

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, având CUI, reprezentată legal de cu sediul în, ..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. /, emisă în cadrul procedurii de licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată de SA, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, pentru încheierea acordului-cadru de, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii pentru lotul nr. 2 comunicat prin adresa nr. /, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsevente, obligarea autorității contractante de a reanaliza și de a reevalua ofertele depuse și stabilirea ofertantului câștigător în strictă concordanță cu prevederile legale și documentația de atribuire.

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliu sub nr. /, formulată de SC SA, cu sediul în, str. -, județul, având CUI, privind aceeași procedură de atribuire, s-a solicitat anularea deciziei de respingere a ofertei sale la procedura de încheiere a acordului-cadru de, lotul 1 și 2, respectiv reevaluarea ofertei sale și, în consecință, reluarea procedurii de desemnare a ofertanților calificați în etapa finală de licitație electronică.

Conform prevederilor art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, contestațiile care fac obiectele dosarelor nr. / și / au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, acestea fiind formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

DECIDE:

În temeiul art. alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu SA.

În temeiul art. alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, admite contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu SA, anulează procesul-verbal nr. 5 (SA-107-2015SS), în partea ce privește oferta contestatoarei, raportul procedurii nr. / și comunicările aferente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de SC SA pentru cele două loturi, reluarea etapei de licitație electronică și la stabilirea rezultatului procedurii, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei. Comunicările privind rezultatul procedurii pentru loturile anunțate se vor transmite, cu respectarea termenului legal prevăzut, operatorilor economici implicați.

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

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, SC SRL a solicitat anularea rezultatului procedurii pentru lotul nr. 2 comunicat prin adresa nr. /, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsevente, obligarea autorității contractante de a reanaliza și de a reevalua ofertele depuse și stabilirea ofertantului câștigător în strictă concordanță cu prevederile legale în vigoare și respectarea regulilor documentației de atribuire.

Societatea contestatoare menționează că, prin adresa nr. /, oferta sa a fost respinsă în temeiul dispozițiilor art. 81 coroborat cu ale art. 79 alin. (1) și art. 361 alin. (4) din HG nr. 925/2006, deoarece răspunsul său, nr. .. /, la solicitarea de clarificări a achizitoarei privind justificarea prețului ofertat, a fost considerat neconcludent.

Contestatoarea a invocat prevederile art. 202 din OUG nr. 34/2006, ce instituie imperativ în sarcina autorității contractante o obligație necondiționată de a solicita clarificări operatorului economic ce a ofertat un preț aparent neobișnuit de scăzut, dar și de a verifica justificările primite, pentru a evita situațiile de respingere a unor oferte înainte de verificarea temeinică a argumentelor avute de operatorul economic pentru ofertarea unui preț ce reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului.

Modul în care a acționat autoritatea contractantă conduce la concluzia caracterului formal al solicitării respective, nerezultând de nicăieri că aceasta ar fi destinată lămuririi punctuale a problemei în analiză.

În speță, contestatoarea susține că, înainte de prima etapă a licitației electronice, în urma căreia oferta sa s-a situat pe primul loc, a transmis autorității contractante, prețul fiecărui produs din lotul 2 pentru care a ofertat, iar în funcție de cantitatea de produse, ea a arătat modul de formare a prețului total în lei, fără TVA.

Ulterior etapei finale de licitație electronică, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 25499/....., i-a solicitat clarificări legate de fundamentarea economică a modului de formare a prețului, întrucât oferta are un preț neobișnuit de scăzut, sub 80% din valoarea estimată a acordului-cadru.

Prin adresa nr. 15628/..... a răspuns cuprinzând, punctual, toate argumentele privitoare la formarea prețului final al produsului, în sensul celor prevăzute de dispozițiile art. 202 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Apreciind că răspunsul la clarificări nu a fost unul satisfăcător privind oferta sa, întrucât anumite date și documente îi erau în continuare neclare sau insuficiente, contestatoarea arată că nimic nu ar fi oprit autoritatea contractantă să solicite o nouă clarificare, știut fiind că orice hotărâre a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică, și nu pe documente insuficiente.

Din punctul său de vedere, SC SRL consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiul eficienței utilizării fondurilor statului, principiu prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006, precum și dispozițiile art. 72 alin. (2) lit. g) din HG nr. 925/2006.

Prin contestația depusă, SC SA a solicitat admiterea contestației, anularea deciziei de respingere a ofertei sale la procedura de încheiere a acordului-cadru de, lotul 1 și 2, respectiv reevaluarea ofertei depuse de societatea sa și, în consecință, reluarea procedurii de desemnare a ofertanților calificați în etapa finală de licitație electronică.

În fapt, prin adresa nr. 3807/DG/SA/....., autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul analizei ofertelor depuse, în sensul că oferta sa a fost respinsă în temeiul art. 81 coroborat cu art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, deoarece nu a îndeplinit cerința de calificare din documentația de atribuire, de a avea ca obiect de activitate autorizată, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, activitate care face obiectul procedurii de achiziție aferentă lotului 1 și lotului 2.

După cum se poate constata, susține contestatoarea, oferta sa a fost respinsă sub pretextul că nu ar avea obiectul de activitate necesar pentru comercializarea categoriei de produse care face obiectul procedurii de atribuire, solicitat în documentația de atribuire.

Trebuie avut în vedere însă că societatea sa are ca obiect principal de activitate autorizată, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004,

Fabricarea de articole de robinetărie - cod CAEN 2814, cod CAEN care conform precizărilor date de Institutul Național de Statistică prin adresa nr. 349/..... cuprinde și „fabricarea hidranților de incendiu”.

Se poate observa cu claritate că respingerea ofertei sale este nelegală și abuzivă, respectiv în contradicție cu cerințele cuprinse în documentația de atribuire.

Astfel, în Cap.III.2.1 b) din fișa de date, autoritatea contractantă a cerut pentru calificare „certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului din care să reiasă faptul că operatorul economic/asociatul, după caz, are ca activitate autorizată, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, activitatea care face obiectul procedurii de atribuire”.

După cum se poate observa din formularea cerinței nu reiese care este, în concret, codul CAEN pe care îl vizează autoritatea contractantă, astfel că este foarte clar că, prin fișa de date a achiziției, nu s-a impus un anumit cod CAEN.

Astfel cum a precizat mai sus, contestatoarea susține că în comunicarea rezultatului procedurii se arată că oferta sa a fost respinsă, deoarece din certificatul constatator rezultă că nu are ca obiect de activitate codul CAEN 4669 - Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente, cod CAEN care conform precizărilor date de Institutul Național de Statistică prin adresa nr. 432/22.01..... cuprinde și „comerț cu ridicata al hidranților”.

Învederează faptul că precizările date de Institutul Național de Statistică, prin adresa nr. 432/22.01....., sunt formulate în urma prezentării de autoritatea contractantă a faptului că obiectul contractului ar fi „comerțul cu ridicata a hidranților”, când de fapt conform fișei de date obiectul contractului este „.....”.

De altfel, autoarea contestației arată că autoritatea contractantă indică numai în comunicarea rezultatului procedurii care ar fi codul CAEN pe care îl agreează.

SC SA consideră că a dovedit prin certificatul constatator că are ca obiect principal activitatea cod CAEN 2814 - Fabricarea de articole de robinetărie, cod circumscris activității de producție a hidranților, a căror achiziție a fost inițiată de către autoritatea contractantă, ceea ce implică clar și comercializarea acestor produse.

Prin calificarea doar a ofertanților care au ca obiect de activitate autorizat comerț cu ridicata a hidranților, contestatoarea consideră că a fost defavorizată societatea sa care este în fapt singurul producător român de hidranți de incendiu dintre cele 7 (șapte) societăți participante la licitație.

Din punctul său de vedere, societatea contestatoare arată că activitatea cod CAEN 2814 - *Fabricarea de articole de robinetărie*, cod circumscris activității de producție a hidranților, conferă cu claritate dreptul de a produce și, implicit, a comercializa hidranți.

Este clar că, prin adresele nr. 3807/DG/SA/..... și 4422/DG/SA/....., autoritatea contractantă nu demonstrează că

SC SA nu ar avea dreptul de a comercializa hidranți, pentru ipoteza clară în care este fabricantul acestora.

Astfel, contestatoarea consideră că, atâta timp cât autoritatea contractantă în fișa de date nu a impus un anumit cod CAEN pentru obiectul contractului, este clar că ambele coduri CAEN respectiv 2814 — Fabricarea de articole de robinetărie și 4669 - Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente, care conform Institutului Național de Statistică se referă la producere, respectiv comercializare de hidranți, respectă cerința de calificare prevăzută în Cap.III.2.1 b) din fișa de date referitoare la obiectul contractului „.....”, și trebuie calificate în egală măsură.

De asemenea, precizează că autoritatea contractată, fără a aștepta finalizarea termenului pentru eventualele contestații, a anunțat ofertanții calificați în etapa finală de licitație electronică, ceea ce contravine prevederilor legale.

În vederea soluționării contestațiilor, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 4640/....., .../...../....., în temeiul art. 274 din OUG nr. 34/2006, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, inclusiv solicitările de clarificări și răspunsurile acestora dacă este cazul, documentele de calificare depuse de SC SA, propunerea financiară și tehnică depuse de SC SRL, precum și punctul de vedere cu privire la contestațiile depuse.

Prin adresa nr. 5182/DG/SA/....., înregistrată la CNSC cu nr. 5170/....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și netemeinică și, în consecință:

- menținerea rezultatului procedurii, a actului de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3807/DG/SA/....., a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente pentru lotul 2 ca fiind legale;
- continuarea procedurii pentru lotul 2;
- respingerea cererii de obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei;
- respingerea cererii de reluare a procedurii de desemnare a ofertanților calificați în etapa finală de licitație electronică.

Autoritatea contractantă apreciază că nu sunt întrunite condițiile de legislație în materia achizițiilor publice pentru admiterea contestației, deoarece atât SA cât și comisia de evaluare desemnată în cadrul procedurii nu au încălcat nicio dispoziție legală aplicabilă în materie și nu au vătămât niciun drept sau interes legitim al contestatoarei.

În urma finalizării etapei de licitație electronică, autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoare a transmis propunerea financiară, care a fost analizată și s-a constatat că prețul ofertei este sub 80% din valoarea estimată a acordului-cadru pentru lotul 2.

Urmare a acestui fapt, autoritatea contractantă a aplicat prevederile art. 202 din OUG nr. 34/2006, solicitând clarificări cu privire la prețul ofertat de SC SRL, prin adresa nr. 2599/....., cerându-i să

prezintă fundamentarea economică a modului de formare a prețului, fundamentare ce va fi susținută de documente ce pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat.

Prin răspunsul său nr. 2654/03.02....., SC SRL nu a prezentat în mod clar felul în care a fost și este fundamentat economic modul de formare a prețului oferat în cadrul etapei electronice. Acesta menționează doar principiul economic privind alcătuirea prețului de vânzare, respectiv faptul că prețul final = preț de achiziție + costuri de transport + adaos comercial, și adaugă faptul că prețurile oferate sunt reale, calculate în funcție de valorile de achiziție, afirmații care nu au fost susținute de niciun document justificativ.

Totodată, ofertantul a precizat într-un mod general că din cauza clauzelor de confidențialitate din contractele cu furnizorii nu poate prezenta documente cu prețuri de la producători/furnizori, însă în cuprinsul contestației face mențiuni la un document care nu se regăsește anexat contestației, de data aceasta nu s-a mai invocat nicio încălcare a confidențialității (e-mail furnizor PHU EFECT – POLSKA, referitor la prețul de achiziție a produselor).

De aceea, autoritatea contractantă sublinează că acest document nu a fost transmis comisiei de evaluare cu motivarea că s-ar încălca o clauză de confidențialitate dintre ofertant și furnizorul său, ori, în cadrul procedurii, contestatoarea SC SRL ar fi putut depune documente pe care le consideră confidențiale cu mențiunea că acestea au caracter confidențial, conform art. 170 din OUG nr. 34/2006, iar autoritatea contractantă avea obligația de a asigura garantarea protejării acestor informații, conform art. 24 din același act normativ. În consecință existența clauzelor de confidențialitate din contracte nu intră în contradicție cu prezentarea acestora autorității contractante.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, prin adresa de solicitare a justificării prețului, comisia de evaluare nu a solicitat în mod expres prezentarea unor contracte, ci oferte de preț de la furnizor.

În același răspuns transmis autorității contractante, SC SRL a menționat că stocurile sale în acest moment au o valoare de 1.000.000 euro și sunt constituite din materiale pentru rețele de apă, gaz și canalizare cu toate documentele necesare pentru comercializarea lor în România.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că răspunsul transmis la solicitarea de justificare a prețului oferat de SC SRL nu a respectat prevederile art. 202 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, pentru următoarele considerente:

- în răspunsul transmis nu se face vreo referire la fundamentarea economică a modului de formare a valorii oferate;
- nu există mențiuni referitoare la eventualele condiții favorabile de care ofertantul beneficiază sau poate beneficia în vederea îndeplinirii contractului;

- nu există informații concrete referitoare la prețurile de achiziție a produselor, comunicate ofertantului de către eventualii furnizori sau importatori de astfel de produse.

În cazul de față, nu a fost arătat de către ofertant modul efectiv prin care și-a alcătuit propunerea financiară, în contextul în care oferta are un preț neobișnuit de scăzut, astfel că răspunsul său a fost calificat de comisia de evaluare ca fiind neconcludent, iar oferta a fost respinsă în temeiul art. 81 coroborat cu art. 79 alin. (1) și art. 36¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006.

Referitor la principiul eficienței utilizării fondurilor, invocat de contestatoare, autoritatea contractantă arată că acest principiu stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică și se referă la folosirea sistemului concurențial și a criteriilor economice pentru atribuirea contractului cu scopul de a obține valoare pentru banii cheltuiți. Astfel, autoritatea contractantă, prin modul de acționare, trebuie să creeze un mediu propice tuturor ofertanților, fără a discrimina în vreun fel, asigurându-se că obiectul achiziției va fi regăsit în ofertele operatorilor participanți la procedura, la un preț real, în concordanță cu cerințele pieței și conform prevederilor legale.

..... SA consideră că nu s-a produs nicio vătămare a interesului contestatoarei, deoarece nu s-a încălcat nicio dispoziție legală, dimpotrivă, comisia de evaluare a analizat ofertele cu maximă diligență.

În punctul său de vedere nr. 5183/DG/SA/....., înregistrat la Consiliu cu nr. 5199/....., ... SA consideră contestația formulată de SC SA nefondată și netemeinică.

Referitor la motivele de fapt și de drept ale contestației formulată de SC SA, precizează că, prin documentația de atribuire, a solicitat în fișa de date, Cap.III. pct. 2.1.b - Capacitatea de exercitare a activității profesionale, Certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului din care să reiasă faptul că operatorul economic/asociatul, după caz, are ca activitate autorizată, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, activitatea care face obiectul procedurii de atribuire.

Analizând documentele primite de la ofertant, comisia de evaluare a constatat că operatorul economic nu are activitate autorizată conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, activitate care face obiectul procedurii de achiziție. Astfel, a solicitat instituției abilitate, respectiv Institutului Național de Statistică, Direcția Județeană de Statistică, prin adresa nr. 1478/20.01....., să îi comunice care sunt codurile CAEN care cuprind activitatea de comerț cu ridicata a hidranților.

În răspunsul nr. 432/22.01....., înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 1784/22.01....., Direcția Județeană de Statistică a precizat că activitatea mai sus menționată se încadrează în clasa 4669 CAEN „Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente”.

Din documentele supuse analizei comisiei de evaluare, a rezultat că ofertantul are ca obiect de activitate principal *Fabricarea de articole de*

robinetărie cod CAEN 2814. În această clasă sunt incluse: fabricarea de robinete și valve industriale, inclusiv valve reglatoare și robinete de admisie, fabricarea de robinete și valve pentru instalații sanitare, fabricarea de robinete și valve pentru instalații de încălzire și sunt excluse: fabricarea de valve din cauciuc vulcanizat nerigid, sticlă sau din materiale ceramice, fabricarea de supape de admisie și evacuare pentru motoare cu combustie internă, fabricarea de valve hidraulice și pneumatice și fabricarea de echipamente de preparare a aerului pentru utilizarea în sisteme pneumatic.

Contestatoarea arată că fiind producătorul hidranților, este implicit autorizată să comercializeze hidranți, în sprijinul acestei afirmații, aceasta invocând adresa nr. 349/....., emisă de Institutului Național de Statistică, care arată ca prin Fabricarea de articole de robinetarie - cod CAEN 2814 se cuprinde și fabricarea hidranților de incendiu, ceea ce nu face decât să întărească faptul că societatea contestatoare este autorizată să fabrice hidranți. Dar prin acest document nu se demonstrează că SC SA îndeplinește cerința de calificare Capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv aceea de a fi autorizat să furnizeze hidranți.

Astfel autoritatea contractantă invocă prevederile art. 4 din Ordonanța de urgență nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, precum și art. 5 alin. (1) din același act normativ, considerând că există o deosebire între activitatea autorizată ca producător și activitatea autorizată de comercializare/furnizare, dovada fiind existența codurilor CAEN aferente pentru fiecare dintre acestea. O societate care are ca obiect principal de activitate autorizată producerea/fabricarea unui produs poate avea ca obiect secundar de activitate comercializarea/furnizarea produselor respective, însă pentru a desfășura aceste activități are nevoie de autorizare.

Cele de mai sus sunt susținute și de Ordinul nr. 337 din 20 aprilie 2007 privind actualizarea *Clasificării activităților din economia națională - CAEN* care prevede că „o activitate are loc atunci când prin combinația de resurse-echipamente, forță de muncă, tehnici de producție, fluxuri de informații sau produse - se realizează bunuri sau servicii. Orice activitate se caracterizează prin intrările de produse (bunuri sau servicii), procesul de producție și ieșirile de produse (bunuri sau servicii)” și că „Producția este o activitate care are drept rezultat un produs. Termenul este utilizat cu referire la întreaga gamă a activităților economice. Termenul nu este exclusiv pentru sectorul agricol, extractiv sau de prelucrare, ci este folosit, de asemenea, și pentru sectorul serviciilor. În funcție de ramura de activitate se pot utiliza termeni mai specifici pentru a defini producția: prestare de servicii, prelucrare, fabricare etc. Producția poate fi măsurată în diverse moduri, fie în unități fizice, fie în termeni valorici.” Această clasificare a activităților, este în strânsă relație cu clasificarea produselor și serviciilor asociate activităților - CPSA, reglementată în Ordinul nr. 236

din 11 mai 2015 privind actualizarea Clasificării produselor și serviciilor asociate activităților - CPSA.

Simplificând, unei activități clasificate CAEN îi este asociat un produs sau un serviciu clasificat CPSA.

Activitățile clasificate CAEN 4669 - *Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente*, îi corespund conform CPSA: servicii de vânzare cu ridicata a altor mașini și echipamente, servicii de vânzare cu ridicata a echipamentelor de transport, altele decât autovehiculele motocicletele și bicicletele, servicii de vânzare cu ridicata a furniturilor industriale, servicii de vânzare cu ridicata a echipamentelor de ridicat și manipulate, servicii de vânzare cu ridicata a utilajelor din industria alimentară, a băuturilor și tutunului, servicii de vânzare cu ridicata a mașinilor, aparatelor și materialelor electrice, profesionale, servicii de vânzare cu ridicata a armelor și munițiilor, servicii de vânzare cu ridicata a altor mașini, aparate și echipamente universale și speciale.

Așadar, serviciile de vânzare a produselor enumerate mai sus sunt dependente de activitatea de comerț.

Așa cum bine a subliniat contestatoarea, în vederea evaluării obiective a ofertelor, autoritatea contractantă nu a impus prin documentația de atribuire un anumit cod CAEN, cerința fiind doar ca ofertantul să fie autorizat conform legii să presteze activitățile care fac obiectul achiziției.

Având în vedere că ofertantul contestator are ca obiect principal de activitate *Fabricarea de articole de robinetărie*, cod CAEN 2814, comisia de evaluare a verificat activitățile secundare pe care acesta este autorizat să le desfășoare conform certificatului constatator, însă nu s-a putut deduce că acesta este autorizat să desfășoare activitatea de furnizare de hidranți, pentru a putea dovedi că are *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*.

Referitor la susținerile contestatoarei conform cărora comisia de evaluare l-a defavorizat, autoritatea contractantă menționează că analiza ofertelor s-a făcut cu aceeași diligență pentru toți ofertanții, pornindu-se de la obiectul achiziției „.....” care trebuia să se regăsească în lista cu activitățile autorizate pe care le pot desfășura ofertanții (fie obiect de activitate principal, fie obiect de activitate secundar). În acest sens, s-au solicitat clarificări, iar ulterior analizei s-au calificat în etapa următoare doar ofertanții care au făcut dovada, prin înscrisuri, că sunt autorizați și pot furniza hidranți.

Autoritatea contractantă precizează că oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă cu respectarea prevederilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, deoarece nu a îndeplinit cerința de calificare din documentația de atribuire, respectiv nu a dovedit „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, aceea de a avea ca obiect de activitate autorizată, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, activitatea care face obiectul procedurii de achiziție.

Decizia comisiei de evaluare s-a bazat în mod obiectiv, pe documentele transmise de către ofertanți și pe comunicarea Institutului Național de Statistică, abilitat să transmită astfel de comunicări, pe baza acestora, în mod legal, declarând oferta contestatorului SC SA inacceptabilă, deoarece nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare de a avea autorizată activitatea ce face obiectul achiziției publice.

De asemenea, ... SA subliniază că, în cuprinsul contestației formulate de SC SA, cu nerespectarea prevederilor art. 270 lit. f) din OUG nr. 34/2006, nu este menționată motivarea în drept a cererii, neindicându-se ce prevederi legale ar fi fost încălcate de către autoritatea contractantă, implicit de comisia de evaluare în această procedură.

Față de cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că a respectat prevederile legale în ceea ce privește evaluarea ofertelor și că, în mod pertinent, justificat și având temei legal oferta propusă de SC SA a fost declarată neconformă și inacceptabilă și în consecință a fost respinsă.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate cu la Consiliu cu nr. 5499/01.03.....

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

În vederea încheierii acordului-cadru de, ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică. Conform anunțului de participare nr./....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 08.12.2015, ora 0900. Valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 1.083.600 lei și 2.120.530 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”. Valoarea estimată pentru lotul 1 este cuprinsă între 858.070 lei și 1.694.270 lei, iar pentru lotul 2, valoarea estimată este cuprinsă între 530 lei și 426.260 lei, fără TVA.

Cu ocazia deschiderii ofertelor a fost întocmit procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 30210/08.12.2015, iar ca urmare a finalizării evaluării ofertelor, a fost întocmit raportul procedurii nr./.....

Ulterior, ca urmare a comunicării de către autoritatea contractantă a rezultatului procedurii prin adresele nr./..... și 3807/....., nemulțumite fiind de faptul că ofertele au fost respinse, SC SRL și SC SA au depus prezentele contestații, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

La analiza criticilor SC SRL împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca neconformă de către autoritatea contractantă pentru lipsa de concludență a răspunsului la solicitarea de justificare a prețului ofertat, Consiliul constată lipsa de temei a criticilor.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere motivele pentru care autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei ca neconformă pentru lotul 2 – *hidranți supraterani*, respectiv pentru faptul

că având o ofertă de preț aparent neobișnuit de scăzut (sub pragul de 80% din valoarea estimată), la solicitarea autorității contractante de justificare a acestuia răspunsul său a fost apreciat drept neconcludent.

Astfel, se constată că, prin adresa nr. 2599/DG/SA/....., autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei transmiterea fundamentării economice a prețului ofertat, cu mențiunea că: Fundamentarea va fi susținută de documente care pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat (preț furnizor, transport etc.).

Acestei solicitări, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 15628/....., precizând că prețurile sunt reale (prețul fiind format astfel: Pretul final = Pretul de achiziție + costuri de transport + adaos comercial), că prețul ofertat nu se datorează unei conjuncturi de moment sau unor factori excepționali, că soluțiile adoptate sunt conforme celor din caietul de sarcini, că oferta este calculată conform solicitărilor caietului de sarcini (pe baza negocierilor cu producătorii/furnizorii prezentați), că nu beneficiază de ajutor de stat, că datorită clauzelor de confidențialitate din contractele cu furnizorii nu poate prezenta documente cu prețuri de la producător, că stocurile deținute au valoarea de 1.000.000 euro, că are implementat un sistem ISO 9001, că nivelul de salarizare este conform legii, că utilajele pe care le deține sunt noi și nu second-hand, pentru ca, în final să declare că nu vinde sub prețul de achiziție.

Analizând atât solicitarea autorității contractante, cât și răspunsul primit din partea contestatoarei, Consiliul consideră aprecierea autorității contractante cu privire la lipsa de concludență a răspunsului primit drept una corectă.

În acest sens, Consiliul are în vedere că, solicitarea autorității contractante nu a corespuns întru totul dispozițiilor art. 202 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 (de a solicita detalii și precizări pe care le consideră semnificative cu privire la ofertă), solicitarea sa având un caracter general, limitându-se la a solicita justificarea prețului ofertat. Cu toate acestea, având în vedere obiectul contractului, de, complexitatea acestuia, respectiv faptul că s-a prevăzut necesitatea prezentării de documente care să confirme cele susținute (precum preț furnizor, transport etc), Consiliul consideră că era de datoria petentei de a prezenta documente care să ateste/confirmă prețul ofertat.

Ori, răspunsul contestatoarei nu conține nicio analiză de preț, nicio ofertă, niciun calcul, decât niște afirmații care nu pot arăta modul de formare a prețului sau sustenabilitatea acestuia. Niciun element din răspunsul contestatoarei nu permite a face vreo verificare, în cadrul acestuia neregăsindu-se menționat vreun preț sau element de cost.

Cu toate că autoarea contestației susține în cadrul demersului său în fața Consiliului că a răspuns foarte detaliat solicitării autorității contractante, adresa noastră cuprinzând punctual toate argumentările privitoare la formarea prețului final al produsului, din adresa sa nr. 15628 din, nu doar că nu rezidă niciun element de cost, dar nici nu este

însotită de vreun document care să confirme prețul ofertat. Cât privește clauzele de confidențialitate din contractele încheiate cu furnizorii, Consiliul consideră că nu pot fi invocate pentru justificarea prețului ofertat, legiuitorul neprevăzând nicio excepție de la obligația de a prezenta justificarea prețului ofertat atunci când se solicită. Mai mult decât atât, nu există nicio informație care să confirme măcar existența acestei situații cu privire la confidențialitate, iar în plus este omis faptul că ar fi putut fi prezentate astfel de documente și declarate confidențiale.

În acest sens sunt lipsite de echivoc dispozițiile art. 24 din OUG nr. 34/2006: *Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei ordonanțe de urgență, autoritatea contractantă are obligația de a asigura garantarea protejării acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.*

În aceste condiții, este lipsită de finalitate invocarea de către contestatoare a obligației autorității contractante de a verifica răspunsurile primite, în condițiile în care, în situația de față, membrii comisiei de evaluare nu au avut ce verifica în afara unor declarații care, prin ele însele, nu pot constitui justificarea prețului ofertat. Nu au fost prezentate nici oferte de preț și nici situația stocurilor, fapt ce face ca răspunsul dat de contestatoare să determine aplicarea prevederilor art 36¹ alin. (4): *În cazul în care ofertantul nu prezintă informațiile solicitate sau aceste informații nu pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut, oferta intră sub incidența prevederilor art. 36 alin. (1) lit. f).*

În situația de față nu poate fi pusă în discuție o nouă solicitare de clarificări deoarece răspunsul dat cu privire la prețul ofertat nu conține nicio informație care să necesite un astfel de demers, respectiv clarificării suplimentare.

Este de reținut că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, ofertanții au obligația de a determina propunerea financiară, astfel încât să poată fi justificată. În acest sens, trebuie prezentate explicații concludente și documente în susținere. Doar în cazul în care un ofertant poate justifica propunerea financiară prezentată, cu atât mai mult cu cât prețul ofertat este neobișnuit de scăzut, oferta poate fi declarată admisibilă.

poate conduce la declararea ofertei sale admisibile, În considerarea celor prezentate, în temeiul art. alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL.

În referire la contestația SC SA, formulată împotriva deciziei autorității contractante de a respinge oferta sa pentru neîndeplinirea cerințelor de calificare astfel cum au fost acestea solicitate, Consiliul constată temeinicia criticilor aduse.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere motivele de respingere a ofertei contestatoarei de către autoritatea contractantă, respectiv faptul că nu a fost îndeplinită cerința de calificare privind autorizarea activității care face obiectul procedurii de atribuire pentru loturile I - subterani și II - supraterani conform art. 15 din Legea nr. 359/2004.

Legat de acest aspect, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat următoarele: *III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale.*

Certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului din care să reiasă faptul ca operatorul economic/asociatul, după caz, are ca activitate autorizată, conform art. 15 din Legea 359/2004, activitatea care face obiectul procedurii de atribuire. Informațiile cuprinse în Certificatul Constatator trebuie să fie actuale/reale la data limită de depunere a ofertei.

Analizând Certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului și depus de contestatoare, nr. 26906/20.11.2015, Consiliul constată că activitatea principală conform codificării CAEN Rev. (2) este 2814 – *Fabricarea de articole de robinetărie*, având autorizate, conform art. 15 din Legea 359/2004, următoarele activități: 2599 – *Fabricarea altor articole din metal n.c.a.*, 2591 – *Fabricarea de recipiente, containere și alte produse similare din oțel*, 2562 – *Operațiuni de mecanică generală*, 2561 – *Tratarea și acoperirea metalelor*, 2550 *Fabricarea produselor metalice obținute prin deformare plastică; metalurgia pulberilor*, 2511 – *Fabricarea de construcții metalice și părți componente ale structurilor metalice*, 2814 – *Fabricarea de articole de robinetărie*, 4619 – *Intermedieri în comerțul cu produse diverse*.

Prin urmare se poate constata că activitatea contestatoarei este specializată, cu precădere, în una de producție.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă, contestatoarea având calitatea de producător este evident că are și capacitatea de comercializare a acestor produse. Conform raționamentului achizitoarei un producător nu are dreptul de a furniza produsele sale decât dacă ar avea autorizată activitatea conform cod CAEN Rev. (2) 4669 – *Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente*, în caz contrar neavând altă alternativă decât să le producă și să le stocheze.

Consiliul consideră că o astfel de autorizare este necesar a fi deținută doar de acei operatori economici care nu au calitatea de producător, iar obiectul de activitate al acestora este activitatea de comerț.

Ori, obiectul achiziției îl constituie conform caietului de sarcini furnizarea de hidranți. Cum formularea fișei de date nu a impus existența autorizării activității corespunzătoare unui anumit cod CAEN, efectuarea evaluării ofertelor prin raportare strict la un astfel de cod nu poate fi făcută fără încălcarea principiilor care stau la baza achizițiilor publice

stipulate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precum și a celorlalte prevederi legale aplicabile.

În acest sens sunt considerate relevante dispozițiile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006: *Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.*

Documentația de atribuire este în aceeași măsură opozabilă atât operatorilor economici la întocmirea ofertelor, cât și autorității contractante la evaluarea ofertelor depuse.

Neexistând o astfel de precizare a unui cod CAEN în cadrul documentației de atribuire precum cel invocat în respingerea ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă este obligată la a lua în considerare ofertele tuturor operatorilor economici care au autorizate activități care le permit livrarea produselor dorite a se achiziționa. De altfel, în documentația de atribuire nici nu ar fi putut fi impusă necesitatea autorizării activității cod CAEN Rev. (2) 4669 – *Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente* pentru că ar fi îngăduit accesul producătorilor la procedură, fapt interzis de prevederile legale aplicabile în materie.

Consiliul are în vedere și faptul că prin *comerț cu ridicata/de gros* se înțelege *activitatea desfășurată de comercianții care cumpără produse în cantități mari în scopul revânzării acestora în cantități mai mici altor comercianți sau utilizatori profesionali și colectivi* (art. 4 din O.G. nr. 99/2000 privind comercializarea serviciilor și produselor de piață). Un producător nu cumpără produse în cantități mari pentru a le vinde, la rândul său, în cantități mai mici, dimpotrivă este cel care produce acele produse, iar participarea sa la procedură poate fi benefică pentru autoritatea contractantă din punct de vedere al prețului ofertat, prin eliminarea, în fapt, a unui intermediar din lanțul de distribuție.

În aceste condiții, Consiliul consideră că cerința de calificare a fost îndeplinită cu prisosință, producătorul neavând nicio obligație în a autoriza activitatea de comerț cu ridicata pentru a putea pune pe piață propriile produse.

Cât privește invocarea de către autoritatea contractantă a prevederilor OG nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, Consiliul constată că este omis scopul acestor prevederi astfel cum este acesta precizat la art. 1: *Prezenta ordonanță stabilește principiile generale privind desfășurarea activității comerciale și urmărește dezvoltarea rețelei de distribuție a produselor și serviciilor de piață, cu respectarea principiilor liberei concurențe, protecției vieții, sănătății, securității și intereselor economice ale consumatorilor, precum și a mediului.* Nicăieri în conținutul acestei ordonanțe nu se prevede obligația producătorului de a avea autorizată activitatea de comerț cu ridicata, tocmai pentru că fiind producătorul produselor acesta nu are

calitatea de comerciant, astfel cum este aceasta descrisă la art. 4, care cumpără produse pentru a le revinde.

Interpretarea autorității contractante cu privire la art. 5 din ordonanța invocată nu este aplicabilă în afara prevederilor de la art. 4, în sensul că exercițiu comercial se desfășoară numai de către comercianți autorizați în condițiile legii, respectiv *acei comercianți care cumpără produse în cantități mari în scopul revânzării acestora în cantități mai mici altor comercianți sau utilizatori profesionali și colectivi.*

De asemenea, nu pot fi primite nici afirmațiile autorității contractante legate de răspunsul Direcției Județene de Statistică la solicitarea sa nr. 1478/SA/20.01....., deoarece acesta a fost prin raportarea la solicitarea sa privind codurile CAEN care cuprind activitatea de comerț cu ridicata a hidranților. Răspunsul primit a fost dat pe măsura întrebării, astfel cum a fost formulată, obiectul contractului neputând impune participarea la procedură doar a comercianților care realizează comerț cu ridicata. La o astfel de întrebare este evident că răspunsul a fost ferm: activitatea prezentată de dumneavoastră constă în comerț cu ridicata a hidranților. Dacă întrebarea a privit comerțul cu ridicata răspunsul a privit, desigur, comerțul cu ridicata.

În același sens s-a pronunțat Consiliul și în decizia sa nr. /C4/251 din 26.02.2015, în care a reținut, între altele: Totodată, membrii comisiei de evaluare trebuiau să aibă în vedere precizarea din finalul adresei Institutului Național de Statistică nr. 1239/03.12.2015: „În cazul comercializării băncilor de odihnă de către producător, precizăm că vânzarea propriei producții nu este act de comerț și, în consecință, nu se clasifică/codifică distinct potrivit CAEN Rev.2 (codurile de producție fiind suficiente).”

Prin urmare, Consiliul consideră eronată decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei pe motivul că nu ar avea autorizată activitatea de comerț cu ridicata, atât timp cât obiectul de activitate al acestui operator economic nu este comerțul cu ridicata, ci acela de producător, iar obiectul contractului este unul de furnizare.

Pentru aceste motive, în baza art. alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul admite contestația SC SA, anulează procesul-verbal nr. 5 (SA-107-2015SS), în partea ce privește oferta contestatoarei, raportul procedurii nr. / și comunicările aferente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de SC SA pentru cele două loturi, reluării etapei finale de licitație electronică și la stabilirea rezultatului procedurii, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite cu respectarea termenului legal prevăzut, operatorilor economici implicați.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU COMPLET,

.....

MEMBRU COMPLET,

.....

Redactată în cinci exemplare, cuprinde 16 pagini.