj MR 8000, presupus a fi ofertată.

Astfel că autoarea contestaţiei face o confuzie, după cum bine arată autoritatea contractantă în punctul de vedere, cu privire la instalaţia de foraj prezentată pentru execuţia contractului de achiziţie publică.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept evocate, în baza art. 278 alin. (5) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările şi completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestaţia depusă de ... în contradictoriu cu ....

Faţă de cele stabilite mai sus cu ocazia soluţionării contestaţiei, în baza art. 278 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare, Consiliul va admite cererea de intervenţie accesorie în sprijinul autorităţii contractante depusă de ... – societate în insolvenţă.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanţa de urgenţă, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziţie publică cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 280 alin. (3) din ordonanţa de urgenţă.

PREŞEDINTE COMPLET,
...

MEMBRU COMPLET, **MEMBRU COMPLET,**
... **...**

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 9 (nouă) pagini.