



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., reprezentantă legal prin ... – Administrator, împotriva răspunsurilor formulate în cadrul clarificărilor nr. 12 și 13, de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată, în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare, având ca obiect *„cutii de ajutoare alimentare în cadrul Programului Operațional Ajutorarea Persoanelor Defavorizate 2015”*, coduri CPV 15897300-5 – Pachete de alimente (Rev.2); 60000000-8 – Servicii de transport (cu excepția transportului de deșeuri) (Rev.2), s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la anularea, în parte, a răspunsurilor emise în cadrul clarificărilor nr. 12 și 13 și emiterea unui răspuns care să respecte prevederile OUG nr. 34/2006, stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, în subsidiar, în măsura în care nu mai pot fi adoptate măsuri de remediere, anularea procedurii, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, respectiv a primei de asigurare achitate pentru constituirea garanției de bună conduită și a cheltuielilor efectuate în urma studiului dosarului achiziției publice.

Prin cererea de intervenție nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., reprezentată de ... - Administrator, s-a solicitat respingerea contestației depuse de ..., și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Admite cererea de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ... a contestat răspunsurile formulate în cadrul clarificărilor nr. 12 și 13, solicitând cele precizate în partea introductivă.

Contestatoarea prezintă istoricul procedurii, arătând că în data de 10.12.2015, autoritatea contractantă a publicat în SEAP un set de clarificări, printre care și clarificarea nr. 12 și clarificarea nr. 13.

În cele ce urmează, ... redă întrebarea nr. 17 și răspunsul la aceasta din conținutul clarificării nr. 12, din data de 10.12.2015, precum și o serie de prevederi legale, respectiv prevederile art. 4 și 8 din Legea nr. 72/2013, concluzionând că sancțiunea minimă garantată de legiuitor pentru neîndeplinirea obligațiilor este dobânda legală penalizatoare și orice clauză care stabilește dobânda penalizatoare, respectiv clauza penală sub minimul dobânzii legale, este abuzivă și nelegală.

Astfel, aceasta consideră că respectivele clauze contractuale, care au prevăzut penalități de 0,01% / zi, sunt abuzive și lovite de nulitate, întrucât dobânda penalizatoare stabilită de aceste clauze este sub dobânda legală penalizatoare de 0,034% / zi întârziere.

Contestatoarea redă art. 14 și art. 8 din Legea nr. 72/2013, respectiv art. 3 alin. (2¹) din OG nr. 13/2011, subliniind că din coroborarea acestor articole, rezultă că în contractele încheiate între profesioniști și autoritățile contractante „dobânda penalizatoare nu poate fi mai mică decât nivelul dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”. Ori, potrivit Circularei Băncii Naționale a României nr. 72/2013, publicată în Monitorul Oficial al României partea I nr. 495/06.08.2013, aceasta dobândă a fost stabilită la nivelul de 4,5% pe an, începând cu data de 06 august 2013. În aceste condiții, clauza penalizatoare este de 0,034% pe zi de întârziere.

De asemenea, ... redă întrebarea nr. 22 și răspunsul la aceasta din cuprinsul clarificării nr. 12 din data de 10.12.2015, precum și art. 7 din Instrucțiunea ANRMAP nr. 1 din 25 august 2015, emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din OUG nr. 34/2006, și invocă art. 33 alin. (1), respectiv art. 176 din OUG nr. 34/2006, concluzionând că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 78 alin. (2) din OUG nr.

34/2006, obligând astfel contestatoarea să solicite o nouă clarificare pe marginea aceluiași subiect.

Astfel, ... consideră că este prejudiciată și îi este restrâns dreptul de a participa la atribuirea contractului de achiziție publică, fiind astfel încălcate art. 178 și art. 179 din OUG nr. 34/2006.

În susținerea afirmației sale, aceasta arată că din răspunsurile autorității contractante nu reiese în mod clar dacă oferta prezentată va fi sau nu respinsă. Prin urmare, contestatoarea se consideră vătămată de răspunsurile incomplete și neclare ale autorității contractante, deoarece nu știe clar care sunt cerințele sale.

Totodată, contestatoarea redă întrebarea nr. 1 și răspunsul la aceasta din cuprinsul clarificării nr. 13 din data de 10.12.2015, subliniind că exemplul dat de autoritatea contractantă în conținutul răspunsului său nu este corect din punct de vedere matematic și este de natură să inducă în eroare pe ofertanți.

În susținerea afirmației sale, ... arată că valoarea alimentelor cu TVA nu se calculează din valoarea totală cu TVA, împărțită la 1.01. Valoarea fără TVA se calculează de către fiecare ofertant în parte, pe baza ofertelor primite. La calculul prețului total se pornește de la valoarea fără TVA, la care se adaugă TVA. De asemenea, valoarea estimată a pachetului este raportată la prețul fără TVA.

Mai mult decât atât, contestatoarea arată că la un preț unitar de 32.44 lei/pachet, fără TVA și la o cantitate de 543.190 pachete (pentru lotul 1), suma totală ce ar trebui înscrisă în formularul de ofertă este de 17.621.083,60 lei, față de 17.620.087,62 lei cât a menționat autoritatea contractantă. În plus, prețul unitar per cutie livrată la primărie, respectiv prețul ce urmează a se cripta în SEAP, ar trebui să aibă două zecimale, ceea ce în exemplul autorității contractantă nu se regăsește.

Cu privire la anularea procedurii, ... menționează că această solicitare se justifică, întrucât la data de 17.12.2015, ora 16:00, autoritatea contractantă nu a răspuns în mod clar și complet la toate solicitările de clarificări, ofertanții neavând posibilitatea întocmirii unei oferte acceptabile pentru faptul că cerințele autorității contractante erau neclare.

În acest sens, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la emiterea unor răspunsuri de clarificări clare și complete și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor.

Față de cele de mai sus, ... opinează că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind principiile achizițiilor publice, remedierea cerințelor nelegale neputându-se face decât prin modificarea documentației de atribuire conform celor prezentate în contestație și prin acordarea unui nou termen de depunere al ofertelor în conformitate cu prevederile legale.

Drept urmare, având în vedere că etapa de depunere a ofertelor s-a încheiat în data de 17.12.2015, ora 16:00, și în măsura în care nu mai pot fi adoptate măsuri de remediere, ... a solicitat anularea procedurii, constatând că sunt incidente dispozițiile art. 209 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând, respingerea acesteia, întrucât a fost tardiv introdusă, de o persoană fără calitate, lipsită de interes legitim actual, direct și personal, precizând totodată că toate criticile formulate de contestatoare, sunt nefondate.

Astfel, invocând prevederile art. 255 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă menționează că, autoarea contestației nu a solicitat clarificări în perioada anterioară depunerii ofertelor, nu a depus garanția de participare și nu a depus ofertă pentru niciunul dintre cele 13 loturi, aceasta nu are și nu a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire în cauză.

În continuare, autoritatea contractantă aduce argumente în ceea ce privește invocarea excepției tardivității introducerii contestației, precizând că răspunsurile la solicitările de clarificări au fost publicate în SEAP la data de 10.12.2015, iar termenul de 10 zile prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006 s-a împlinit la data de 21.12.2015.

Totodată, în cadrul răspunsurilor s-a menționat faptul că prevederile documentației de atribuire nu se modifică.

În concluzie, contestația a fost formulată la data de 23.12.2015, la 57 de zile de la data publicării documentației de atribuire, autoritatea contractantă invocând prevederile art. 256² alin. (2) din ordonanța de urgență.

Totodată, ... invocă și dispozițiile art. 271¹ alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006, afirmând că ... a depus dovada constituirii garanției de bună conduită, la data de 22.12.2015, anterior depunerii contestației și, mai mult, aceasta a fost constituită în cuantumul aferent unui singur lot, fără a face dovada că se încadrează în categoria întreprinderilor mici și mijlocii.

Pe fond, autoritatea contractantă aduce argumente împotriva susținerilor formulate de contestatoare, în cuprinsul contestației, considerându-le nefondate.

Astfel, în ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la răspunsul autorității contractante, la întrebarea nr. 17 din clarificarea nr. 12, aferentă lotului 2, ... precizează că, în referire la forma de contract contestată, prevederile art. 4 din Legea nr. 72/2013 nu sunt aplicabile în speță.

Referitor la nulitatea clauzelor contractuale ce privesc dobânda penalizatoare, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 14 și 15 din legea mai sus amintită, solicitând respingerea acestor critici, ca fiind neîntemeiate.

În susținere, aceasta invocă dispozițiile art. 3 alin. (2) punctul 1 din OG nr. 13/2011 și circulara nr. 17 din 6 mai 2015 privind nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, afirmând că, nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, stabilit în modelul de contract, nu este inferior dobânzii legale penalizatoare, considerând astfel criticile contestatoarei, ca fiind neîntemeiate.

Referitor la susținerile contestatoarei cu privire la încălcarea prevederilor art. 78 alin. (2), art. 178 și 179 din ordonanța de urgență, în

ceea ce privește răspunsul autorității contractante la întrebarea nr. 22 din clarificarea nr. 12, aferentă lotului 2, ... invocă dispozițiile art. 3 alin. (3) din Hotărârea nr. 634/2015, considerând nefondate afirmațiile

În ceea ce privește susținerile contestatoarei, conform cărora se află în situația de a nu ști care sunt cerințele în funcție de care să își întocmească potențiala ofertă, autoritatea contractantă precizează că sunt eronate, întrucât cerințele minime au fost publicate în SEAP, fiind accesibile oricărui operator economic, începând cu data de 27.10.2015.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei cu privire la încălcarea prevederilor art. 78 alin. (2), din ordonanța de urgență, referitor la răspunsul autorității contractante la clarificarea nr. 13, aferentă lotului 1, ... precizează că în această clarificare, modul de calcul estimativ al prețului unitar/cutie a fost prezentat cu titlu de exemplu, astfel cum a fost calculat în programul Excel, utilizând aproximarea cu două zecimale, aducând argumente în acest sens, susținând că a prezentat o modalitate de calcul corectă.

Totodată, autoritatea contractantă afirmă că nu a impus un algoritm de calcul, modul de constituire a prețului ofertat rămânând în sarcina operatorilor economici, cu încadrarea în valoarea maximă estimată a contractului.

În final, ... precizează că în cadrul acestei proceduri, au fost depuse 99 de oferte pentru toate cele 13 loturi, de la 18 operatori economici diferiți, care nu au întâmpinat dificultăți în depunerea ofertelor din motivele invocate de contestatoare în cuprinsul contestației.

Prin cererea de intervenție nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ..., își justifică interesul său în formularea acesteia, prin calitatea sa de ofertant în cadrul procedurii de achiziție publică în cauză.

În cele ce urmează, intervenienta invocă excepția tardivității contestației, prin raportare la data transmiterii acesteia și la conținutul documentației de atribuire.

În susținerea excepției, ... invocă prevederile art. 255 alin. (1) și art. 255² alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Totodată, se arată că prin răspunsurile sale la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă nu a modificat documentația de atribuire, drept urmare invocarea pretinselor motive de nelegalitate ale actului atacat, întemeiate pe încălcări ale legislației achizițiilor publice ce ar fi avut loc la nivelul documentației de atribuire, nu este în termen.

Intervenienta invocă și excepția lipsei de interes în formularea contestației de către ..., motivat de faptul că aceasta a fost formulată după data limită de depunere a ofertelor, nu a fost depusă ofertă și nici nu ar fi putut îndeplini toate criteriile de calificare, ignorându-se, astfel, prevederile art. 255 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006.

Pe fond, referitor la existența unei clauze contractuale care stabilește o penalitate inferioară dobânzii legale penalizatoare, ... face următoarele precizări:

- penalitățile prevăzute în proiectul de contract sunt aplicabile exclusiv furnizorului, căruia îi incumbă obligația de a face, iar nu aceea de plată. În

plus, penalitatea stabilită contractual de autoritatea contractantă pentru întârzieri față de termenele de livrare este de 0.1%;

- prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă nu a instituit pentru sine vreo penalitate pentru plata cu întârziere către furnizor. Raportat la dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, dobânda legală penalizatoare se aplică ope legis.

Cu privire la presupusa substituie a autorității contractante de către ANAP – în referire la stabilirea cerinței de calificare privind cuantumul cifrei de afaceri, intervenienta menționează:

- prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă a confirmat faptul că în îndeplinirea cerinței de calificare legată de situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională, capacitatea terțului susținător va fi cumulată cu cea a ofertantului, respectând în acest context dispozițiile legale în vigoare;

- raportat la situația consilierii metodologice la care face referire autoritatea contractantă, ... precizează că potrivit dispozițiilor art. 3 lit. c) din OUG nr. 13/2015, coroborate cu cele ale art. 3 alin. (3) lit. b) din HG nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, în realizarea funcțiilor sale, ANAP are, printre atribuțiile principale și pe aceea de a consilia metodologic autoritățile contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică și de concesiune, cu rol de suport operațional în aplicarea corectă a legislației în acest domeniu, fără ca prin aceasta să se substituie autorității contractante.

Raportat la exemplul dat de autoritatea contractantă cu privire la modalitatea de completare a formularului 14.1, ... apreciază că respectivul calcul are un caracter pur orientativ, fiecare ofertant întocmindu-și propunerea financiară și oferta în funcție, inclusiv de prețurile obținute de la producători/furnizori, cu luarea în considerare a precizărilor de la pct. 4 din secțiunea IV.4.2 a fișei de date a achiziției.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost atașate punctului de vedere, fiind înregistrate la Consiliu cu nr.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis un punct de vedere, întocmit în urma studierii punctului de vedere al autorității contractante.

În cuprinsul adresei, ... aduce argumente în combaterea punctului de vedere al autorității contractante vizavi de excepția tardivității, a lipsei de interes, făcând precizări, totodată, și cu privire la garanția de bună conduită depusă.

În cele ce urmează, contestatoarea subliniază aspecte de fond, reiterând cele deja prezentate în cadrul contestației.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a transmis un punct de vedere întocmit în urma studierii punctului de vedere al autorității contractante și a cererii de intervenție formulate de ..., reiterând cele deja precizate anterior prin contestație și adresa nr.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare, având ca obiect *„cutii de ajutoare alimentare în cadrul Programului Operațional Ajutorarea Persoanelor Defavorizate 2015”, coduri CPV 15897300-5 – Pachete de alimente (Rev.2); 60000000-8 – Servicii de transport (cu excepția transportului de deșeuri) (Rev.2)*, elaborând, în acest sens, documentația aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ..., conform căruia valoarea estimată este de 256.835.410,8 lei, fără TVA, iar, criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”.

Urmare luării la cunoștință de răspunsurile la solicitările de clarificări, pentru motivele evocate anterior, ... a depus la Consiliu contestația în analiză.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de ..., văzând că are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind unul dintre ofertanții participanți la procedură, astfel cum rezultă din *lista ofertanților participanți la procedura de atribuire*, existentă la dosarul cauzei, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 456/24.12.2015, Consiliul, constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă, în temeiul art. 63 și 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, având în vedere că prin aceasta se solicită respingerea contestației ..., ceea ce coincide cu solicitarea autorității contractante și dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a

Cercetând cu înțâietate, potrivit prevederilor art. 278 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, excepția invocată de autoritatea contractantă referitoare la nedepunerea garanției de bună conduită odată cu contestația, fiind depusă cu o zi înainte și constituită în cuantumul aferent unui singur lot, Consiliul constată netemeinicia acesteia.

Astfel, în ceea ce privește constituirea garanției de bună conduită, Consiliul reține că, potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2014, art. 271¹: (1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/ hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia. (2) *Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).* (3) *Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.* (4) *Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel: [...] c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta*

este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției [...] (5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă [...].

Autoritatea contractantă fiind nemulțumită de faptul că societatea contestatoare nu a depus dovada constituirii garanției de bună conduită odată cu contestația, aceasta fiind înaintată cu o zi înainte și cuantumul acesteia acoperă un singur lot, fără a face dovada că se încadrează în categoria IMM, a solicitat să se respingă contestația având în vedere incidența articolului 271¹ alin. (2) din ordonanță, context în care Consiliul apreciază că nu se poate considera că, în prezenta cauză nu a fost depusă garanția de bună conduită, ea fiind la dispoziția autorității contractante, în acest sens fiind depusă polița de asigurare de garanție nr. 0132464/21.12.2015, emisă de CertAsig, în valoare de 25.000 euro, data intrării în vigoare fiind data de 21.12.2015 (data depunerii contestației), valabilitatea acesteia expirând la data de 21.03.2016.

Astfel, garanția de bună conduită prezentată acoperă perioada cuprinsă între data depunerii contestației și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului de soluționare a acesteia, fiind valabilă 90 de zile, conform prevederilor legale anterior citate.

Faptul că dovada constituirii garanției de bună conduită a fost înregistrată la sediul autorității contractante la data de 22.12.2015, anterior înregistrării contestației, aceasta nu înseamnă că respectiva garanție nu este acoperitoare conform prevederilor art. 271¹ alin. (3) din ordonanță. În plus, ar fi și inechitabilă sancțiunea respingerii, câtă vreme scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ..., astfel cum impune 271¹ alin. (1) din ordonanță, este atins în prezenta cauză.

Referitor la cuantumul garanției de bună conduită, Consiliul are în vedere că aceasta este în valoare de 25.000 euro, fiind acoperitoare, având în vedere prevederile art. 271¹ alin. (4) lit. c) din ordonanța de urgență.

Astfel, nu va fi reținută susținerea autorității contractante potrivit căreia garanția de bună conduită s-a constituit în cuantumul aferent unui singur lot, fără a se face dovada că se încadrează în categoria IMM, întrucât prevederile legale care reglementează constituirea garanției de bună conduită nu fac referire la încadrarea în categoria Întreprinderilor Mici și Mijlocii.

Trecând la soluționarea excepției lipsei de interes a ... în formularea contestației, invocată atât de autoritatea contractantă cât și de intervenientă, Consiliul constată lipsa de temeinicie a acesteia.

În conformitate cu prevederile art. 255 alin. (1) – (3) din OUG nr. 34/2006, *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin*

contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență. (2) În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care: a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire; b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire. (3) În sensul prevederilor alin. (1), prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, potrivit prevederilor evocate, orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ – jurisdicțională.

În cauza de față, cu certitudine societatea contestatoare are un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire, iar prejudiciul pe care îl încearcă provine din faptul că nu poate participa cu ofertă la procedură, în condițiile în care se consideră vătămată prin răspunsurile la clarificări, apreciate incomplete.

Interesul ei constă în participarea și câștigarea licitației, însă datorită cerințelor apreciate abuzive, ... nu poate participa la procedură.

Interesul în formularea contestației nu trebuie limitat la nedepunerea ofertei, ci la actele autorității contractante care au condus la aceasta, acte prin care s-a adus atingere atât dreptului, cât și interesului operatorului economic de a deveni participant la procedură și eventual, contractant.

Cu alte cuvinte, un operator economic are interes în a formula contestație la documentația de atribuire indiferent dacă a depus sau nu ofertă.

Trecând la soluționarea pe fond a contestației, Consiliul constată că societatea contestatoare aduce critici următoarelor clarificări la documentația de atribuire:

Clarificarea nr. 12

Întrebarea nr. 17

„În temeiul principiului bunei credințe la negocierea și încheierea contractelor statuat de art. 1183(2) NCC și a principiilor care stau la baza procedurilor de achiziție publică, enunțate în art.2 al OUG 34/2006, în contextul în care potrivit dispozițiilor contractului, pentru neplata facturilor la scadență ... este ținut la suportarea unei penalități de 0,02% din valoarea neachitată, vă rugăm să ne confirmați că penalitățile aplicate fiecărei părți pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale vor fi în cuantum de 0,02% pe zi din contravaloarea obligației neîndeplinită/îndeplinită cu întârziere începând cu data scadenței acesteia menționată în contract sau în alte documente încheiate/asumate de părți până la îndeplinirea integrală a acesteia.”

Răspuns nr. 17

„Înțelegerea dumneavoastră nu este corectă. Conform prevederilor modelului orientativ de contract publicat, respectiv art. 10.4, se stipulează faptul că «Pentru întârzieri fata de termenele de livrare pentru fiecare din cele patru transe, menționate la art. 8, alin. 8.3, Achizitorul va aplica o penalizare de 0,1% pentru fiecare zi de întârziere la valoarea cutiilor cu alimente livrate cu întârziere.» Conform prevederilor modelului orientativ de contract publicat, respectiv art. 10.7, se stipulează faptul că «Facturile furnizorului primite după termenul de 20 zile menționat la art. 8, alin. 8.7.8, vor fi penalizate cu 0,02% din valoare pentru fiecare zi de întârziere.» Dispozițiile la care faceți trimitere referitoare la suportarea de către Achizitor la plata unei penalități de 0,02% din valoarea neachitată în cazul în care nu sunt onorate la plată facturii la termenul de scadență nu se regăsesc în modelul orientativ de contract publicat.”

Astfel, analizând întrebarea nr. 17, Consiliul observă că operatorul economic face trimitere la suportarea de către achizitor la plata unei penalități de 0,02% din valoarea neachitată în cazul în care nu sunt onorate la plată facturile la termenul de scadență, ori această prevedere, așa cum a specificat și autoritatea contractantă, nu se regăsește în modelul orientativ de contract, publicat în cadrul documentației de atribuire, aceasta constituind practic o solicitare de modificare a clauzelor contractuale.

Din analiza răspunsului se observă că autoritatea contractantă nu a modificat documentația și nu a introdus nicio cerință nouă.

Existența unei corespondențe de clarificare cu autoritatea contractantă a unui operator economic și publicarea unui răspuns la clarificări nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din cadrul modelului de contract de la data publicării documentației – 27.10.2015 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea clarificarea, completarea sau schimbarea lor, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de ordonanță. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest mod, deturnat textul legii, dacă urmare publicării unui răspuns la anumite solicitări de clarificări/modificări operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la publicarea răspunsului.

Fiind ținut de excepția tardivității, așa cum a remarcat atât autoritatea contractantă cât și intervenienta, Consiliul nu va analiza pe fond critica formulată de contestatoare cu privire la aceste aspect.

În ceea ce privește răspunsul nr. 22 publicat de autoritatea contractantă în cadrul clarificării nr. 22, Consiliul are în vedere următoarele:

Întrebarea nr. 22

„Raportat la prevederile legale și cele de la pct. III.2.2 din fișa de date potrivit căroră ofertantul își poate demonstra situația economică și financiară invocând și susținerea acordată de către o altă persoană (terță parte), vă rugăm să confirmați că cerința privind nivelul minim al mediei cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani poate fi îndeplinită conform dispozițiilor Instrucțiunii nr. 1/2015 emisă de A.N.R.M.A.P. în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din OUG nr. 34/2006, prin cumularea cifrei de afaceri aparținând terțului susținător cu cea a ofertantului. Totodată, în situația în care ofertantul este IMM, dat fiind că toate criteriile de calificare și selecție se aplică ofertantului potrivit legii, vă rugăm să confirmați că acesta va beneficia de reducerea cu 50% a cerinței privind cuantumul cifrei de afaceri indiferent dacă terțul susținător este IMM sau nu.”

Răspuns nr. 22

„Autoritatea Contractantă precizează că: În conformitate cu prevederile art. 186 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, «Capacitatea economică și financiară a ofertantului/ candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă». În conformitate cu prevederile art. 7 din INSTRUCȚIUNEA nr. 1 din 25 august 2015 emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii «atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare legate de situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională, prin invocarea susținerii acordate de unul ori mai mulți terți, capacitatea acestuia/acestora

va fi cumulată, după caz, cu cea a ofertantului/candidatului pentru îndeplinirea respectivei cerințe».

În ceea ce privește solicitarea privind reducerea cu 50% a cerinței privind cuantumul cifrei de afaceri indiferent dacă terțul susținător este I.M.M. sau nu, vă comunicăm faptul că această speță nu este în mod expres reglementată de legislația din domeniul achizițiilor publice sau de un alt document emis de Agenția Națională pentru Achiziții Publice (A.N.A.P.), iar dacă se va constata existența unei astfel de situații în timpul procesului de evaluare a ofertelor, atunci aceasta va face obiectul unei clarificări și solicitări de consiliere metodologică transmisă de comisia de evaluare către A.N.A.P.

Agenția Națională pentru Achiziții Publice este instituția competentă ce poate oferi un răspuns opozabil terților într-o astfel de speță. Autoritatea contractantă face precizarea că prin prezentul răspuns la solicitarea de clarificare prevederile documentației de atribuire nu se modifică.”

Analizând răspunsul autorității contractante la întrebarea nr. 22, Consiliul reține că autoritatea contractantă a confirmat faptul că, în îndeplinirea cerinței de calificare legată de situația economică și financiară, capacitatea terțului susținător va fi cumulată cu cea a ofertantului, respectând în acest context dispozițiile art. 7 din Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/2015 emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii „atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare legate de situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională, prin invocarea susținerii acordate de unul ori mai mulți terți, capacitatea acestuia/acestora va fi cumulată, după caz, cu cea a ofertantului/candidatului pentru îndeplinirea respectivei cerințe”.

În ceea ce privește solicitarea privind reducerea cu 50% a cerinței privind cuantumul cifrei de afaceri indiferent dacă terțul susținător este IMM sau nu, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a comunicat în mod explicit un răspuns.

Trimiterea la consilierea metodologică pe care o poate face ANAP, având în vedere atribuțiile acesteia, nu este în măsură să aducă lămuriri operatorilor economici asupra modului de întocmire a ofertei.

Câtă vreme i-au fost adresate întrebări de clarificare a documentației de atribuire, autoritatea contractantă trebuia să depună toate diligențele astfel încât să ofere răspunsuri clare.

Astfel, autoritatea contractantă trebuia să răspundă, în mod clar, și să informeze asupra faptului că în cazul în care capacitatea economică și financiară este îndeplinită prin cumul, pentru a beneficia de un prag valoric

înjumătățit al cifrei de afaceri față de cel precizat în fișa de date a achiziției, fiindu-i aplicabile dispozițiile art. 16 alin. (2) din Legea nr. 346/2004, potrivit căroră *„Întreprinderile mici și mijlocii beneficiază de reduceri cu 50% pentru criteriile legate de cifra de afaceri, de garanția pentru participare și de garanția de bună execuție, cerute în achizițiile publice de produse, lucrări și servicii”*, atât ofertantul cât și terțul susținător trebuie să se încadreze în categoria întreprinderilor mici și mijlocii.

Cu toate acestea, Consiliul apreciază că autoarea contestației putea să participe la prezenta procedură de atribuire, nefiindu-i adus niciun prejudiciu, cu atât mai mult cu cât nu se putea considera că nu se aplică instrucțiunea ANRMAP pe parcursul evaluării.

Indiferent de răspunsul autorității contractante, pe parcursul evaluării, autoritatea contractantă trebuie să aplice prevederile legale, care de altfel erau cunoscute operatorului economic, neputându-se aprecia că lipsa unor explicații suplimentare împiedică participarea la procedură a contestatoarei.

Prevederile legale în privința IMM sunt foarte clare, aplicându-se doar acelor societăți care îndeplinesc condițiile impuse, astfel că nu se poate considera că pentru terțul susținător urmează să fie aplicate alte reguli.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca nefondată critica contestatoarei formulată în acest sens.

Referitor la răspunsul nr. 1 formulat în cadrul clarificării nr. 13, Consiliul reține:

Clarificarea nr. 13

Întrebarea nr. 1

„Vă rugăm să ne specificați modul de completare corect pentru formularul 14.1 având în vedere următoarele: Pentru cheltuielile de transport specificați că se calculează ca o rată de 1% din total valoare cutii oferite fără TVA. Totuși în subsolul fiecărei propuneri există o valoare maximă pentru transport calculată ca 1% din valoarea cu TVA a cutiilor oferite.

Exemplu pt. lot 1

Dacă ofer un preț de 30,5 cutie lei fără TVA (preț mai mic decât cel maximal), prețul total fără TVA este $30,5 \times 543.190 = 16.567.295$ din care 1% transport este 165.672,95 lei fără TVA, valoare ce depășește maximum de transport pentru lot 1 de 153.536,62 lei fără TVA.”

Răspuns nr. 1

Cu privire la întrebarea dumneavoastră Autoritatea Contractantă face următoarele precizări:

- Trebuie avută în vedere aplicarea T.V.A.- ului diferențiat pentru alimente și servicii de transport;

- Valoarea cu T.V.A. a serviciilor de transport, pentru o cutie nu poate depăși 1% din valoarea cu T.V.A. a cutiei;

- Algoritmul de calcul trebuie început de la valoarea totală (maximă) cu TVA;

- 32,44 lei fără TVA reprezintă prețul per cutie cu ajutoare alimentare estimat, livrată la centrele de distribuție ale primăriilor;

Prețul unitar/cutie ofertată (lei fără TVA) menționat în cadrul Formulelor 14.1 – 14.13 și pe care ofertanții trebuie să îl creeze în S.E.A.P. este prețul unitar aferent unei cutii cu alimente ce cuprinde inclusiv valoarea aferentă transportului cutiei, prețul fiind exprimat în lei fără TVA. Acesta de obține conform algoritmului de calcul prezentat cu titlu de exemplu de către Autoritatea Contractantă mai jos. Mai jos vă prezentăm cu titlu de exemplu modul de calcul estimativ al prețului unitar/cutie ofertată (lei fără TVA) particularizat pentru lotul 1, astfel cum a fost calculat de Autoritatea Contractantă:

Loturi	Valoare totala cu TVA	Valoare ALIMENTE cu TVA	Valoare TRANSPORT cu TVA	Valoare ALIMENTE fără TVA	Valoare TRANSPORT fără TVA	Valoare totala fără TVA
cutie	35,40	35,05	0,35	32,16	0,28	32,44
Lot 1	...	19.038.540,59	190.385,41	17.466.551,00	153.536,62	17.620.087,62
Algoritmul de calcul	(1)	(2) = (1)/1,01	(3) = (2) x 0,01	(4) = (2)/1,09	(5) = (3)/1,24	(6) = (4) + (5)

Analizând răspunsul autorității contractante, prin raportare la exemplul publicat cu privire la modalitatea de completare a formularului 14.1, Consiliul apreciază că a fost prezentat cu titlu de exemplu modul de calcul al prețului unitar/cutie ofertată (lei fără TVA) particularizat pentru lotul 1, fiecare ofertant întocmindu-și propunerea financiară și oferta în funcție de prețurile obținute de la producători/furnizori, cu luarea în considerare a precizărilor de la punctul 4 din secțiunea IV.4.2 *Modul de prezentare a propunerii financiare* a fișei de date a achiziției conform căreia „rata alocată pentru cheltuielile de transport este de maximum 1% din valoarea totală a alimentelor” și ale capitolului 4.2 din caietul de sarcini potrivit cărora „având în vedere prevederile art. 26, punctul 2) lit. b) din Regulamentul nr. 223/2014, valoarea transportului, cu TVA, pentru o cutie, nu poate depăși 1% din valoarea, cu TVA, a cutiei având conținutul de la punctul 2.2.1”.

Astfel, în aplicarea algoritmului de calcul utilizat, s-a avut în vedere valoarea totală cu TVA a contractului, de ... lei, ținându-se cont de aplicarea diferențiată a TVA-ului pentru alimente și servicii de transport, cât și de valoarea cu TVA a serviciilor de transport ce nu poate depăși 1% din valoarea alimentelor.

A rezultat o valoare totală fără TVA a contractului de 17.620.087,62 lei, valoare care împărțită la numărul de cutii cu ajutoare alimentare aferente lotului 1, de 543.190 cutii, rezultă un preț estimat fără TVA al cutiei calculat prin aproximare cu 2 zecimale de 32,44 lei.

Prețul unitar/cutie ofertată menționat în cadrul formularelor 14.1 -14.13 reprezintă prețul unitar aferent unei cutii cu alimente ce cuprinde inclusiv valoarea aferentă transportului cutiei, prețul fiind exprimat în lei fără TVA.

În plus, este posibil să se obțină prețuri unitare aferente unei cutii cu ajutoare alimentare mai mici decât cele estimate de autoritatea contractantă și astfel să rezulte o valoare a contractului sub valoarea maximă estimată.

Mai mult, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu a impus un algoritm de calcul, modul de constituire a prețului rămânând în sarcina operatorilor economici interesați să își elaboreze propunerea financiară, astfel încât să nu depășească valoarea maximă estimată a contractului.

Astfel, Consiliul constată că susținerile contestatoarei formulate în acest sens, sunt neîntemeiate.

În aceste condiții, Consiliul, în baza art. 278 alin. (5) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., și va dispune continuarea procedurii.

Întrucât contestația formulată de ... a fost respinsă ca nefondată, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ..., în temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 coroborat cu art. 67 alin. (1), teza a II-a din Codul de procedură civilă.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

Redactată în 5 exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.