

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos 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. 235/26.01....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2055/27.01....., depusă de SC SRL, cu sediul în, ... județul, având CUI RO, înregistrată la ORC sub nr., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 352/22.01....., emisă de către COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), cu sediul în Comuna, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Execuție lucrări – Modernizare drumuri publice în interiorul localităților, Comuna”, cod CPV: 45233120-6, s-a solicitat: „anularea deciziei prin care oferta depusă a fost declarată inacceptabilă și respinsă ca atare; anularea raportului procedurii, ca o consecință a anulării deciziei autorității contractante privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la stabilirea ofertantului câștigător, în strictă concordanță cu prevederile legale și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire.”

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI).

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG 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:

Prin contestația nr. 235/26.01....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2055/27.01....., depusă de SC SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 352/22.01....., emisă de către COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Execuție lucrări – Modernizare drumuri publice în interiorul localităților, Comuna”, cod CPV: 45233120-6, s-a solicitat: „anularea deciziei prin care oferta depusă a fost declarată inacceptabilă și respinsă ca atare; anularea raportului procedurii, ca o consecință a anulării deciziei autorității contractante privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la stabilirea ofertantului câștigător, în strictă concordanță cu prevederile legale și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire.”

În fapt, contestatorul precizează că în data de 16.12.2015 a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, aceasta finalizându-se prin încheierea procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 5603/16.12.2015, în care s-a consemnat denumirea ofertanților participanți la procedură, elementele de natură să evidențieze modul în care operatorii economici înțeleg să justifice îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție, quantumul propunerilor financiare. Ulterior evaluării ofertelor, prin adresa nr. 352/22.01....., s-a emis comunicarea rezultatului procedurii, prin care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, în virtutea prevederilor art. 36 alin. (1), lit. b) din HG nr. 925/2006.

În ceea ce privește critica autorității contractante potrivit căreia: „Referitor la cerința de calificare nr. 2, comisia de evaluare a constatat faptul că nu ați făcut dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de

betoane. Potrivit fișei de date a achiziției, s-au solicitat următoarele: „Se solicită ca cerința minimă dovada deținerii și disponibilului (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de betoane și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de betoane”. Dvs. pentru îndeplinirea cerinței de mai sus ați depus contractul de vânzare-cumpărare nr. 1379/30.04.2015 încheiat cu SC SRL, având ca obiect „vânzarea-cumpărarea produselor comercializate de vânzător (beton pentru construcții)”. Prin contractul de vânzare-cumpărare prezentat, nu ați făcut dovada deținerii și disponibilizării unei stații de betoane, contractul prezentat având ca obiect furnizarea de beton și nu a unei stații pentru producerea acestuia, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire. Comisia de evaluare a constatat faptul că nu ați făcut dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de mixturi asfaltice. Potrivit fișei de date a achiziției, s-au solicitat următoarele: „Se solicita ca cerință minimă dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție, a unei stații mixtura asfalt și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de mixturi asfaltice”. Dvs. pentru îndeplinirea cerinței de mai sus ați depus contractul de vânzare-cumpărare nr. 3681/28.10.2015, încheiat cu SC SRL, având ca obiect „vânzare-cumpărare de mixtură asfaltică”. Prin contractul de vânzare-cumpărare prezentat, nu ați făcut dovada deținerii și disponibilizării unei stații de mixturi asfaltice, contractul prezentat având ca obiect furnizarea de mixturii asfaltice și nu a unei stații pentru producerea acesteia, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire. Având în vedere cele de mai sus, comisia de evaluare a constatat faptul că oferta nu îndeplinește cerința de calificare nr. 2 solicitată la capitolul III.2.1.a) capacitatea tehnică și/sau profesională”, contestatorul consideră că actul atacat are caracter vădit nefondat și nelegal, solicitând Consiliului să constate faptul că la întocmirea documentației de atribuire autoritatea contractantă a avut în vedere prevederile Ordinului nr. 509/2011, privind formularea criteriilor de calificare și selecție. În acest sens, raportat la Cerința 2 din Cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă a stabilit într-o manieră neechivocă faptul că: „Se solicită ca cerință minimă dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de betoane și a unu laborator minim de gradul III pentru încercări betoane / Se solicită ca cerință minimă dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări

servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de betoane și a unul laborator minim de gradul III pentru mixturi asfaltice”.

Privitor la utilizarea sintagmei „*contracte de prestări servicii sau orice alte forme de punere la dispoziție*”, contestatorul solicită Consiliului să constate că aceasta nu este nicidecum întâmplătoare, autoritatea contractanta optând în mod voit pentru o exprimare chiar mai permisivă decât cea utilizată de către Ordinul 509/2011 și impusă drept condiție minimă. Astfel, contestatorul apreciază că atitudinea adoptată tocmai în prezent de către autoritatea contractantă în sensul respingerii ofertei ca inacceptabilă pentru considerentul de a fi prezentat „*contracte de prestări servicii*” are caracter nelegal, nefiind altceva decât expresia unui formalism excesiv.

Totodată, contestatorul precizează că, prin conținutul lor, contractele de vânzare-cumpărare nr. 3681/28.10.2015 și nr. 1379/30.04.2015, prezintă garanții suficiente pentru autoritatea contractantă raportat la posibilitatea certă de asigurare a furnizării de beton respectiv beton asfaltic.

Coroborând acest aspect cu faptul că documentația de atribuire permite în mod expres și neechivoc prezentarea unor asemenea contracte de prestări servicii (vânzare-cumpărare) pentru îndeplinirea condiției, contestatorul subliniază că, prin conduita adoptată, autoritatea contractantă încalcă în mod flagrant inclusiv principiul proporționalității, rezultând într-o manieră neechivocă faptul că SC SRL este în imposibilitatea prezentării unor alte clarificări raportat la prezentarea explicită a profitului ce urmează a fi realizat. După cum în mod constant au reținut atât CNSC cât și instanțele de control judiciar, spre exemplificare, indicând în acest sens Decizia nr. 387/16.02.2010 a Curții de Apel Cluj: „Autoritatea trebuia să facă aplicarea principiului privind eficiența utilizării fondurilor publice și nu să declare toate ofertele neconforme în baza unui formalism excesiv și tendențios (...). Așadar, reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta (...).”

Dintr-o altă perspectivă, contestatorul consideră că prin atitudinea adoptată, autoritatea contractantă încalcă flagrant și principiul proporționalității, invocând în acest sens, spre exemplificare, Decizia CNSC nr. / / / 2015.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 2179/.....-...../28.01....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției publice și documentele de calificare ale contestatorului, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 2563 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 511/03.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 3026/05.02....., autoritatea contractantă transmite documentele

solicitate, iar prin adresa nr. 500/....., formulează punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului, respingerea ca nefondată a acesteia, din considerentele ce vor fi expuse mai jos.

Autoritatea contractantă precizează că la prezenta procedură de atribuire au depus documentele de participare următorii ofertanți: SC SRL, SC SRL, SC SRL, Asocierea SC SRL - SC SA - SC SA. Ca urmare a evaluării ofertelor, comisia de evaluare a stabilit drept câștigătoare a procedurii, oferta depusă de ASOCIEREA SC SRL - SC SA - SC SA, cu o propunere financiară de 6.000.029,68 lei fără TVA.

Privitor la criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă menționează că așa cum rezultă din raportul procedurii, în urma analizării și evaluării ofertei depuse de către SC SRL la procedura mai sus menționată, comisia de evaluare a constatat că nu au fost îndeplinite cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Autoritatea contractantă precizează că în urma evaluării documentelor de calificare prezentate, oferta depusă de SC SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, astfel cum rezultă din raportul procedurii, pentru următoarele motive:

- nu a fost îndeplinită cerința nr. 2 din cap. III.2.3) Capacitatea tehnică și/sau profesională, deoarece ofertantul nu a făcut dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de betoane și nu a făcut dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de mixturi asfaltice, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire;
- conform prevederilor fișei de date a achiziției cap. III.2.3) Capacitatea tehnică și/sau profesională, s-au solicitat următoarele:
„Se solicită ca cerință minimă, dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de betoane și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de betoane.” (...) *„Se solicita ca cerința minimă dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații mixtură asfaltică și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de mixturi asfaltice.”.*

Cu privire la cerința de calificare vizând dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de

închiriere sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de betoane și respectiv a unei stații de mixturi asfaltice, autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

- această cerință a fost stabilită pe de o parte, pentru asigurarea autorității contractante asupra faptului că operatorul economic căruia i se va atribui contractul de lucrări își va îndeplini obligațiile contractuale la standardele europene de performanță din punct de vedere calitativ, iar pe de altă parte asupra faptului că acesta va respecta atât normele legale care reglementează metodologia de punere în operă a materialelor de construcții (betoane și mixturi asfaltice), cât și termenele de execuție stabilite.
- în fișa de date a achiziției s-au definit în mod clar și fără echivoc modalitățile acceptate pentru dovedirea îndeplinirii acestor cerințe;
- ofertanților li s-a solicitat să facă dovada deținerii și disponibilizării din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere sau prin orice alte forme de punere la dispoziție a stației de betoane și respectiv a stației de mixturi asfaltice; pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor de mai sus, contestatorul a prezentat următoarele contracte: contractul de vânzare-cumpărare nr. 1379/30.04.2015 încheiat cu SC SRL, având ca obiect „*vânzarea-cumpărarea produselor comercializate de vânzător (beton pentru construcții)*”, contractul de vânzare-cumpărare nr. 3681/28.10.2015 încheiat cu SC SRL, având ca obiect „*vânzare-cumpărare de mixtură asfaltică*”.

Având în vedere faptul că ofertantul nu a făcut dovada deținerii unei stații pentru producerea betonului și nici a unei stații pentru producerea mixturii asfaltice, autoritatea contractantă a decis în unanimitate că, prin documentele prezentate, contractele având ca obiect furnizarea de beton și respectiv de mixtură asfaltică (materii prime), ofertantul nu face dovada potențialului tehnic necesar pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale, neexistând un raport juridic de tipul celui solicitat prin documentația de atribuire între furnizorul produselor și ofertant. Lipsa unui astfel de raport juridic creează incertitudinea că acele materii prime (betonul și mixtura asfaltică) vor fi livrate la timp și în cantitățile necesare pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale. Prezentarea unui contract de vânzare-cumpărare având ca obiect vânzarea de produse (beton și respectiv mixtură asfaltică) nu poate face dovada îndeplinirii cerinței minime de calificare astfel cum a fost solicitată prin fișa de date a achiziției, deoarece prin contractul respectiv ofertantul nu face dovada că ar deține această stație sau că ar putea dispune de stația respectivă. Diferența majoră dintre deținerea și disponibilizarea acestor stații și încheierea unor contracte de vânzare-cumpărare de produse rezidă în faptul că cel care deține și poate dispune de aceste stații prezintă garanții suficiente pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale, față de cel care are încheiate doar contracte de vânzare-

cumpărare în care nu sunt specificate nici modalitățile de livrare, nici termenele de livrare și nici cantitățile care pot fi livrate la comanda cumpărătorului.

Astfel, în situația acceptării unor astfel de contracte de vânzare-cumpărare autoritatea contractantă consideră că s-ar expune la riscuri majore deoarece, pe de o parte, vânzătorii acestor produse nu au raporturi juridice cu autoritatea contractantă, iar pe de altă parte, nu există nici o certitudine în privința faptului că vânzătorii produselor vor putea să onoreze cu promptitudine necesară comenzile ofertantului. Prin urmare, în acest caz există riscul ca execuția lucrărilor să fie afectată în mod grav și probabil iremediabil dacă, de exemplu, nu poate fi livrată o cantitate suficientă de mixtură asfaltică în termenul prevăzut de norme la turnarea straturilor sistemului rutier. În situația în care executantul lucrării poate dispune singur de producția și transportul acestor produse, riscul producerii unui asemenea incident este minor deoarece acesta nu depinde de disponibilitatea unei terțe persoane implicată în mod indirect în derularea contractului. Cerințele minime de calificare privind resursele tehnice au fost concepute și solicitate tocmai pentru a acoperi aceste posibile probleme și de a asigura autoritatea contractantă asupra capacității tehnice a ofertanților de a-și îndeplini obligațiile contractuale la termenele stabilite și de a rezolva anumite dificultăți legate de îndeplinirea acestora, în cazul în care oferta le va fi declarată câștigătoare.

Raportat la cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că SC SRL nu a demonstrat îndeplinirea cerinței de calificare nr. 2 de la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională. Din aceste motive consideră criticile contestatorului cu privire la decizia comisiei de evaluare ca nefondate.

În ceea ce privește criticile contestatorului, potrivit cărora comisia de evaluare a dovedit un „*formalism excesiv*” prin respingerea ofertei sale, având în vedere faptul că a prezentat „*contracte de prestări servicii*”, autoritatea contractantă consideră că acestea nu pot fi reținute, deoarece obiectul contractelor prezentate de contestator este reprezentat de vânzarea-cumpărarea de materii prime (beton și respectiv mixtură asfaltică) și nu de punerea la dispoziție (disponibilizarea) stației de betoane și respectiv a stației de mixturi asfaltice, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire.

Privitor la practica invocată de către contestator, autoritatea contractantă apreciază că aceasta nu poate fi reținută, fiind lipsită de relevanță, întrucât cerințele de calificare prezentate nu sunt asemănătoare cu cele ale prezentei proceduri. Astfel, în prezenta procedură nu s-a prevăzut ca modalitate de îndeplinire a cerinței prezentarea de „*precontracte semnate cu un furnizor de mixturi asfaltice*”.

Totodată, cu referire la afirmațiile contestatorului, potrivit cărora „documentația de atribuire permite în mod expres și neechivoc prezentarea unor asemenea contracte de prestări servicii (vânzare-cumpărare) pentru îndeplinirea condiției”, autoritatea contractantă consideră că acestea sunt false, deoarece s-a solicitat ca ofertanții să facă dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații mixtură asfaltică și respectiv a unei stații de betoane.

Raportat la cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca prin decizia pronunțată să dispună respingerea contestației formulată de către SC SRL ca nefondată, în conformitate cu prevederile art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 și, pe cale de consecință, în conformitate cu prevederile art. 278 alin. 6, dispunerea continuării procedurii de achiziție publică, conform raportului procedurii.

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

COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura „cerere de oferte” în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Execuție lucrări – Modernizare drumuri publice în interiorul localităților, Comuna”, cod CPV: 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, invitația de participare nr./.....

Conform cap. II.2.1 din invitația de participare, valoarea estimată a achiziției este de: 6023269 lei fără TVA. De asemenea, potrivit cap. IV.2.1), din invitația de participare, criteriu de atribuire ales este: „prețul cel mai scăzut”.

Garanția de bună conduită depusă de către contestator este în valoare de 46.000 lei.

În procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 5603/16.12.2015, s-au consemnat depunerea a 4 oferte, documentele de calificare, propunerea tehnică și propunerea financiară.

În urma evaluării ofertelor, comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei depusă de contestator ca inacceptabilă raportat la dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de asocierea SC SRL – SC SA – SC SA, aspecte consemnate în raportul procedurii nr. 342/22.01.....

În calitate sa de participant la procedura de achiziție publică în cauză, contestatorul a primit din partea autorității contractante adresa nr. 351 din 22.01....., prin care i s-a comunicat faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă conform art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006.

Având a verifica temeinicia deciziei autorității contractante, Consiliul reține următoarele:

Prin fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a solicitat, în mod expres și imperativ, ca cerințe minime obligatorii următoarele:

- la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională „Cerința nr. 2: (...) Se solicită ca cerință minimă **dovada deținerii și disponibilizării** (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) **a unei stații de betoane** și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de betoane. Se solicită ca cerință minimă **dovada deținerii și disponibilizării** (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice altă formă de punere la dispoziție) **a unei stații de mixtură asfaltică** și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de mixturi asfaltice. În situația în care ofertantul nu deține în proprietate utilajele/echipamentele solicitate, acesta vor prezenta contracte/ precontracte de închiriere sau angajamentul privind dotarea corespunzătoare. Modalitatea de îndeplinire: Ofertantul va depune o declarație pe propria răspundere că dispune de dotarea necesară îndeplinirii contractului Formularul nr. 10. Ofertantul va prezenta documente care să demonstreze că, pentru îndeplinirea contractului, dispune de utilajele/echipamentele/mijloacele de transport solicitate.”
- La cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei: „Documentele de calificare: Documentele care dovedesc îndeplinirea cerințelor de calificare - plic separat marcat cu “Documente de calificare”: În caz de neprezentare (lipsa) a oricărui document menționat ca cerință de calificare nu este permisă completarea ulterioară, neprezentarea având ca efect respingerea ofertei ca inacceptabilă, cu excepția cazului în care ofertantul depune, conform art. 11, alin. (4) din HG nr. 925/2006, declarația inițială pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare prevăzute la art. 176 din OUG nr. 34/2006”.

Conform art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe - inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea.

Din procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, semnat de reprezentantul contestatorului (prezent la deschidere), reiese că acesta a prezentat declarație pe proprie răspundere prin care se confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate.

Prin adresa nr. 5605 din 16.12.2015 autoritatea contractantă solicită contestatorului, în baza prevederilor art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006, să depună documentele la care se face referire în anexa la declarația privind îndeplinirea cerințelor de calificare depusă.

Contestatorul răspunde acestei solicitări prin adresa nr. 4231/18.12.2015 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 5671/21.12.2015 și transmite documentele de calificare.

Pentru îndeplinirea acestor cerințe, contestatorul a depus următoarele înscrisuri:

- Declarație privind utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de lucrări – formular nr. 10 – fila din dosarul documente de calificare depus de SC SRL;
- Anexa la formular nr. 10 – fila 134 din dosarul documente de calificare depus de SC SRL;
- Contractul de vânzare cumpărare nr. 3681/28.10.2015 – încheiat între SC SRL și SC SRL având ca obiect vânzarea-cumpărarea produselor de mixtură asfaltică, în baza comenzilor ferme ale cumpărătorului – filele 201-204 din dosarul documente de calificare depus de SC SRL;
- Contractul de vânzare cumpărare nr. 1379/30.04.2015 – încheiat între SC SRL și SC SRL având ca obiect vânzarea-cumpărarea produselor comercializate de vânzător (beton pentru construcții) cuprinse în listele de produse – filele 205-208 din dosarul documente de calificare depus de SC SRL.

Analizând aceste înscrisuri, expertul juridic extern cooptat a elaborat raportul de specialitate nr./08.01..... în cadrul căruia a constatat faptul că ofertantul SC SRL nu a făcut dovada deținerii și disponibilizării (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) a unei stații de betoane și a unei stații de mixtură asfaltică, prin contractele de vânzare cumpărare depuse nu a făcut dovada deținerii și disponibilizării unei stații de betoane și a unei stații de mixturi asfaltice contractele prezentate având ca obiect furnizarea de betoane și mixtură asfaltică. Toate aceste aspecte regăsindu-se și în cadrul procesului verbal al ședinței de evaluare nr. 2 înregistrat sub nr. 100/08.01.....

În soluționarea prezentei, Consiliul reține faptul că societatea contestatoare a ales, prin propria manifestare de voință să depună cele două contracte de vânzare cumpărare nr. 1379/30.04.2015 – încheiat între SC SRL și SC SRL și nr. 3681/28.10.2015 – încheiat între SC SRL și SC SRL.

Față de aceste aspecte, Consiliul constată faptul că societatea contestatoare nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor exprese, impuse

de către însăși autoritatea contractantă în cadrul fișei de date a achiziției, respectiv:

- o **dovada deținerii și disponibilizării** (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție) **a unei stații de betoane** și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de betoane.
- o **dovada deținerii și disponibilizării** (din dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice altă formă de punere la dispoziție) **a unei stații de mixtură asfaltică** și a unui laborator minim de gradul III pentru încercări de mixturi asfaltice.

Consiliul reține că societatea contestatoare a ales, prin propria voință, să nu depună niciun înscris din care să rezulte **dovada deținerii și disponibilizării unei stații de betoane și respectiv a unei stații de mixtură asfaltică**, pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor prevăzute în Fișa de date a achiziției fiind în deplină cunoștință că nu va putea depune aceste documente, aspect subliniat în cadrul fișei de date la cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, asumându-și implicit și riscurile care urmau a fi produse.

Consiliul nu poate reține nici susținerile contestatorului formulate în cadrul contestației cu privire la faptul că „*utilizarea sintagmei „contracte de prestări servicii sau orice alte forme de punere la dispoziție” nu este nicidecum întâmplătoare, autoritatea contractantă optând în mod voit pentru exprimarea chiar mai permisivă decât cea utilizată de către Ordinul nr. 509/2011 și impusă drept condiție minimă*” având în vedere următoarele aspecte:

- sintagma la care face referire contestatorul este extrasă/ruptă din context, autoritatea contractantă solicitând ca și cerințe minime **„dovada deținerii și disponibilizării a unei stații de betoane și dovada deținerii și disponibilizării a unei stații de mixtură asfaltică”** între paranteze aceasta indicând în mod clar cu titlu de exemplificare categoriile de înscrise care se pot depune de către ofertanți pentru demonstrarea deținerii și disponibilizării stației de betoane și a cele de mixtură asfaltică respectiv „*dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere, contracte de prestări servicii sau prin orice alte forme de punere la dispoziție*”;
- autoritatea contractantă nu a indicat nicăieri în cadrul documentației de atribuire că pentru demonstrarea cerințelor de calificare minime obligatorii impuse ar accepta vreun înscris emis/semnat de vreun furnizor al produselor: betoane și/sau mixturi asfaltice;
- prin înscrisele depuse, respectiv contractele nr. 3681/28.10.2015 – încheiat între SC SRL și SC SRL și nr. 1379/30.04.2015

- încheiat între SC SRL și SC SRL, contestatorul face doar dovada că va dispune de o parte dintre materiale și materiile prime necesare executării contractului însă nu că dispune de dotarea necesară pentru îndeplinirea contractului;
- în cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat în mod expres la capacitatea tehnică și/sau profesională prezentarea unei declarații pe propria răspundere că dispune de dotarea necesară îndeplinirii contractului și dovada deținerii și disponibilizării unei stații de betoane și respectiv a unei stații de mixtură asfaltică;

Mai mult, în soluționarea prezentei, Consiliul nu poate reține nici asimilarea contractului de vânzare cumpărare cu contractul de prestări servicii, având în vedere faptul că primul este un contract de furnizare produse și nu unul de servicii, efectele juridice ale celor două categorii de contracte fiind diferite.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit această cerință, Consiliul constată că se dorește ca ofertanții participanți la procedură să demonstreze că sunt capabili să execute lucrările care fac obiectul contractului în cauză.

Având în vedere necesitatea autorității contractante detaliată în cadrul caietului de sarcini Consiliul reține că autoritatea contractantă în stabilirea acestor cerințe a respectat prevederile art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 care dispun că *„autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului”* și cele ale art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006 care dispun că *„autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.*

De asemenea, Consiliul reține în soluționare faptul că în cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea ofertanților să demonstreze modalitatea în care va dispune de o stație de betoane și una de mixtură asfaltică respectând astfel următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (2) lit. e) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: *„Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea”*. Principiul proporționalității este

înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite;

- art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: *„Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.*

Potrivit art. 187 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 *„autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității sale tehnice și/sau profesionale”*, iar art. 188 alin. (3) lit. f) din ordonanță dă dreptul autorității contractante ca, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/ candidaților, să solicite acestora, *„în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului o declarație referitoare la **utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului**”.*

În speță contestatorul alegând să demonstreze doar faptul că are contracte cu diverși furnizori de materii prime și materiale, respectiv beton și mixtură asfaltică și nu că dispune sub orice formă de o stației de betoane și una de mixturi asfaltice, astfel cum a solicitat în mod expres li imperativ autoritatea contractantă în cadrul fișei de date, acceptată de către contestator prin necontestarea respectivelor cerințe de calificare în termenul legal și prin depunerea ulterioară a ofertei în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Mai mult riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul fișei de date a achiziției nu au fost impuse participanților anumite cerințe de calificare și selecție, aparține autorității contractante.

În soluționare, Consiliul reține faptul că legiuitorul a oferit posibilitatea ca în cadrul unei proceduri de atribuire, operatorii economici participanți să apeleze la susținere unui terț, conform dispozițiilor art. 190 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, care prevăd *„capacitatea tehnică și profesională 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”*

sau să depună o ofertă în asociere cu un alt operator economic potrivit art. 44 din același act normativ sau să subcontracteze o parte din lucrări potrivit art. 45 din O.U.G. nr. 34/2006 coroborat cu art. 11 alin. (7) din H.G. nr. 925/2006.

Față de aceste aspecte Consiliul reține pe de o parte faptul că riscul întocmirii ofertelor (depunerea unor înscrisuri într-o anumită formă și nedepunere altora) cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii ca inacceptabilă a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” iar pe de altă parte autoritatea contractantă a menționat în mod expres atât cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească cât și faptul că „*În caz de neprezentare (lipsa) a oricărui document menționat ca cerință de calificare nu este permisă completarea ulterioară, neprezentarea având ca efect respingerea ofertei ca inacceptabilă, cu excepția cazului în care ofertantul depune, conform art. 11, alin. (4) din HG nr. 925/2006*”.

În cazul în care o ofertă nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat conform prevederilor art. 11 alin. (4) – (5) documente relevante în aceste sens este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006, o ofertă inacceptabilă, iar potrivit art. 37 din același act normativ doar „*ofertele care nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 36 sunt singurele oferte care pot fi considerate admisibile. Oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire*”.

Comisia de evaluare are obligația, conform art. 81 din HG nr. 925/2006 de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

În cazul în care cerințele de calificare prevăzute în fișei de date a achiziției nu erau justificate, sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii/erone/ambigue formulate, contestatorul putea solicita, autorității contractante clarificări, în temeiul dispozițiilor art. din OUG nr. 34/2006 sau putea formula notificare în temeiul prevederilor art. 2561 din OUG nr. 34/2006, acțiune/manifestare de voință gratuită și care ar fi putut determina autoritatea contractantă, dacă considera necesar, să ia măsuri de remediere sau putea contesta respectivele specificații tehnice în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 2562 din același act normativ.

Prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziției, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 170 din OUG nr. 34/2006 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006, respectiv *„în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestor criterii de către fiecare ofertant în parte”* Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au ținut cont de cerințele obligatorii solicitate prin fișa de date a achiziției.

De asemenea, autoritatea contractantă trebuie în etapa de evaluare/verificare a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare să respecte principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 respectiv cel a nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumarea răspunderii.

Mai mult Consiliul reține faptul că aceste cerințe din cadrul documentației de atribuire nu au fost contestate de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu.

Cu referire la deciziile pronunțate de Consiliul în vederea soluționării altor contestații, aduse în sprijinul său de către contestator în susținerea contestației de față, stabilește că acestea sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc. Potrivit OUG nr. 34/2006, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aprobat prin HG nr. 1037/2011, care statuează la art. 26 alin. (2): *„completul de soluționare a contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii”*, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI).

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța evocată, va dispune
continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.