



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084  
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +4 021 8900745 [www.cnsc.ro](http://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:...**

Pe rolul CNSC au fost înregistrate, sub nr. ... nr. ... și nr.... contestațiile formulate de către .... și ... referitoare la procedura de achiziție, prin „licitație deschisă”, organizată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect: „Proiectare și execuție autostrada ....., lotul 4”, CPV 45233110-3, 45233120-6, 71322500-6, având principala modalitate de finanțare prin: „Fondul de Coeziune: 85%, în cofinanțare cu Bugetul de Stat (15%). Axa prioritară 1 – Modernizarea și dezvoltarea axelor prioritare TEN-T în scopul dezvoltării unui sistem durabil de transport și integrării acestuia în rețelele de transport ale UE. Domeniul major de intervenție 1 – Modernizarea și dezvoltarea infrastructurii rutiere de-a lungul Axei prioritare TEN-T 7 - Programul Operațional Sectorial de Transport – POS Transport”, de către autoritatea contractantă ....., cu sediul în Municipiul ... ..

Prin contestația nr. 171/... înregistrată la CNSC cu nr.... formulată de către ....., în calitate de lider al ....., cu sediul în Municipiul ... .., reprezentată legal de ... și ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 92/28387/29.04.2013, s-au solicitat următoarele: „obligarea autorității contractante la anularea deciziei privind declararea ca admisibilă/câștigătoare a ofertei depuse de ....., a raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și reluarea procedurii de atribuire, în sensul analizării și reevaluării ofertei respective cu respectarea prevederilor din documentația de atribuire; cheltuieli de judecată”.

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr.... ... formulată de către ....., persoană juridică spaniolă, cu sediul social în ..., cod fiscal ...

reprezentată convențional prin ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în Municipiul ... ..., s-a solicitat: „obligarea autorității contractante la anularea, ca nelegală, a comunicării rezultatului procedurii nr. 92/28390/29.04.2013, conform căreia autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului ca fiind inacceptabilă și, pe cale de consecință, anularea raportului procedurii și reevaluare ofertei respective, cu emiterea unui nou raport al procedurii”.

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr.... formulată de către ... societate înființată și funcționând în conformitate cu legislația spaniolă, cu sediul în ... ..., având cod de înregistrare în scopuri ..., cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură în Municipiul ... Șoseaua ... - ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, aferent lotului 4, s-au solicitat următoarele: „obligarea autorității contractante la anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 92/28389/ 29.04.2013, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente emiterii raportului procedurii, respectiv a deciziei privind respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei contestatorului și continuarea procedurii de atribuire în cauză prin reanalizarea/reevaluarea ofertelor cu respectarea dispozițiilor legale în materie, cu emiterea unui nou raport al procedurii”.

Prin adresa nr. 96/15.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 15972/16.05.2013, ..., înmatriculată la ORC sub nr. J04/1062/1997, având CUI 9942680, reprezentată convențional de avocat ..., formulează o CERERE DE INTERVENȚIE PRINCIPALĂ, în contradictoriu cu ..., având calitatea de contestator, prin care solicită admiterea cererii respective și respingerea contestației anterior menționată.

Conform prevederilor art. 273, alin. (1) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. ... nr. ... și nr. ... au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

### **DECIDE:**

Admite, în parte, contestația formulată de .... în contradictoriu cu ....., astfel:

- admite solicitarea cu privire la oferta desemnată câștigătoare și obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 18A/ 552/29.04.2013 și a actelor subsecvente acestuia, inclusiv a

comunicării rezultatului procedurii nr. 92/28387/29.04.2013 și la reevaluarea ofertelor admisibile, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art.36<sup>1</sup> alin.1) din HG nr.925/2006 coroborate cu cele ale art.202 alin.1) din OUG nr.34/2006 și desemnarea ofertei câștigătoare conform art.82 alin.1) și 4) din HG nr.925/2006 coroborate cu cele ale art.200 din ordonanța de urgență;

- respinge solicitarea cu privire la „plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației” având în vedere faptul că la momentul soluționării contestației, .... nu a făcut niciun demers referitor la cuantumul acestora, neprezentând nicio probă aferentă;
- pe cale de consecință, respinge cererea de intervenție formulată de către ....

Dispune reluarea procedurii de atribuire în cauză prin aplicarea măsurilor anterior dispuse în termen de 10 (zece) zile de la comunicare.

Respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de către .... și ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, 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. 171/... înregistrată la CNSC cu nr.... ... formulată de către ....., în calitate de lider al ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 92/28387/29.04.2013, s-au solicitat următoarele: „obligarea autorității contractante la anularea deciziei privind declararea ca admisibilă/câștigătoare a ofertei depuse de ....., a raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și reluarea procedurii de atribuire, în sensul analizării și reevaluării ofertei respective cu respectarea prevederilor din documentația de atribuire; cheltuieli de judecată”.

În fond, contestatorul precizează următoarele:

- valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză este de 1.048.528.295 lei, fără TVA, procedura aleasă fiind „licitația deschisă”; valoarea estimată a fost calculată pe baza unor liste de cantități din SF; obiectul aferent contractului respectiv include servicii de proiectare la nivel de proiect tehnic și detalii de execuție; criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”;
- autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, documentația de atribuire; pe parcursul procedurii de atribuire, față de aceasta, au fost solicitate clarificări de către operatorii economici interesați; în baza acestora, până la momentul

depunerii ofertelor, autoritatea contractantă a operat o serie de remedieri (modificările nr. 1 - 3 și clarificările nr. 1-10); majoritatea solicitărilor de clarificari au privit aspecte legate de îndeplinirea criteriilor de calificare, a aspectelor de natură tehnică și cerințe din caietele de sarcini;

- ofertele au fost deschise în data de 22.08.2012, aspect consemnat în procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 18/4220/22.08.2012; conform aceluiași document, fiind depuse 16 oferte;

- în ceea ce privește rezultatul procedurii, contestatorul menționează că, prin adresa nr. 28387/29.04.2013, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta declarată câștigătoare aparține ..., pe considerentul că aceasta ar îndeplini criteriul „prețul cel mai scăzut”; oferta ....., deși considerată admisibilă, s-a situat pe locul 2;

- referitor la oferta declarată câștigătoare, contestatorul susține că aceasta are o valoare de 40% din valoarea estimată a contractului, respectiv 419.397.452,07 lei; în opinia contestatorului, autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să declare câștigătoare oferta aparținând ..., decizia luată în acest sens, fiind netemeinică și nelegală;

- astfel, afirmă contestatorul, în ceea ce privește criteriul capacității economico-financiare, prin clarificările la documentația de atribuire - nr. 1, 2, 3, reiese că autoritatea contractantă a înțeles să facă o distincție clară între cifra de afaceri globală și cifra de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011), în sensul că „cifra de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011), prin Secțiunea III.2.2 din Fișa de Date a Achiziției - Cerința nr. 2 - Media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe ultimii 3 ani ( 2009, 2010, 2011) trebuie să aibă o valoare minimă de 775.000.000 lei”; îndeplinirea cerinței în cauză efectuându-se prin depunerea Formularului 4A, ce trebuia depus de fiecare membru al asocierii (clarificarea nr. 5 - întrebarea nr. 17), cu mențiunea, în mod clar, a calității în care acesta participa în cadrul asocierii”;

- de asemenea, precizează contestatorul, prin clarificările nr. 1, 2 și 3, autoritatea contractantă fixează, în mod expres, două limite referitoare la calculul cifrei de afaceri prevăzut în Formularul 4A;

- în acest sens, este clarificarea nr. 4 - Răspunsul la întrebarea nr. 25, potrivit căreia „La punctul 5 din Formularul 4A se va specifica valoarea sumelor încasate de la Beneficiar pentru anii 2009, 2010, 2011 aferente contractului menționat la punctul 1 din Formularul 4A, indiferent dacă Antreprenorul a fost contractor unic sau în asociere. Pentru demonstrarea valorii executate de către ofertant, în condițiile în care Antreprenorul pentru contractul de la punctul 1 din Formularul 4A nu a fost contractor unic ci a fost

o asociere, operatorul economic va prezenta contractul semnat cu Beneficiarul precum și alte documente justificative din care să reiasă doar valoarea executată de către operatorul economic participant la aceasta procedură de achiziție publică”; clarificarea nr. 2 - răspunsul la întrebarea nr. 3 - autoritatea contractantă a stabilit că menține aceasta solicitare;

- de asemenea, potrivit Notei 1 din Secțiunea III.2.2 din Fișa de Date - Cerința nr. 2 - Capacitatea economica și financiară - tipurile de lucrări relevante pentru calculul mediei cifrei de afaceri al ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier sunt doar lucrările de construcție nouă și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau lărgire aferente DN și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzilor; prin urmare, autoritatea contractantă a exclus, în mod expres, lucrările de așternere covor asfaltic, ranforsare sistem rutier, reciclare, lucrări de întreținere periodică, consolidare versanți și alte asemenea aferente DN și/sau drumurilor exprese și/sau autostrăzilor;
- printre solicitările exprese ale autorității contractante, susține contestatorul, s-a aflat și cea potrivit căreia „cifra de afaceri, prezentată în cadrul Formularului 4A, să nu depășească media cifrei de afaceri globale rezultate din media exercițiilor financiare pe ultimii trei ani (2009, 2010, 2011)” – la pct. 3 din modificarea nr. 3 - b) susținerea informațiilor prezentate în cadrul Formularului 4A, se va face prin depunerea contractului/contractelor/ părțile din acele contracte executate efectiv de către operatorii economici implicați în cadrul unei asocieri precum și orice alte documente justificative din care să reiasă valoarea executată;
- contestatorul afirmă că din datele/și informațiile publice, rezultă că ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește Cerința nr. 2 din Secțiunea III.2.2. din fișa de date a achiziției, respectiv „cifra de afaceri în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011) prezentată în cadrul procedurii de atribuire este mult inferioară valorii minime impuse prin documentația de atribuire, respectiv quantumul de 775.000.000 lei” deoarece a prezentat o cifra de afaceri în domeniul de activitate al infrastructurii rutiere, care conținea în fapt cifra de afaceri generală a celor două companii, adică și alte tipuri de contracte, respectiv lucrări excluse, în mod expres, conform documentației de atribuire;
- în același sens, susține contestatorul, cifra de afaceri, prevăzută în Formularul nr. 4A, nu a fost raportată de către fiecare ofertant - asociat în conformitate cu solicitarea autorității contractante în funcție de valoarea executată de către fiecare respectivul ofertant - asociat în cadrul contractului / contractelor prezentate, în schimb, fiind raportată valoarea integrală a contractului/contractelor;

- prin urmare, rezultă o cifră de afaceri artificială care nu poate fi susținută cu documente și care încalcă limitele impuse de autoritate cu privire la media cifrei de afaceri în domeniul de activitate al infrastructurii rutiere; deci, autoritatea contractantă a încălcat propria documentație de atribuire;
- referitor la experiența similară, contestatorul susține că autoritatea contractantă a inclus un număr de 5 cerințe; din informațiile publice rezultând că ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește Cerința nr. 1 din Secțiunea III.2.3.a) „Capacitate tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, pentru că a prezentat contracte care nu îndeplineau valoarea totală minimă de 825.000.000 lei și aveau, ca obiect, tipuri de lucrări excluse de autoritatea contractantă; nu corespundea nici procentul de participare a ofertantului în cadrul respectivelor contracte;
- în ceea ce privește prețul oferit de către câștigător, contestatorul susține că reprezentând aproximativ 40% din valoarea estimată a contractului situație, în opinia sa, ridică semne de întrebare cu privire la modul de întocmire a ofertei și la îndeplinirea cerințelor; astfel, consideră că, în speța de față, nu este vorba doar despre o situație simplă în care „prețul este neobișnuit de scăzut”, ci una în care o valoare de 40% din valoarea estimată a contractului este un preț nefezabil raportat la îndeplinirea tuturor cerințelor impuse prin documentația de atribuire;
- cu titlu de exemplu, contestatorul afirmă că s-a solicitat, în mod expres, proiectarea și execuția, în anumiți parametri, a unui **ecoduct** care nu era prevăzut în SF - ul pus la dispoziția ofertanților, ceea ce presupune îndeplinirea unor cerințe foarte stricte, cu o valoare substanțială a acestui obiect și cu privire la care autoritatea contractantă nu a făcut verificări; ori, aceasta din urmă avea obligația să verifice dacă oferta este reală, serioasă, fiabilă și îndeplinește, în mod cumulativ, toate cerințele impuse prin documentația de atribuire sau este doar o modalitate de a câștiga contractul cu orice preț, iar, ulterior să-l poată modifica;
- contestatorul susține că această strategie a mai fost utilizată de ofertantul declarat câștigător în cadrul contractului având ca obiect: „Consolidarea DN7 km 352+000 - km 596+630”, câștigat în anul 2007, când ..., a câștigat inițial respectiva procedura cu o valoare de 67,3 milioane euro; ulterior, valoarea efectivă ajungând la 142,5 milioane euro, adică de 120% mai mult, fapt sancționat de Curtea de Conturi;
- față de cele de mai sus, contestatorul susține că autoritatea contractantă a încălcat principiile transparenței și integrității procesului de achiziție publică, al proportionalității, egalității de tratament și concurenței loiale prevăzute de art. 2 și art. 202 din OUG nr. 34/2006 și prevederile art. 36<sup>1</sup>, respectiv art. 72 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006;

- contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei, sens în care, Consiliul îi transmite adresa nr. 9834/... petentul prezentându-se la sediul CNSC, în vederea studiului solicitat, în data de 27.05.2013; ulterior, prin adresa nr. 225/28.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr.17465/28.05.2013, .... susține că, în urma studierii dosarului cauzei rezultă că ofertantul desemnat câștigător nu îndeplinește cerința aferentă „cuantumului cifrei de afaceri medii”, de 775.000.000. lei;
- în acest sens, precizează că, pentru îndeplinirea cerinței respective, autoritatea contractantă a solicitat celor doi operatori economici, care formează asocieria respectivă, transmiterea acordurilor de asociere, corespunzătoare celor 14 contracte, prezentate de ... și a celor 3 contracte, prezentate de către ..., astfel cum era menționat în Formularul 4A, document din care rezultă cota de participare a fiecărui asociat;
- totodată, afirmă contestatorul, în opinia sa, cele 3 contracte prezentate de către ..., sunt parte din „cele 14 contracte prezentate de către ...”, motiv pentru care autoritatea contractantă a cerut asocierii în cauză, pentru toate proiectele executate, de fiecare membru, documente justificative relevante din care să reiasă valoarea efectiv executată de către fiecare dintre aceștia;
- față de cele de mai sus, contestatorul susține că ... nu ar fi respectat cerința respectivă pentru că acolo unde a participat la realizarea unor contracte în asociere, nu s-a limitat la indicarea valorii executate conform „cotei de participare în cadrul proiectului respectiv” ci, a indicat, conform Formularului 4A, valoarea integrală (100%) a acestuia; situația indicată anterior, având loc atât referitor la contractele realizate, în asociere, de către ..., cât și separat; prin urmare, susține că luarea în considerare a valorilor respective în calculul cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier, încalcă cerința privind completarea Formularului 4A cu „valoarea executată” și „cota de participare în cadrul asocierii”;
- de asemenea, contestatorul susține că se încalcă și prevederile legislației fiscale privind asocierile fără personalitate juridică, respectiv Codului Fiscal, care impune următoarele: art. 28 alin. 1 - „în cazul unei asocieri fără personalitate juridică, veniturile și cheltuielile înregistrate se atribuie fiecărui asociat, corespunzător cotei de participare în asociere”; alin. 3 - „într-o asociere fără personalitate juridică între două sau mai multe persoane juridice române, veniturile și cheltuielile înregistrate se atribuie fiecărui asociat, corespunzător cotei de participare din asociere”;
- totodată, potrivit legislației fiscale aplicabile pentru operațiuni în participațiune, „veniturile din asocieri se repartizează între coparticipanți pe bază de decont pentru operațiuni în participație, întocmit de unitatea care ține contabilitatea asocierii în participație, lunar, în două exemplare, pe fiecare participant, cu veniturile și cheltuielile ce revin acestuia, pentru

înregistrarea în contabilitatea proprie, potrivit cotelor prevăzute în contractele de asociere încheiate"; ori, afirmă contestatorul, din studierea documentelor de la dosarul cauzei, a rezultat faptul că toți ceilalți ofertanți au înțeles să specifice, în formularul 4A, procentul de îndeplinire a fiecărui contract;

- în același sens, susține contestatorul, în urma efectuării „calculului corect al indicatorului - cifra de afaceri medie în ITR”, observatorii UCVAP, cât și 2 membrii ai comisiei de evaluare, au precizat că „valoarea este de 664.530.044.72 lei, inferioară valorii stabilite la cerința nr.2 din cadrul cap.III. pct.2-2.Capacitatea economică și financiară” - de 775.000.000 lei;

- față de acest aspect, afirmă contestatorul, pentru a-și fundamenta decizia eronată, de calificare a ofertei desemnate câștigătoare, autoritatea contractantă face trimitere la concluziile expertizei contabile extrajudiciare nr. 92/18095/19.03.2013, efectuată de către experții contabili - ..... și ....., la cererea comisiei de evaluare, în ale cărei concluzii se arată că formularele 4A, prezentate de către cei doi asociați, coincid cu sumele înregistrate în contabilitatea celor două societăți;

- în opinia contestatorului, simpla invocare a paragrafului în cauză, din cadrul expertizei aferente, este trunchiată, pentru că se omite faptul că aceiași experți concluzionează că „din punctul de vedere al cerințelor din fișa de date a achiziției, respectiv al interpretării răspunsului nr. 25 la întrebarea nr. 25 din Clarificarea nr. 4 se impune ajustarea valorilor declarate de liderul de asociere (.....) în Formularul 4A cu cota de participare din acordurile de asociere aferente celorlalți asociați”; ori, afirmă contestatorul, valoarea ajustată ar conduce la diminuarea sumei totale, cu 232.500.588 lei; prin urmare, quantumul final urmând să fie de 664.530.045 lei, adică inferior celui de 775.000.000. lei, solicitat în cadrul documentației de atribuire;

- tot din documentele aflate la dosarul cauzei (raport UCVAP, anexă la raportul procedurii), susține contestatorul, rezultă că valorile declarate de către asociatul ..., în Formularul 4A, ca fiind sume încasate de la ..., sunt parțial contrazise de documentele emise de către beneficiarii declarați ai lucrărilor, conform adresei nr. 18A/326/ 02.04.2013;

- referitor la prețul neobișnuit de scăzut, care reprezintă 40% din valoarea estimată, contestatorul susține că, în opinia sa, nu este fezabil, deoarece „din studiul propunerii financiare reiese faptul că elemente importante ale cerințelor beneficiarului, atât sub aspectul respectării cerințelor de mediu cât și sub aspectul costurilor de realizare a lucrărilor, nu au fost respectate”;

- astfel, cu privire la propunerea financiară, contestatorul susține că nu rezultă ca fiind cuprinsă „execuția ecoductului de la km 85+750 în zona Pădurii Branișca”, ofertându-se conform celor precizate la pag. 96, numai „lucrări de protecția mediului - amfibieni”, cu un preț de 6.184.500 lei; cu toate acestea, contestatorul consideră că din aceste elemente nu reiese dacă sunt cuprinse ecoductele solicitate pentru mamiferele de talie mare, în opinia



sa, valoarea ofertată necuprinzând realizarea acestor lucrări complexe și de mari dimensiuni;

- în mod similar, contestatorul afirmă că ofertantul desemnat câștigător nu a îndeplinit nici cerința privind experiența similară, pentru că SC ... nu are niciun fel de experiență similară în ceea ce privește executarea unor lucrări de anvergura și amploarea celor care fac obiectul contractului de achiziție publică în cauză.

Prin adresa nr. 236/03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18109/03.06.2013, ca urmare a ședinței de audiere desfășurată la sediul CNSC, în data de 29.05.2013, contestatorul menționează că își menține criticile formulate în cuprinsul contestației, cât și în cuprinsul ședinței de audieri; reiterând totodată, aspectele deja menționate anterior.

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr...., formulată de către ...., s-a solicitat: „obligarea autorității contractante la anularea, ca nelegală, a comunicării rezultatului procedurii nr. 92/ 28390/29.04.2013, conform căreia autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului ca fiind inacceptabilă și, pe cale de consecință, anularea raportului procedurii și reevaluare ofertei respective, cu emiterea unui nou raport al procedurii”.

În fapt, contestatorul precizează următoarele:

- prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 92/28390/29.04.2013, autoritatea contractantă i-a transmis că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece „Comisia de evaluare a solicitat prin adresa nr. 18/5823/27.11.2012 următoarele solicitări de clarificare: *întrucât la ședința de deschidere a ofertelor nu ați prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare și nici dovada plății acesteia (așa cum de altfel a fost menționat și în procesul verbal al ședinței de deschidere nr. 18/4220/22.08.2012), comisia de evaluare solicită transmiterea în original a poliței de asigurare și să faceți dovada prin documente contabile că, ... a achitat integral prima de asigurare datorată pentru garanția de participare nr. 70020428”, precum și că "urmare a solicitării de clarificări ofertantul nu a transmis polița de asigurare în original și nici dovada plății acesteia”;*

- referitor la procesul - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 18/4220/22.08.2012, contestatorul menționează că, la pag. 6, s-a consemnat, cu privire la garanția de participare, faptul că .... „nu a prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare și nici dovada plății acesteia iar comisia de evaluare va solicita clarificări în acest sens în perioada de evaluare a ofertelor”;

- solicitările de clarificări, cu privire la garanția de participare, emise de către autoritatea contractantă, au fost următoarele: adresele nr. 18/5/35/23.10.2012 și nr. 18/5818/27.11.2012 - clarificări cu privire la garanția de

participare; adresa nr. 18/5441/07.11.2012 - prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare până la data de 17.02.2013;

- contestatorul menționează că la data de 16.11.2012 a fost depusă prelungirea garanției de participare nr. 70020428, emisă de către asiguratorul .... la data de 12.11.2012, împreună cu dovada plății integrale a primei de asigurare pentru garanția de participare menționată (scrisoare de confirmare a plății emisă de către .... la 12.11.2012, precum și extras de cont cu dovada plății realizate de către ..., cu titlu de plată prime pentru garanțiile emise de către .... în România pentru lucrările Proiectare și execuție autostrada ....., Lot 2, Lot 3 și Lot 4);

- ulterior, prin adresa nr. 18A/77/06.02.2013, autoritatea contractantă a solicitat încă o prelungire a perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare până la data de 20.05.2013; la data de 15.02.2013, a fost depusă prelungirea garanției de participare nr. 70020428, emisă de către asiguratorul .... la data de 11.02.2013, polița nr. 70020428/11.02.2013 parte integrantă din garanția de participare nr. 70020428/20.08.2012;

- contestatorul precizează că, potrivit cerințelor din fișa de date din SECȚIUNEA III: INFORMAȚII JURIDICE, ECONOMICE, FINANCIARE ȘI TEHNICE- III.I) CONDIȚII REFERITOARE LA CONTRACT- punctul III.1.1) intitulat Depozite valorice și garanții solicitate, autoritatea contractantă solicită și *„Garanție de participare eliberată în numele ofertantului, în conformitate cu prevederile art. 86, alin (1) din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare care va fi emisă de către o societate bancară/societate asigurări, în cuantum de: 19.500.000 Lei. Garanția de participare poate fi eliberată în numele ofertantului și în Euro, în cuantum de: 4.601.335,57 Euro, calculat la un curs mediu afișat de BNR, aferent perioadei 01.01.2011- 31.12.2011, de 1 Euro = 4,2379 Lei. Perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei, și anume cel puțin 90 de zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Garanția de participare trebuie să fie irevocabilă. Garanția de participare trebuie să prevadă explicit dacă plata garanției se va executa: a) condiționat, respectiv după constatarea culpei persoanei garantate, în conformitate cu contractul garantat; sau b) necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate. Se va completa după caz Formularul 21A/21B”;*

- de asemenea, potrivit pct. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei din fișa de date a achiziției, *„Ofertele care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantum, forma și perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire vor fi respinse în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor. Transmiterea unei oferte care nu conține toate informațiile și documentele*

cerute, până la termenul limită de depunere a ofertelor specificat, va putea duce la respingerea ofertei. Formularele, declarația și anexa respectivă prevăzute în cadrul documentației de atribuire trebuie completate în mod corespunzător. Formularele, declarația și anexa respectivă precum și documentele justificative edificatoare trebuie semnate, în original, dacă nu se specifică altfel, de persoanele sau instituțiile autorizate. Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate. [...]Pachetul sigilat, conținând oferta, va fi însoțit în mod obligatoriu: - de Scrisoarea de înaintare a ofertei - Formularul nr. 22 din Secțiunea 2 „Formulare” - Volumul 1 al Documentației de Atribuire însoțită de o copie după actul de identitate al persoanei împuternicită să depună oferta; - de un plic exterior sigilat ce va conține atât garanția de participare - Formularul nr. 21A sau 21B din Secțiunea 2„Formulare” - Volumul 1 al Documentației de Atribuire (...);

- conform prevederilor din vol. 1 al documentației de atribuire - Secțiunea 2 Formulare cu privire la garanția de participare, „Garanția de participare poate fi constituită: fie prin scrisoare de garanție de participare care se prezintă în original, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire, precum și în conformitate cu modelele prezentate în Volumul 1 al Documentației de Atribuire, Secțiunea 2 „Formulare” - „Formularul nr. 21A „Garanția de Participare” sau, după caz, Formularul 21B „Garanția de participare”. Garanție de participare trebuie emisă în numele ofertantului la solicitarea unuia dintre asociați, mai multor asociați sau a tuturor asociațiilor, în cazul unei garanții de participare emise de către o societate de asigurări se va prezenta dovada plății integrale a poliței de asigurare”;

- referitor la comunicarea rezultatului procedurii, contestatorul susține că aceasta este nulă, întrucât nu conține motivele concrete pe care se sprijină, încălcând dispozițiile imperative ale art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006; din analiza documentului respectiv, rezultând că singurele aspecte invocate, de către autoritatea contractantă, pentru declararea ofertei ca inacceptabilă fiind „neprezentarea poliței de asigurare în original și nici a dovezii plății –acesteia” și invocarea unui text de lege inaplicabil la situația prezentei spețe, respectiv art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006, fără a exista vreo referire la documentele depuse în anexa răspunsurilor la solicitările de clarificări nr. 18/5/35/23.10.2012 și nr. 18/5818/27.11.2012; în opina contestatorului, simpla invocare a unui text de lege (inaplicabil) și a

unor prevederi din documentația de atribuire, fără identificarea concretă a motivelor de respingere a ofertei și detalierea acestora, nefiind suficientă pentru a constitui o comunicare legală a rezultatului procedurii, aspect consacrat atât în jurisprudența CNSC cât și în cea a instanțelor judecătorești;

- de asemenea, contestatorul susține că oferta sa nu se încadrează în textele legale, invocate de către autoritatea contractantă, respectiv: art. 36 alin. (1) lit. b) și art. 11 alin.(4) și (5) din HG nr. 925/2006, respectiv că oferta „a fost depusă de către un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire”, deoarece acest aspect se referă, în mod exclusiv, la ofertele care nu îndeplinesc cerințele de calificare, garanția de participare nefiind un criteriu de calificare; prevederile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006 făcând o distincție clară între criteriile de calificare și garanția de participare;

- contestatorul susține că nici ipoteză emisă în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, nu este reală, întrucât acesta se referă, în mod exclusiv, la situația în care ofertantul nu a prezentat documentele solicitate pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare prevăzute la art. 176 din OUG nr. 34/2006, adică, atunci când ofertantul a prezentat inițial doar o declarație pe propria răspundere; în cazul de față însă, prezenta ipoteză nu se aplică pentru că s-a depus garanția de participare, în original, în forma, având cuantumul și perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire;

- de asemenea, contestatorul susține că autoritatea contractantă a încălcat art. 78 din HG nr. 925/2006, deoarece i-a solicitat, în mod formal, clarificări cu privire la garanția de participare, fără precizarea expresă și clară a completărilor sau clarificărilor necesare și neținând seama de documentele depuse; aspectele respective, afirmă contestatorul, rezultă din studiul solicitărilor de clarificări nr. 18/5/35/23.10.2012 și nr. 18/5818/27.11.2012 care au conținut identic: adresa nr. 18/5/35/23.10.2012, prin care, autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la oferta subscrisei, printre care s-a referit și la garanția de participare, „întrucât la ședința de deschidere a ofertelor nu ați prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare și nici dovada plății acesteia (așa cum de altfel a fost menționat și în procesul verbal al ședinței de deschidere nr. 18/4220/22.08.2012), comisia de evaluare solicită transmiterea în original a poliței de asigurare și dovada plății acesteia, în original/copie legalizată/copie lizibilă cu mențiunea conform cu originalul”; în data de 31.10.2012 a fost transmis răspunsul aferent, respectiv un document de la asiguratorul .... -Sucursala ... emis la data de 30.10.2012, prin care acesta confirmă că: *„garanția de participare la licitație nr. 70020428/20.08.2012 a fost emisă pe baza Acordului de Indemnizație încheiat la data de 27 iulie 2011 și a Aprobării de*

*Credit din data de 16 august 2012 pentru .... Conform Acordului de Indemnizație și Aprobării de Credit, ... este asigurat în limita a 300 de milioane de Euro”; acordul de indemnizație (încheiat conform legii spaniole) este echivalentul unei polițe de asigurare ce acoperă această garanție și, conform politicii asigurătorului, nu se poate emite pe baza acordului de indemnizație decât garanții, cum este garanția de participare emisă pentru procedura de achiziție derulată de către ..., nu și polițe de asigurare locale adiționale, pentru evitarea dublei acoperiri; garanția de participare este valabilă și validă; prima de asigurare pentru garanția de participare a fost integral achitată; atașat acestui document emis de către ....., s-a anexat și Acordul de Indemnizație și Aprobarea de Credit, extrasul de cont, cu dovada plății realizate de către ... către Willis SA cu titlu de plată prime pentru garanțiile emise de către .... în România pentru lucrările Proiectare și execuție autostrada ....., Lot 2, Lot 3 și Lot 4, respectiv o scrisoare de confirmare din partea ....., emisă la 17 august 2012, cu privire la plata integrală a primei de asigurare; scrisoarea de confirmare a plății integrale a primei de asigurare emisă de către societatea de asigurare ....., în original, constituie dovada plății conform disp. art. 1.499 din Noul Cod Civil, care prevede: „Dacă prin lege nu se prevede altfel, dovada plății se face cu orice mijloc de probă”;*

- în opinia contestatorului, pe lângă recunoașterea expresă a primirii integrale a plății aferente garanției de participare, asigurătorul .... menționează următoarele: *„confirmăm că primele datorate pentru aceste garanții au fost plătite în întregime și nu există alte sume neachitate, prin urmare aceste garanții sunt valabile conform condițiilor menționate în acestea. De asemenea odată ce o garanție este emisă, ne obligă și prin urmare pentru oricare dintre garanțiile menționate mai sus nu putem invoca neplata primei pentru a evita plata unei cereri de despăgubire”;*

- ulterior, precizează contestatorul, prin adresa nr. 8/5818/27.11.2012, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la garanția de participare, *„întrucât la ședința de deschidere a ofertelor nu a prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare și nici dovada plății acesteia (așa cum de altfel a fost menționat și în procesul verbal al ședinței de deschidere nr. 18/4220/22.08.2012), comisia de evaluare solicită transmiterea în original a poliței de asigurare și să faceți dovada prin documente contabile că, ... a achitat integral prima de asigurare datorată pentru garanția de participare nr. 70020428”;* la data de 05.12.2012, .... a transmis un răspuns la această solicitare de clarificări (Anexa nr. 10), la care a atașat următoarele documente: Scrisoare de la asigurătorul .... din data de 05.12.2012, prin care se aduce din nou la cunoștința tuturor celor interesați că ... are încheiat un Acord de Indemnizație cu .... Europe SA, Acord de

Indemnizație care este semnat și de către contestator, care este echivalentul unei polițe de asigurare pentru garanțiile de participare emise. Această scrisoare a fost emisă în urma discuțiilor cu asigurătorul, unde s-a solicitat să se emită o poliță de asigurare aferentă garanției de participare la licitație, contrar politicii societății de asigurare, pentru a satisface cerințele formale ale ..... Tot prin acest document, .... confirmă că este de acord cu emiterea unei polițe de asigurare locală, ce nu va fi în excedent a acoperirii deja avute, și solicită amânarea prezentării poliței la data de 14.12.2012. Scrisoarea din data de 30.10.2012 emisă de către .... Sucursala ... Acord de Indemnizație, Aprobare de Credit, extras de cont cu dovada plății. Suplimentar, s-a transmis și o scrisoare oficială de la Banco Español de Crédito SA, prin care se confirmă că .... a realizat la data de 17.08.2012 un transfer în valoare de 32.627, 49 euro cu titlu de plată a primelor pentru garanțiile de participare la licitație pentru ofertele depuse pentru procedurile de achiziție publică în cauză. Ca urmare a scrisorii ....-Sucursala ... din data de 05.12.2012, acesta a emis o poliță locală nr. 70020428 la data de 11.12.2012, denumită asigurare de garanție pentru participarea la licitații (Bid Bond), făcând parte integrantă din garanția de participare și care avea menționat în conținut faptul că *„nu va fi interpretată ca având efectul unei garanții noi de participare sau a unei suplimentări a Garanției de Participare nr. 70020428/20.08.2012”*, astfel cum s-a răspuns în data de 14.12.2012;

- față de cele de mai sus, contestatorul susține că solicitările de clarificări legate de garanția de participare nu au fost nici clare, nici precise și nu au definit în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare față de documentele doveditoare și explicative depuse de ....; prin urmare, și adresa de comunicare a rezultatului procedurii este nelegală și netemeinică, întrucât .... a respectat cerințele fișei de date încă de la momentul depunerii ofertelor, garanția de participare fiind depusă în original, conform dispozițiilor art. 86 alin. (1) din HG nr. 925/2006 (Formularul 21A-voi. 1- secțiunea 2 Formulare), împreună cu dovada plății (scrisoare în original de la asigurătorul .... din data de 17 august 2012, care confirmă plata integrală a primei de asigurare); suplimentar, fiind depuse și alte documente din care rezultă dovada integrală a plății, inclusiv documente contabile-extras de cont; în documentația de atribuire sau legislația achizițiilor publice neexistând vreo cerință cu privire la prezentarea unei polițe de asigurare în original, ci doar cu privire la *„instrumentul de garantare în original emis în condițiile legii”*;

- contestatorul afirmă că, în materie de asigurări, contractul de asigurare se suprapune cu polița de asigurare (care reprezintă dovada încheierii contractului), aceasta fiind și explicația pentru care asigurătorul .... nu putea

să emită decât în mod formal și doar pentru satisfacția .... alte polițe adiacente aferente garanțiilor de participare;

- de altfel, în documentația de atribuire nu se prevedea obligativitatea prezentării unor documente contabile care atestă dovada primei de asigurare pentru garanția de participare, ci, potrivit vol. I Secțiunea 2 Formulare din Documentația de atribuire, se solicita ca „în cazul unei garanții de participare emise de către o societate de asigurări se va prezenta dovada plății integrale a poliței de asigurare”; conform politicii asigurătorului, în cazul în care s-a încheiat un contract precum cel din cazul de față, nu se mai emite o poliță de asigurare în confirmarea acestui contract, deoarece ar însemna o dublare a asigurării riscului (a se vedea adresa .... din data de 30 octombrie 2012, potrivit căreia „nicio poliță adițională nu poate fi și nici nu va fi emisă în completarea acestor garanții pentru a evita dubla acoperire”).

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei, sens în care, Consiliul transmite acceptul său prin adresa nr. 9830/... .. în data de 28.05.2013, contestatorul prezentându-se la sediul CNSC în vederea studierii dosarului.

Ulterior, prin adresa nr. 1127/03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18121/03.06.2013, ca urmare a ședinței de audiere desfășurată la sediul CNSC, în data de 29.05.2013, contestatorul precizează că își menține criticile formulate în cuprinsul contestației, cât și în cuprinsul ședinței de audieri; reiterând totodată, aspectele deja menționate și în ședința de audieri.

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr.... formulată de către ... împotriva rezultatului procedurii de atribuire, aferent lotului 4, s-au solicitat următoarele: „obligarea autorității contractante la anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 92/28389/ 29.04.2013, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente emiterii raportului procedurii, respectiv a deciziei privind respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei contestatorului și continuarea procedurii de atribuire în cauză prin reanalizarea/reevaluarea ofertelor cu respectarea dispozițiilor legale în materie, cu emiterea unui nou raport al procedurii”.

În fond, contestatorul susține următoarele:

- în opinia sa, autoritatea contractantă s-a folosit de motive artificiale pentru a justifica declararea ca inacceptabilă a ofertei sale, în condițiile în care aceasta din urmă nu a reușit să identifice vicii reale, ci, numai faptul că „nu a fost îndeplinită cerința nr. 6 din Secțiunea Capacitatea tehnică”, conform căreia „ofertantul are drept de folosință sau deține instalații de forat coloane de Ø80mm și instalații de forat coloane de Ø1500 mm, instalații care pot fi disponibilizate pentru acest contract pe întreaga perioadă de execuție. Durata normală de funcționare a instalațiilor de forat coloane va trebui să acopere durata de implementare a contractului”;

- față de cele de mai sus, contestatorul susține că a îndeplinit, în mod corespunzător, cerința aferentă, fapt care reiese din modul în care a răspuns la adresele nr. 18/5134/23.10.2012 și nr. 18/5819/27.11.2012, emise de către autoritatea contractantă, prin care i s-au solicitat clarificări cu privire la instalațiile de forat coloane propuse în ofertă; în acest sens, contestatorul menționează că în cadrul primului răspuns s-a limitat strict la a prezenta care a fost modalitatea de îndeplinire a cerinței, menționându-se, în mod expres, că va depune orice alte documente ar fi considerate utile de către autoritatea contractantă, numai în baza unei solicitări exprese din partea acesteia din urmă; având în vedere faptul că autoritatea contractantă a revenit cu o nouă solicitare de clarificări, în sensul furnizării unor documente suplimentare în legătură cu modalitatea de îndeplinire a cerinței respective, contestatorul susține că a transmis un nou răspuns;

- în acest sens, precizează contestatorul, în cadrul solicitării de clarificări anterior menționate, autoritatea contractantă a menționat, în mod expres, că „toate documentele solicitate în prezenta scrisoare de clarificare trebuie prezentate în original sau copie legalizată sau în copie conform cu originalul, însoțite de traducere autorizată (pentru documentele în altă limbă decât limba română)”;

- față de cele de mai sus, contestatorul susține că la dispoziția autorității contractante au fost puse documente suplimentare, care au fost, însă, ignorate de aceasta din urmă; în opinia contestatorului, autoritatea contractantă, prin solicitările de clarificări, și-a asumat, în mod expres, caracterul oportun al lămuririlor suplimentare, astfel încât, „respectivul răspunsuri nu puteau fi ignorate de .... și de CNSC”, fundamentul acestora regăsindu-se în art. 201 alin. 2) din OUG 34/2006;

- în susținerea celor de mai sus, contestatorul invocă punctul de vedere nr. 15659/16732/CT/2011, emis de către ANRMAR, potrivit căruia „În ceea ce privește declararea ofertei ca inacceptabilă, motivând prezentarea acordului de susținere tehnică ulterior datei depunerii ofertelor, precum și evitarea încălcării principiului tratamentului egal, facem precizarea că, în conformitate cu art. 201 alin. (1) și alin. (2), pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate, neavând, însă, dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat. Din economia dispozițiilor legale invocate mai sus, rezultă că oportunitatea solicitării de clarificări/completări din perspectiva respectării principiului tratamentului egal, trebuie analizată înainte de solicitarea respectivelor



*clarificări/completări, iar nu ulterior, după transmiterea răspunsului de către ofertantul respectiv"; în aceeași direcție fiind și jurisprudența Consiliului și a CJUE, care recunoaște efectele pe care le generează răspunsurile la solicitările de clarificări, respectiv acela de validare/acoperire directă a oricăror vicii anterioare cu privire la aspectele lămurite prin răspunsurile la solicitările de clarificări suplimentare: „Procedând în acest fel, autoritatea a lăsat ofertantei să înțeleagă că răspunsul său a fost corespunzător, în sensul că nu necesită noi lămuriri. Practic, prin revenirea cu noi solicitări, indirect autoritatea a acoperit viciile de care suferea primul răspuns (l-a validat). [...]”, „[...] în speța de față asocierea (...) se află sub protecția principiului încrederii legitime, comportamentul autorității contractante fiind de natură să îi formeze convingerea că oferta sa nu îi va fi respinsă din cauza răspunsului dat [...]”; „[...] Prin faptul că autoritatea a revenit cu alte două solicitări de clarificări la adresa asocierii [...], chiar și la o lună de zile de la cea de referință, a creat premisele ca asocierea să considere că răspunsul său a fost cel așteptat de autoritate, respectiv să se încredințeze în mod rezonabil că oferta sa nu va fi respinsă din pricina aceluși răspuns anterior. Așadar, noile acțiuni ale autorității i- au inoculat contestatoarei speranța legitimă că răspunsul său de clarificare dat la 30.12.2011 este concludent (corespunzător). [...]”; „[...] Pornind de la cele evocate, o revenire cu întrebări punctuale se impunea, mai cu seamă că autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată iustifica și proba calificarea și conformitatea ofertei. [...]”; „[...] motiv pentru care se impune reclarificarea cu ofertantul contestator a aspectului în referință, știindu-se că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente sau neclare, care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Tribunalul de Primă Instanță de la Luxembourg, în hotărârea sa din 10 decembrie 200g, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 57 a statuat, inter alia: “[...] când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei [...] arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului buneii administrări ca această ofertă să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781, punctele 37 și 38). [...] principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și*

*necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 43). [...] Prin urmare, dacă autoritatea nu dorește să ia act de lămuririle [din 27.01.2012] prezentate de ofertantă, atunci ea este datoare să argumenteze în fapt și în drept refuzul său. În caz contrar, constituie o încălcare a obligației de evalua ofertele prin prisma tuturor documentelor depuse de ofertant, inclusiv celor depuse pe durata evaluării”;*

- prin urmare, contestatorul susține că luarea în considerare a informațiilor și documentelor suplimentare de către ....., nu ar fi determinat apariția vreunui avantaj în favoarea ... sau încălcarea principiilor tratamentului egal și al nediscriminării; de aceea, susține că autoritatea contractantă trebuia să ia în considerare răspunsurile ... la solicitările de clarificări în ceea ce privește analiza modalității de îndeplinire a cerinței privind instalațiile de forat coloane; respectivele instalații fiind asigurate prin intermediul unor contracte de închiriere, conform cărora locatorul s-a angajat să pună la dispoziție instalații corespunzătoare care să poată fi utilizate pentru scopul executării contractului de achiziție publică/în deplină conformitate cu cerințele autorității;
- în opinia contestatorului, în analiza nelegalității respingerii ofertei sale, pe motivul nerespectării cerinței privind instalațiile de forat coloane, Consiliul urmează să se raporteze și la modalitatea în care s-a derulat efectiv etapa de clarificări față de ceilalți participanți la procedură, pentru a se asigura respectarea principiilor reglementate în art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, știut fiind că în proceduri de o asemenea complexitate tuturor ofertanților li se adresează solicitări de clarificări; ori, respingerea ofertei ulterior transmiterii solicitării de clarificări reprezintă o măsură disproporționată față de tratamentul aplicat celorlalți ofertanți, ale căror clarificări au fost avute în vedere la evaluarea ofertelor, de natură a aduce atingere și principiului eficienței utilizării fondurilor;
- contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei, iar în privința cheltuielilor de judecată, susține că își rezervă dreptul de a le solicita, pe cale separată; de asemenea, solicită accesul la dosarul cauzei, sens în care, Consiliul îi

transmite adresa nr. 9833/..... acesta din urmă prezentându-se la sediul CNSC în data de 27.05.2013.

În urma derulării ședinței de audieri, desfășurată la sediul CNSC, în data de 29.05.2013, contestatorul transmite, prin adresa nr. 1370/03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18163/03.06.2013, concluziile scrise, în cadrul cărora precizează faptul că își menține criticile formulate în cuprinsul contestației inițiale, reiterând tototdată, aspectele menționate și în ședința de audieri.

Prin adresa nr. 96/15.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 15972/16.05.2013, **ASOCIEREA ....**, formulează o CERERE DE INTERVENȚIE PRINCIPALĂ, în contradictoriu cu ASOCIEREA .../ ..., având calitatea de contestator, prin care solicită admiterea cererii respective și respingerea contestației anterior menționată.

În fond, intervenientul susține următoarele:

- în opinia sa, ... critică în mod netemeinic, oferta sa, sub trei aspecte: a) neîndeplinirea cerințelor privind capacitatea economico- financiară; b) neîndeplinirea cerințelor privind demonstrarea experienței similare; c) prețul aparent neobișnuit de scăzut oferat;

- referitor la îndeplinirea cerințelor privind capacitatea economico – financiară, intervenientul precizează că valoarea contractelor, indicate în documentele aferente ofertei, este cu mult mai mare decât cifra medie de afaceri declarată, tocmai datorită limitării activităților pe care autoritatea contractantă a înțeles să le includă în calculul cifrei medii de afaceri; în acest sens, solicitând ca toate formularele, inclusiv cel la care se referă contestatorul, sunt parte a ofertei depuse și, prin raportare la dispozițiile art. 24 din OUG nr. 34/2006, respectiv art. 74 alin.(1) din HG nr. 925/2006, să nu fie accesibile contestatorului, deoarece „nu pot fi privite drept date și informații publice”; din acest punct de vedere, susține că „toate contractele depuse în dovedirea îndeplinirii criteriului privind cifra medie de afaceri, sunt, cel puțin din punct de vedere legal, necunoscute contestatorului”;

- referitor la cifra medie de afaceri, intervenientul precizează că autoritatea contractantă, prin adresa emisă în data de 23.10.2012, i-a solicitat clarificări, cărora le-a răspuns, în anexa adresei transmise, prezentând facturi, formulare de identificare financiară, acorduri de asociere, contracte de asociere, certificate interimare de plată, centralizatoare valorice de lucrări executate și extrase de cont; ulterior, în data de 27.11.2012, autoritatea contractantă i-a solicitat alte clarificări, în acest sens, răspunsul, transmis în data de 05.12.2012, a fost însoțit de 1.896 de pagini de documente financiar-fiscale și tehnice, printre care: facturi, bilanțuri, balanțe, rapoarte de audit, rapoarte de inspecție, extrase de cont, centralizatoare valorice, situații de lucrări și liste de lucrări; documente care, în opinia sa, sunt mai

mult decât suficiente pentru a putea permite autorității contractante nu doar să verifice cuantumul mediei cifrei de afaceri, ci și să stabilească faptul că subscrisa nu a inclus în suma declarată, lucrări dintre cele excluse din calcul, precum așternere covor asfaltic, ranforsare sistem rutier, reciclare, lucrări de întreținere periodică, consolidare versanți și altele; de asemenea, precizează intervenientul, în data de 13.12.2012 autoritatea contractantă a solicitat noi clarificări și documente probante, ocazie cu care s-au transmis și alte documente edificatoare;

- totodată, precizează intervenientul, autoritatea contractantă a apelat la doi experți contabili judiciari, pentru efectuarea unei expertize extrajudiciare, având ca obiect: „stabilirea mediei cifrei de afaceri în infrastructura de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011) a asociatului .... și a asociatului ....., pe baza documentelor depuse atât în cadrul ofertei inițiale cât și în urma solicitărilor de clarificări; experții au verificat și modul de calcul al cifrei de afaceri în infrastructura de transport rutier al ASOCIERII ....., transmisă pentru procedura de achiziție publică „Proiectare și execuție autostrada ....”;

- față de cele de mai sus, intervenientul susține că din concluziile raportului de expertiză contabilă extrajudiciară, solicitat de către autoritatea contractantă, reiese că „valorile cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier prezentate de ... sunt corecte”; prin urmare, în opinia sa, a demonstrat că a prezentat o cifră de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier, conformă cerinței din fișa de date a achiziției, mult superioară celei impuse; acest fapt a fost probat și de către autoritatea contractantă, care la rândul său a verificat, în mod extensiv, acest aspect, prin comisia de evaluare și experții cooptați; rezultatul final, susține intervenientul, fiind acela că cifra medie de afaceri în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe anii 2009, 2010 și 2011, este superioară pragului impus, de 775.000.000 Lei;

- în același sens, intervenientul invocă și dispozițiile art. 152 alin.2) din Codul Fiscal, potrivit cărora „cifra de afaceri reprezintă valoarea totală, fără TVA, a tuturor operațiunilor, livrări de bunuri și prestări de servicii, efectuate în cursul unui an calendaristic, care ar fi taxabile, inclusiv operațiunile care ar fi scutite, dacă s-ar aplica regimul normal de taxare”; la art.156<sup>1</sup> din cadrul aceluiași act normativ, menționându-se faptul că „cifra de afaceri este compusă din operațiunile taxabile din punct de vedere al taxei pe valoarea adăugată”; contestatorul invocă și dispozițiile OMF nr.3055/2009, potrivit cărora „cifra de afaceri este formată din toate sumele rezultate din vânzarea de produse și furnizarea de servicii care se înscriu în activitatea curentă a entității, după deducerea reducerilor comerciale și a taxei pe valoarea adăugată, precum și a altor taxe legate direct de cifra de afaceri”; ca atare,

precizează intervenientul, în baza acestor dispoziții, pentru aceeași cifră de afaceri, declarată inclusiv în această procedură, au fost achitate taxele și impozitele aferente;

- așadar, afirmă intervenientul, motivul pentru care .... solicită respingerea ofertei sale, nu are nicio legătură reală cu Formularul 4A sau cu cifra de afaceri, ci, în mod exclusiv, cu diferența de preț, de aproximativ 40 de milioane de euro, dintre cele două propuneri financiare; față de acest aspect, contestatorul menționând că, tot pe coridorul IV, pentru Lotul I - autostrada ...., a executat și finalizat cu 6 luni înainte de termen, cu 1 milion de lei, mai puțin decât valoarea licitată, tronsonul respectiv, care a fost predat la cheie, inclusiv cu spațiile de serviciu, toalete și peisagistică;

- referitor la îndeplinirea cerințelor aferente experienței similare, intervenientul precizează că a depus, în cadrul ofertei sale, următoarele documente: filele 190 - 194 - prima Anexă a Formularului 6, însoțită de Formularul 7A „Certificat privind experiența antreprenorului” și procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, semnat de autoritatea contractantă; filele 221 - 235 - a doua Anexă a Formularului 6, însoțită de Formularul 7 A „Certificat privind experiența antreprenorului” și procesele - verbale de recepție la terminarea lucrărilor, semnate de autoritatea contractantă; filele 273-281 - a treia Anexă a Formularului 6, însoțită de Formularele 7 A „Certificat privind experiența antreprenorului” și Procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, semnat de autoritatea contractantă;

- de asemenea, referitor la critica contestatorului potrivit căreia propunerea financiară *„este un preț nefezabil raportat la îndeplinirea tuturor cerințelor autorității contractante”*, intervenientul susține că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări; atașat adresei de răspuns, intervenientul precizează că a transmis și documente doveditoare: facturi de la furnizori, contracte cu furnizorii, liste de prețuri, liste de discounturi ce ne sunt aplicabile, certificate de producție și control, situația stocurilor etc; prin urmare, consideră că modul în care contestatorul a criticat *„consolidarea DN7”* este *„profund calomnios”*;

- intervenientul susține că oferta sa are caracter confidențial, invocând, în acest sens, art. 215<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2005, potrivit căruia *„accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și poate fi restricționat în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii”*; intervenientul susține că, potrivit art. 24 din cadrul aceluiași act normativ, 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, dezvaluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală; prin urmare, afirmă că „a declarat autorității contractante faptul că întreaga ofertă depusă, însoțită de răspunsurile la clarificări, parte integrantă a ofertei, sunt documente confidențiale, urmând a fi tratate ca atare” și solicită Consiliului să nu permită contestatorului accesul la informațiile din dosarul de achiziție cu privire la oferta economică, tehnică și financiară, având în vedere faptul că în acest mod s-ar încălca secretul comercial, în mod special cel cu privire la formarea prețului și la activitatea economică.

În temeiul art. 275 alin.(1) din OUG nr. 34/2006, având în vedere, adresa nr. 1711/09.05.5013, emisă de către ASOCIEREA .... și înregistrată la sediul .... sub nr. 29524/... potrivit căreia „(...) *documentele depuse de subscripția Asocierii, în cadrul ofertei pentru procedura mai sus menționată sunt strict confidențiale în totalitate. Așadar, documentele de calificare, propunerea tehnică, propunerea financiară și toate clarificările și documentele depuse ulterior deschiderii ofertei sunt strict confidențiale și nu vor fi puse la dispoziția altor ofertanți*”, precum și cele menționate în cererea de intervenție, prin adresa nr. 9517/..... 20.05.2013, Consiliul a solicitat intervenientului să comunice următoarele: dovezi că există prevederi contractuale care vă obligă la confidențialitatea datelor din propunerea financiară și tehnică și să prezentați extrase din aceste documente; dovada că acestea au fost comunicate și autorității contractante, înainte de data deschiderii ofertelor, și nu ulterior acesteia; dovada comunicării răspunsului atât către autoritatea contractantă cât și către contestatori, precum și confirmarea primirii prezentei, prin retransmiterea acesteia, prin fax, cu număr de înregistrare aplicat pe aceasta.

Intervenientul a răspuns prin adresa nr. 116/23.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 16969/24.05.2013, astfel:

- în ceea ce privește confidențialitatea documentelor care fac parte din cadrul ofertei în cauză, invocă dispozițiile art. 215 alin.(1) și art. 24 din OUG nr. 34/2006; precizând că, în opinia sa, documentele de care a înțeles să se folosească pentru a justifica, față de autoritatea contractantă, nivelul cifrei de afaceri precum și documentele folosite pentru a dovedi mecanismul de formare a prețului, din propunerea financiară, conțin date confidențiale și constituie secret comercial, fiind în mod esențial legate de strategia sa economică;

- precizează că numai ulterior momentului depunerii ofertei sale, a fost adoptat cadrul normativ cu privire la stabilirea momentului până la care

oferantul trebuie să declare caracterul confidențial al informațiilor din propunerea tehnică și financiară.

Ulterior ședinței de audiere, organizată la CNSC, în data de 29.05.2013, intervenientul transmite adresa nr. 127/30.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr.17815/31.05.2013, prin care formulează câteva observații referitoare la anumite aspecte specificate în cadrul procesului - verbal al ședinței de audiere nr. 10269/.....29.05.2013; prin adresa nr. 128/ 31.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18120/03.06.2013, intervenientul transmite următoarele:

- cererea de intervenție formulată, este una principală și nu una accesorie, așa cum afirmă contestatorul ....;
- intervenientul susține că îndeplinește cerința 2 din Secțiunea III, 2.2 – Capacitatea economică și financiară; prin urmare, consideră că răspunsul la întrebarea nr. 25 din clarificarea nr. 4, nu poate fi interpretat legal, pentru a transforma criteriul privind capacitatea economică și financiară de la Cerința 2 a Secțiunii III.2.2 într-un criteriu privind capacitatea tehnică și/sau profesională, care oricum există la Cerința 1 a secțiunii III.2.3;
- în acest sens, afirmă că autoritatea contractantă, în mod corect, a apreciat că modul de calcul al cifrei de afaceri respectă cerința aferente; mai ales, în condițiile în care acesta a făcut obiectul unei expertize contabile; în același sens, fiind și observațiile reprezentanților UCAVP și organelor fiscale; prin urmare, afirmă intervenientul, opiniile separate, formulate de către ..... , astfel cum acestea reies din Rapoartele de obiecțiuni întocmite de aceștia, sunt nelegale, fiind fundamentate pe norme de drept abrogate; de asemenea, observațiile formulate de observatorii UCVAP nu coincid cu calculele membrilor comisiei care au formulat opinii separate și nu oferă o concluzie în sensul incorectitudinii cifrei de afaceri medii de afaceri declarată de intervenient; obiecțiunile celor doi membri ai comisiei, cele ale observatorilor UCVAP și susținerile .... nu se referă la cerința din fișa de date a achiziției, ci la modul în care prezenta Asocieră a ținut contabilitatea în perioada de referință;
- referitor la prețul oferat, intervenientul susține că este unul corect, atât din punct de vedere al profitului cât și din cel al cheltuielilor ce vor fi ocazionate în sarcina autorității contractante; de asemenea, susține că a oferat absolut toate obiectele implicate în realizarea și finalizarea proiectului în cauză;
- referitor la experiența similară, susține că a demonstrat „cu acte” îndeplinirea criteriului impus.

În vederea soluționării contestațiilor susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 8878/..... 13.05.2013, transmiterea dosarului achiziției publice în copie, întocmit conform precizărilor art. 213 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, precum și punctele de vedere cu privire la contestațiile în cauză.

Prin adresa nr. 32753/17.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr.16162/17.05.2013, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctele de vedere cu privire la contestațiile în cauză.

Astfel, referitor la contestația formulată de către ...., autoritatea contractantă precizează următoarele:

- solicită respingerea acesteia ca nefondată și neîntemeiată, menținerea actelor de comunicare a rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, respectiv raportul procedurii de atribuire; respingerea ca neîntemeiată a solicitării de reevaluare a ofertei și menținerea deciziei de respingere a ofertei în cauză;

- autoritatea contractantă precizează că prin adresa nr. 92/28395/2904.2013, a comunicat contestatorului faptul că oferta depusă de .... s-a clasat pe primul loc, cu un preț de 419.397.452,07 lei, fără TVA; oferta depusă de .... fiind respinsă ca inacceptabilă;

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă precizează că, în urma verificării documentelor transmise de contestator, precum și a solicitărilor de clarificări, a constatat următoarele: în procesul - verbal al ședinței de deschidere nr. 18/4220/22.08.2012, s-a consemnat faptul ca „ofertantul .... Construcción SA nu a prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare prezentată și nici dovada plății acesteia. Comisia de evaluare va solicita clarificari în acest sens în perioada de evaluare a ofertelor”;

- ulterior, prin adresa nr. 18/5135/23.10.2012, ofertantului .... i s-au solicitat o serie de clarificari, respectiv: „întrucat la ședința de deschidere a ofertelor nu ați prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare și nici dovada plății acesteia (așa cum de altfel a fost menționat și în procesul - verbal al ședinței de deschidere nr. 18/ 4220/22.08.2012), comisia de evaluare solicită transmiterea în original a poliței de asigurare și dovada plății acesteia, în original/copie legalizată/copie lizibilă cu mențiunea „conform cu originalul”;

- autoritatea contractantă precizează că „ofertantul .... a răspuns cu adresa înregistrată la .... cu nr. 92/71881/05.11.2012; potrivit mențiunilor din procesul - verbal nr. 2 - 18/5797/26.11.2012), a transmis un document completat, semnat și ștampilat de către .... EUROPE LIMITED LONDRA - Sucursala ... în cadrul careia există următoarele precizări: „Noi, .... Europe Limited Londra - Sucursala ... confirmăm prin prezenta că, .... este asigurat în limita a 300,000,000 EUR (aproximativ 1,361,100,000 Ron) în ceea ce privește Asigurarea de Garanții, pe baza Acordului de Indemnizație încheiat



între ... pe data de 27 iulie 2011 și a Aprobării de Credit din data de 16 august 2012. Acest Acord de Indemnizație este singurul nostru contract cu ... fiind echivalentul unei polițe de asigurare ce acoperă aceste garanții. Nici o poliță adițională nu poate fi și nici nu va fi emisă local de către .... Europe Limited Londra - Sucursala ... în completarea acestor garanții pentru a evita dubla acoperire. .... Europe Limited Londra - Sucursala ... a emis doar garanțiile prevăzute în documentația contractuală furnizată de către ..., în limita maximă solicitată pentru fiecare garanție menționată în documentație. Aprobarea de credit furnizată confirmă limita totală a garanției emise pentru .... de către .... Europe SA. Aprobarea de Credit împreună cu Acordul de Indemnizație prevăd în mod clar că toate birourile .... Europe (incluzând .... Europe Limited Londra - Sucursala ...) pot emite între 16 august 2012 și 30 septembrie 2012, în limita a 300,000,000 EUR (aproximativ 1,361,100,000 Ron), scrisori de garanție pentru ... și subsidiarele sale. Toate garanțiile emise în perioada mai sus menționată rămân valabile și după expirarea acestei perioade. Cum garanțiile nr. 70020426, 70020427 și 70020428 furnizate către ... au fost emise de către .... Europe Limited Londra - Sucursala ... în data de 20 august 2012, .... Europe Limited Londra - Sucursala ... certificăm că aceste garanții sunt valide și în vigoare. Confirmăm de asemenea că primele datorate pentru aceste garanții au fost plătite în întregime și nu există alte sume neachitate, prin urmare aceste garanții sunt valabile conform condițiilor menționate în acestea. De asemenea odată ce o garanție este emisă, ne obligă și prin urmare pentru oricare din garanțiile menționate mai sus nu putem invoca neplata primei pentru a evita plata unei cereri de despăgubire [...]"

- în opinia autorității contractante, răspunsul este neconcludent; de aceea, prin adresa nr. 18/5818/27.11.2012, i-a cerut transmiterea, în original, până la data de 05.12.2012, a poliței de asigurare, precum și a dovezii că a achitat integral prima de asigurare datorată pentru Garanția de Participare nr. 70020428/16.08.2012, constituită la banca .... EUROPE LIMITED LONDRA - Sucursala ...;

- autoritatea contractantă menționează că ofertantul ... a răspuns prin adresa înregistrată la .... cu nr. 92/79697/05.12.2012; referitor la documentul în cauză, astfel cum s-a consemnat în procesul - verbal nr. 3 - nr. 18/6112/13.12.2012), membrii comisiei de evaluare au concluzionat următoarele: „Ofertantul nu a transmis polița de asigurare în original, astfel cum se solicita prin documentația de atribuire, solicitând amânarea prezentării poliței până la data de 14.12.2012. De asemenea, la solicitarea de a transmite documente din care să rezulte achitarea integrală a primei de asigurare, ofertantul prezintă o declarație a Institutiei Banco Español de Crédito SA, în sensul că, ....a realizat la data de 17.08.2012 un transfer cu o

*valoare de 32.627,49 Euro, pe numele societății Willis SA"; având în vedere faptul că, ofertantul nu a transmis documentele solicitate în termenul stabilit (acesta aducând documentele ulterior, în data de 14.12.2012, cu adresa nr. 92/81603, oferta nu a fost calificată; dovada transmiterii ulterioare rezultând din documentul emis de .... în data de 12.12.2012, în anexa căruia se transmit polițele de asigurare, aferente garanțiilor numărul 70020426, 70020427 și 70020428, emise de .... EUROPE LIMITED LONDRA - Sucursala ... în care se menționează: „încheiat astăzi 11.12.2012, în 3 (trei) exemplare [...]”;*

- autoritatea contractantă invocă și dispozițiilor art. 86 alin. 1) din HG nr. 925/2006, potrivit cărora: *„Garanția de participare 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, care se prezintă în original, în cuantumul și pentru perioada prevăzută în documentația de atribuire”; alin. 6) - „În orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora stabilite pentru deschiderea ofertelor”;*

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă afirmă că ofertantul .... nu a prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare și nici dovada achitării acesteia, așa cum a fost solicitat în cadrul documentației de atribuire - Volumul I - Secțiunea 2 „Formulare” - Cerințe obligatorii privind Garanția de Participare, „Pct. VI: În cazul unei garanții de participare emise de către o societate de asigurări se va prezenta dovada plății integrale a poliței de asigurare”;

- prin urmare, în opinia sa, în mod corect, oferta depusă de .... a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, întrucât *„a fost depusă de un ofertant care 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) și (5), documente relevante în acest sens”;* pe cale de consecință, consideră că a respectat și prevederile art. 81 din HG nr. 925/2006, conform căruia *„comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme”.*

Prin adresa nr. 32754/17.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 16161/17.05.2013, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... solicitând Consiliului respingerea ca nefondată a acesteia, pentru că:

- în urma verificării documentelor transmise de către ... ca urmare a solicitărilor de clarificări, transmise de comisia de evaluare, a rezultat că oferta în cauză este inacceptabilă și, prin urmare, a fost respinsă ca atare, întrucât nu a îndeplinit, în mod corespunzător, cerința nr. 6 - Capacitatea

tehnică din documentația de atribuire, în ceea ce privește „capacitatea tehnică referitoare la prezentarea instalațiilor de forat coloane”; acest fapt reiese din procesul - verbal nr. 1 - 18/5124/ 23.10.2012, conform căruia „pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare sunt necesare a fi solicitate clarificări și completări ale documentelor prezentate inițial de ... solicitări care sunt în acord și cu prevederile art. 201 din OUG nr. 34/2006”; de aceea, prin adresa nr. 18/5134/23.10.2012, au fost solicitate o serie de clarificări, astfel: „având în vedere faptul că, în conformitate cu prevederile documentației de Atribuire pentru îndeplinirea Cerinței nr. 6 - Capacitate Tehnică „Ofertantul are drept de folosință sau deține instalații de forat coloane de 01180 mm și instalații de forat coloane de 01500 mm, instalații care pot fi disponibilizate pentru acest contract pe întreaga perioadă de execuție. Durata normală de funcționare a instalațiilor de forat coloane va trebui să acopere durata de implementare a contractului. Nu se acceptă instalații de forat coloane ale căror durata normală de funcționare expiră în timpul derulării contractului. Data de referință în calcularea timpului de finalizare a contractului va fi data depunerii ofertelor la care se va adăuga perioada de evaluare și contractare (1 lună) și durata contractului. Modalitatea de îndeplinire și aplicabilitatea în cadrul procedurii pentru Cerința nr. 6: ofertantul va prezenta următoarele: [...] și coroborat cu Nota 4: Prin sintagma „instalații” se înțelege minim 2 instalații de forat coloane pentru fiecare dintre cele 2 dimensiuni (01180 mm și 01500 mm) solicitate, din analiza documentelor prezentate în cadrul ofertei reiese faptul că dețineți și aveți drept de folosință pentru 2 stații de asfalt: Utilaj de forat Casagrande tip B250 și Utilaj de forat LIEBHERR LRB 255, vă rugăm să ne clarificați aspectele constatate”;

- autoritatea contractantă susține că solicitarea de clarificare de mai sus a fost justificată deoarece ofertantul în cauză, în cadrul Formularului nr. 10 - Instalații de forat coloane, a prezentat numai 2 instalații de forat coloane, după cum urmează: Utilaj de forat Casagrande tip B250 și Utilaj de forat LIEBHERR LRB 255, și nu „minim 4 instalații”, așa cum se solicita în documentația de atribuire, respectiv: „[...] instalații de forat coloane de 01180 mm și instalații de forat coloane de 01500 mm [...]”;

- urmare solicitărilor de clarificări nr. 18/5134/23.10.2012, ... a răspuns prin adresa înregistrată la .... cu nr. 92/71883/05.11.2012, astfel cum s-a consemnată în procesul - verbal nr. 2 - 18/5797/26.11.2012, că „...Nota 4: Prin sintagma „instalații” se înțelege minim 2 instalații de forat coloane pentru fiecare dintre cele 2 dimensiuni (01180 mm și 01500 mm) solicitate”, care a fost introdusă ulterior în documentația de atribuire, printr-o, modificare neimpusă de nicio autoritate competentă în acest sens, invocându-se dispozițiile art. 179 alin. 3 și 4) din OUG nr. 34/2006; opinia ...

fiind că „Nota 4 a fost introdusă ulterior în documentația de atribuire, astfel modificându-se criteriul de calificare și selecție prevăzut la Cap. III.2.3 - Capacitatea Tehnică Cerința 6”;

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că ofertantul în cauză s-a prevalat, în mod „tendențios și malițios” de prevederile art. 179 alin. (3) și alin. (4) din OUG nr. 34/2006, în condițiile în care cerința de la cap. III.2.3 - Capacitatea Tehnică – nr. 6 din documentația de atribuire, nu a fost niciodată modificată; aceasta fiind enunțată astfel: „Ofertantul are drept de folosință sau deține instalații de forat coloane de 01180 mm și instalații de forat coloane de 01500 mm, instalații care pot fi disponibilizate pentru acest contract pe întreaga perioadă de execuție. Durata normală de funcționare a instalațiilor de forat coloane va trebui să acopere durata de implementare a contractului”; prin modificarea nr. 3 - NOTA 4, s-a precizat că „...prin sintagma „instalații” se înțelege minim 2 instalații de forat coloane pentru fiecare dintre cele 2 dimensiuni (01180 mm și 01500 mm) solicitate”; introducerea Notei 4, precizează autoritatea contractantă, s-a datorat unei solicitări de clarificări a unui ofertant;

- prin urmare, susține autoritatea contractantă, cerința de la cap. III.2.3 - Capacitatea Tehnică - Cerința 6 din documentația de atribuire nu s-a modificat, deci nu se impune anularea procedurii de atribuire în cauză;

- totodată, autoritatea contractantă precizează că în cadrul procesului - verbal nr. 3 - 18/6112/13.12.2012), s-au consemnat următoarele: „Pentru demonstrarea îndeplinirii Cerinței nr. 6 - Capacitatea Tehnică, ofertantul a prezentat Contractul de locațiune de autovehicule și utilaje de construcții din 20.08.2012 încheiat cu SC Terratest Geotehnic SA pentru instalațiile de forat coloane AF 220IT și AF 220 nr. 6, care nu au fost prezentate în cadrul Formularului nr. 10, invocând dispozițiile art. 201 alin. 1 din OUG nr. 34/2006. Deși s-a încheiat contract de locațiune cu SC Terratest Geotehnic SA, s-au anexat Declarații cu privire la titlul de proprietate asupra mașinii operatorului Teratest Cimentaciones SL (declarații înscrise la registrul Comerțului din ...). De asemenea, s-au anexat Declarații de conformitate, din care rezulta faptul ca utilajul AF 220 IT a fost fabricat în 2006 și utilajul AF 220 nr. 6, fără a se anexa alte documente justificative din care să rezulte durata de viață a instalațiilor de forat coloane”;

- de asemenea, autoritatea contractantă afirmă că, în mod eronat, ... se prevalează de dispozițiile art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, în condițiile în care, pe tema respectivă, i-au fost deja adresate două solicitări de clarificări (adresele nr. 18/5134/23.10.2012 și nr. 18/5823/ 27.11.2012), referitoare la prezentarea instalațiilor de forat coloane; în acest sens, autoritatea contractantă susține că o altă apreciere a documentelor, decât cea existentă ar conduce la încălcarea dispozițiilor art. 201 alin. (2) din OUG

nr. 34/2006, potrivit căroră, „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj în favoarea unui ofertant/candidat”; ca atare, cele 2 (două) instalații de forat coloane, prezentate în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări, respectiv AF 220 IT și AF 220 nr. 6 din adresa nr. 2513/05.12.2012, înregistrată la .... cu nr. 92/79658/05.12.2012, nu au fost luate în considerare, pentru că, în conformitate cu prevederile legale în vigoare și cu prevederile documentației de atribuire, ofertantul trebuia să prezinte (menționeze) toate cele 4 instalații la momentul depunerii ofertei;

- având în vedere faptul că, prin răspunsurile la clarificări, ofertantul a încercat să introducă două noi instalații de forat coloane, suplimentare față de cele declarate inițial, autoritatea contractantă precizează că a hotărât că oferta aferentă este inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 - „a fost depusă de un ofertant care 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) și (5), documente relevante în acest sens”;

- în același sens, autoritatea contractantă susține că evaluarea ofertelor s-a făcut cu respectarea principiilor proporționalității, a nediscriminării și a tratamentului egal, fără a se aduce „atingere și principiului eficienței utilizării fondurilor publice”, respectând principiile prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006 așa cum sunt ele interpretate și reglementate la momentul actual de către ANRMAP și de către Comisia Europeană prin Directiva nr. 18/CE/2004;

- în concluzie, susține autoritatea contractantă, prin depunerea ofertei contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date, motiv pentru care avea obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire; riscul întocmirii ofertelor, inclusiv neprezentarea tuturor informațiilor solicitate în cadrul documentației de atribuire, fiind în sarcina sa și neputând, deci, să-și invoce propria culpă ca motiv al întocmirii necorespunzătoare a ofertei.

În ceea ce privește contestația formulată de ....., prin adresa nr. 32878/20.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 16374/20.05.2013, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia, ca nefondată, deoarece:

- în mod eronat, .... consideră că ofertantul declarat câștigător - .... nu ar îndeplini cerința nr. 2 din secțiunea 111.2.2 din fișa de date a achiziției, respectiv cifra de afaceri în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier - ITR, pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011), în sensul că „cifra de afaceri în ITR este mult inferioară valorii minime impuse prin documentația de atribuire, respectiv cuantumul de 775.000.000 lei”;

- față de acest aspect, autoritatea contractantă afirmă că, în cadrul documentației de atribuire, verificată și avizată de către ANRMAP, s-a introdus criteriul minim de calificare „Media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011), trebuie să fie în valoare de 775.000.000 Lei”, având ca modalitate de îndeplinire: *„Formularul nr. 4 din Secțiunea 2 „Formulare - Volumul 1 al documentației de atribuire, semnat de către reprezentantul împuternicit al ofertantului. 2. Certificate/documente edificatoare care probează, confirmă îndeplinirea cerinței de calificare și anume: a) Bilanțurile contabile pe ultimii 3 ani (2009; 2010; 2011) înregistrate la organele competente, în conformitate cu prevederile legale în vigoare și însoțite de Raportul de Audit aferent fiecărui an ; b) Ofertantul va prezenta Formularul 4A "Certificat privind cifra de afaceri în infrastructura de transport rutier" emis de către Beneficiar precum și contractele de infrastructură de transport rutier. Este obligatoriu ca Cifra de afaceri astfel solicitată să nu depășească media cifrei de afaceri globale rezultată din media exercițiilor financiare pe ultimii trei ani (2009, 2010, 2011). Nota 1: Dacă, din motive obiective, justificate corespunzător, operatorul economic nu are posibilitatea de a prezenta documentele în forma solicitată, acesta are dreptul de a-și demonstra situația economică și financiară și prin prezentarea altor documente care să reflecte o imagine fidelă a situației economice financiare, și pe care autoritatea contractantă le poate considera edificatoare”;*

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă menționează că acest criteriu a fost stabilit în conformitate cu prevederile art. 185 lit. c) din OUG nr. 34/2006; de asemenea, invocă și art. 186 alin (3) din cadrul aceluiași act normativ, conform căruia „Atunci când un grup de operatori economici depune ofertă/candidatură comună, situația economică și financiară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului [...]”;

- prin urmare, susține autoritatea contractantă, asocieria care este compusă din 2 asociați, îndeplinește criteriul privind cifra de afaceri prin cumularea cifrelor de afaceri ale fiecăruia dintre aceștia; în condițiile în care ofertantul câștigător – ...., reprezintă de fapt o asocierie fără personalitate juridică compusă din 2 operatori economici (persoane juridice române), care s-au asociat pentru îndeplinirea criteriilor minime de calificare (cei 2 operatori economici împreună, întrucât au participat și în trecut la licitațiile .... și au câștigat tot sub aceasta asocierie) are contracte semnate cu ...., în perioada 2008-2012, pentru execuție de lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier, iar sumele încasate de acesta de la .... au fost înregistrate (pe bază de factură) în contabilitatea Asociatului nr.1 (Liderul asocierii) care ulterior a efectuat plăți către Asociatul nr.2 (acesta din urma emițând factura către

Asociatul nr.1 pentru serviciile sau lucrările executate); rezultă că „cifra de afaceri a Asociatului nr. 1 + Asociatul nr. 2 = 130 unități” din sumele încasate, deoarece acordul de asociere dintre cei 2 operatori economici (membrii ai asocierii respective) le permite această modalitate de plată (pe bază de factură); autoritatea contractantă menționează că aceste contracte sunt aferente perioadei 2008-2012, sumele fiind încasate în anii 2009 - 2011 și înregistrate în bilanțurile contabile ale ambilor asociați, bilanțuri care au fost depuse la organele fiscale, și care au fost auditate și avizate de către aceștia;

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că „opinia observatorilor UCVAP așa cum este aceasta prezentată, în accepțiunea membrilor comisiei de evaluare, este eronată și nefondată”, pentru că „comisia de evaluare a evaluat modul de îndeplinire a criteriului privind cifra de afaceri a ASOCIERII ..../...., luând în calcul Ordinul M.F. nr. 3055/2009 în care se precizează că „cifra de afaceri reprezintă sumele rezultate din vânzarea de produse și furnizarea de servicii care se înscriu în activitatea curentă a entității, după deducerea reducerilor comerciale și a taxei pe valoarea adăugată, precum și a altor taxe legate direct de cifra de afaceri”; la art 152 alin. 2) din Codul Fiscal se precizează că cifra de afaceri reprezintă „valoarea totală, fără TVA, a tuturor operațiunilor, livrări de bunuri și prestări de servicii, efectuate în cursul unui an calendaristic, care ar fi taxabile, inclusiv operațiunile care ar fi scutite, dacă s-ar aplica regimul normal de taxare”; la art. 156<sup>1</sup> din Codul Fiscal, se menționează că „cifra de afaceri este compusă din operațiunile taxabile din punct de vedere al taxei pe valoarea adăugată”;

- prin urmare, conform OUG nr. 34/2006, „cifra de afaceri trebuie privită ca indicator economic: formularele 4A prezentate de către operatorii economici .... si .... coincid cu sumele înregistrate în contabilitatea celor două societăți, fapt confirmat și de experții contabili judiciari ..... și ..... prin Raportul de Expertiza Contabilă Extrajudiciara nr. 92/ 18095/19.03.2013”; așadar, afirmă autoritatea contractantă, experții au stabilit că „valorile cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier prezentate de ... sunt corecte”; pe cale de consecință, ofertantul în cauză îndeplinește criteriul de calificare prevăzut la cap. III.2.2 - Capacitatea economica și financiară din fișa de date a achiziției;

- referitor la răspunsul 25 la întrebarea nr. 25 din Clarificarea nr. 4 la documentația de atribuire, autoritatea contractantă precizează că prin răspunsul publicat s-a răspuns la o întrebare adresată de către un posibil ofertant, respectiv că: „La punctul 4) Valoarea contractului din cadrul Formularului 4A - Certificat privind cifra de afaceri în infrastructura de transport rutier se va trece valoarea totală a contractului sau doar valoarea

executată de către ofertant ( în cazul în care ofertantul nu a fost contractant unic)”, adică, „pentru demonstrarea valorii executate (pentru că așa a întreat posibilul ofertant) în cazul unei Asocieri se va prezenta contractul semnat cu Beneficiarul (nespecificând cine este Beneficiarul) precum și alte documente justificative din care să reiasă doar valoarea executată de către operatorul economic participant la aceasta procedură de achiziție publică”; de asemenea, coroborând prevederile art. 79<sup>1</sup> alin. (2) din Normele de aplicare ale Codului Fiscal (art. 156 Cod Fiscal), „Bunurile și serviciile care sunt puse la dispoziția asocierii de către membrii săi fără plată, ca aport la asociere în limita cotei de participare stabilită prin contract, nu constituie prestare de servicii/livrare de bunuri cu plată în sensul art. 129, respectiv art. 128 din Codul fiscal”;

- așadar, susține autoritatea contractantă, rezultă că facturile emise de către .... către ...., în baza contractelor de subantrepriza încheiate între părți, nu pot fi încadrate decât la 79<sup>1</sup> alin. (3) din Normele de aplicare ale Codului Fiscal și, pe cale de consecință, „pentru determinarea cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier, este corect să fie adunate sumele prezentate în Formularul 4A de către ... și de către ....”;

- autoritatea contractantă precizează că, deși prevederile legale menționate mai sus sunt imperative, comisa de evaluare a analizat și modul de îndeplinire a criteriului de calificare, așa cum au considerat reprezentanții UCVAP că trebuie analizată cifra de afaceri, luând în considerare sumele încasate pentru cele 14 contracte de fiecare membru al asocierii, proporțional cu cota sa, ținând cont de faptul că „în Acordul de Asociere la Contractul nr. 8 (Reabilitare drum, proiect VI, Lot B, Proiectare și execuție DN 12 Chichiș-Toplița și DN 15 Reghin - Toplița), în care nu se specifică cotele de participare, se precizează că „....., în calitate de lider al asocierii, este împuternicit de către ...., să preia responsabilitatea și să primească instrucțiuni, pentru și în numele partenerilor asocierii, și întreaga execuție a contractului, inclusiv plata, vor fi făcute, în mod exclusiv, cu liderul asocierii”, adică, .... efectuează lucrări în calitate de subantreprenor al lui .... și nu efectuează lucrări în calitate de membru al asocierii; prin urmare, facturile emise de către .... pentru .... reprezintă prestare de servicii conform art. 79<sup>1</sup> alin. (3) din Normele de aplicare ale Codului Fiscal, deci în calculul cifrei de afaceri trebuie incluse și sumele încasate de .... și de ....;

- pentru sumele facturate de .... către ...., pentru contractul nr. 12 (Reabilitare DN 2D Focșani-Ojdula, km 0+000 - 118+893 Lot 1 km 0+000-50+000 și Lot 2 km 50+000 - km 95+000) a fost luată în calcul doar suma ce depășește cota parte din asociere, ca fiind prestare de servicii conform art.79<sup>1</sup> alin. (3) din Normele de aplicare ale Codului Fiscal; pentru contractul nr. 13 (Reabilitare DN 2D Focsani-Ojdula, km 0+000 -118+893 sector III km



95+000 - 118+873), în care .... a avut calitate de subantreprenor al ...., trebuiau cumulate sumele încasate de ambele societăți; pentru contractele de asociere în care nu sunt prevăzute cote de participare, a fost luat în calcul o cota de 4% pentru proiectare, iar pentru restul asociațiilor s-au considerat cote egale;

- prin urmare, susține autoritatea contractantă, rezultă o cifră medie de afaceri pe anii 2009, 2010, 2011 de 815.951.913.51 lei, conform calculului anexat la Raportul de Atribuire (Anexa nr.7); față de acest aspect, autoritatea contractantă susține că dacă cifra de afaceri nu este privită ca un indicator economic, ci ca un indicator care se dovedește prin sumele încasate în anii 2009 - 2011, comisia de evaluare a constatat, în baza actului C.N A.D.N.R. nr. 4/1947/02.04.2013 că .... a încasat în perioada 2009 - 2011, suma de 2.733.335.369.80 lei (inclusiv TVA - sumele încasate cuprind TVA), iar în anul 2012 a încasat suma de 250.999.284.76 lei pentru facturi emise în anul 2011; așadar, asocierea în cauză, îndeplinește criteriul de calificare și fără a lua în considerare sumele încasate de .... de la .... în baza contractelor de subantrepriză;

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că nu există neconcordanțe între actul ... nr. 4/1947/02.04.2013 și formularele 4A, prezentate de ...., deoarece actul ....se referă la sume încasate, iar formularul 4A, la cifra de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier; infrastructura de transport rutier se demonstrează în conformitate cu obiectul contractului și cu prevederile din documentația de atribuire - „Prin infrastructura de transport rutier se înțeleg lucrările de construcție nouă și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau lărgire aferente DN și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzilor. Sunt excluse lucrări de tipul: așternere covor asfaltic, ranforsare sistem rutier, reciclare, lucrări de intretinere periodică, consolidare versanți și altele asemenea aferente DN și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzilor”;

- în acest sens, autoritatea contractantă afirmă că modalitatea de îndeplinire a criteriului se face prin următoarele documente: Bilanțurile contabile pe anii 2009, 2010, 2011, înregistrate la organele competente, rapoartele de audit pe anii 2009, 2010, 2011, formularul 4A, emis de către Beneficiar, contractele de infrastructură de transport rutier sau părți din contracte din care să reiasă informațiile solicitate (formularul 4A reprezintă un fel de declarație pe proprie răspundere emisă de către fiecare operator economic participant la procedura de achiziție publică, care conține sumele încasate de la Beneficiar pentru anii 2009-2011, și spre deosebire de o declarație, aceste sume trebuie să fie și certificate de către Beneficiar (mai explicit, Beneficiarul contractului (o terță persoană) trebuie să certifice că într-adevăr operatorul economic a încasat sumele declarate în formular); informațiile menționate în

conținutul respectivului formular reprezintă, în fapt, sumele din cadrul cifrei de afaceri globale ce sunt aferente domeniului de activitate „infrastructura de transport rutier”;

- autoritatea contractantă susține că, potrivit cap. II.1.2.2) Capacitatea economică și financiară din documentația de atribuire, pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri din infrastructura de transport rutier, ofertantul câștigător (asocierea celor 2 operatori economici) a prezentat toate documentele mai sus menționate, atât pentru asociatul nr. 1 cât și pentru asociatul nr. 2; conform prevederilor legale, cifra de afaceri reprezintă un indicator economico-financiar care reflectă capacitatea economico-financiară a ofertantului, adică un indicator al volumului încasărilor din activitatea proprie într-o perioadă de timp, încasări efectuate la prețul pieței; cifra de afaceri „însușind toate încasările rezultate din acte comerciale: vânzări de bunuri materiale, prestări de servicii, execuție lucrări, depuneri la bănci și instituții financiare, acordarea de credite, operațiuni bursiere”; în limbajul financiar-contabil, cifra de afaceri mai este cunoscută sub denumirea de „vânzări sau de venituri brute”;

- referitor la cerința aferentă, autoritatea contractantă precizează că s-a solicitat cifra de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier, deci, din cifra de afaceri globală, așa cum este aceasta înscrisă în bilanțul contabil, se va lua în calcul numai cifra de afaceri rezultată din activitatea de infrastructură de transport rutier, care ar trebui să fie mai mică sau egală decât cifra de afaceri globală deoarece există posibilitatea ca ofertanții să desfășoare și alte activități diferite de domeniul infrastructurii de transport rutier; având în vedere că cifra de afaceri nu este evidențiată în bilanțul contabil, diferit pe fiecare domeniu de activitate al firmei, pentru o calculare corectă a acestei cifre de afaceri în infrastructura de transport rutier, .... a solicitat prin documentația de atribuire, suplimentar bilanțurilor contabile și a rapoartelor de audit, prezentarea și a următoarelor documente: formularul 4A, emis de Beneficiar; contractele de infrastructură de transport rutier aferente sau părți ale acestor contracte, cu condiția ca acestea să conțină elementele necesare pentru îndeplinirea criteriului solicitat”; pe cale de consecință, pentru îndeplinirea acestui criteriu de calificare, în cazul unei asocieri, se ia în calcul cifra de afaceri aferentă fiecărui membru al asocierii, așa cum este aceasta înregistrată în bilanțul contabil și dovedită ca fiind aferentă infrastructurii de transport rutier;

- în același sens, autoritatea contractantă menționează că toate proiectele prezentate au fost executate de către o asocieră, iar, în conformitate cu dispozițiile Codului Fiscal și ale Regulamentului nr. 704 din 22.12.1993, de aplicare a Legii contabilității nr. 82/1991, pct. 101, „Cheltuielile și veniturile determinate de operațiunile asocierilor în participație se contabilizează

distinct de către unul din asociați, conform prevederilor contractului de asociere. La sfârșitul perioadei de raportare, cheltuielile și veniturile înregistrate, în funcție de natura lor, se transmit pe baza de decont fiecărui asociat în vederea înregistrării acestora în contabilitatea proprie”; ofertantul câștigător a declarat faptul că sumele înscrise în cadrul celor 14 Formulare 4A prezentate, au fost încasate de către Asociatul nr. 1 (Liderul de Asociere), în baza facturilor emise către **Beneficiar, respectiv .... S.A.**, și „care odată emise și încasate au urmat cursul contabil și fiscal potrivit legilor în vigoare”; pentru toate cele 14 proiecte prezentate în cadrul Formulelor 4A de către Asociatul nr. 1 (Liderul de Asociere) și cele 3 Formulare 4A prezentate de către Asociatul nr. 2, în scopul clarificării modalității de îndeplinire a capacității economice și financiare și pentru confirmarea acestor informații, pe lângă contractele de lucrări aferente proiectelor prezentate, ofertantul câștigător a transmis și următoarele documente justificative în conformitate cu prevederile art. 185 alin (2) din OUG nr. 34/2006: facturile fiscale, extrase de cont, situații de lucrări către Beneficiari și pe care membrii comisiei de evaluare le-au considerat edificatoare, precum și un document care justifică faptul că facturile respective au fost înregistrate în cifra de afaceri, respectiv centralizator care cuprinde componența contului 704 - Venituri din prestări;

- de asemenea, același ofertant a prezentat și: ordinele de plată prin care și-a achitat către bugetul statului toate datoriile rezultate din activitate incluzându-le pe acelea de plată a TVA-ului și a impozitului pe profit pentru toate facturile aferente contractelor folosite la demonstrarea cifrei de afaceri; contracte ferme încheiate între cei doi asociați - Asociatul nr. 1 (Lider de Asociere) și Asociatul nr. 2, chiar dacă aceștia făceau parte din aceeași asociere; o declarație din partea Agenției Naționale de Administrare Fiscală (ANAF) prin care se atestă corectitudinea cifrei de afaceri atât a Asociatului nr. 1 (Lider de Asociere) cât și a Asociatului nr. 2;

- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că .... a prezentat documente din care reiese faptul că lucrările prezentate în cadrul formularelor 4A fac parte din categoria ITR și nu a prezentat cifra de afaceri globală în locul cifrei de afaceri în domeniul ITR, așa cum apreciază, în mod eronat, contestatorul ...

- de asemenea, autoritatea contractantă susține că, pentru îndeplinirea criteriului de calificare de la cap. III.2.3. Capacitatea tehnică din fișa de date a achiziției, ofertantul a prezentat și 3 contracte de lucrări în domeniul ITR, respectiv: Proiectare și Execuție Autostrada ... - Brașov (Moara Vlășiei - Ploiești km 48+200 - km 62+000), Reabilitare DN12 Chichiș-Toplița și DN J5 Reghin-Toplița și Reabilitare DN 2D Focșani-Ojdula;

- în ceea ce privește prețul ofertat, autoritatea contractantă precizează că a solicitat clarificări pentru prețul neobișnuit de scăzut, atât de la ofertantul câștigător cât și de la ....; din analiza documentelor prezentate (facturi de la furnizori, contractele cu furnizorii, certificate de producție și control, situația stocurilor, etc) a rezultat faptul că o diferență majoră a prețului prezentat de către ofertantul câștigător – .... și contestator – ASOCIEREA ... .... se află în prețul ofertat pentru lucrările ce vor fi executate de către aceștia la Centrul de Întreținere și Operare – CIC; prin răspunsul său, .... s-a angajat, că va executa toate lucrările necesare pentru finalizarea obiectivului proiectare și execuție autostradă ....., tot în prețul prezentat; de asemenea, asocierea în cauză a depus la CNSC o declarație pe proprie răspundere prin care indică faptul că informațiile privind propunerea tehnică cât și propunerea financiară precum și răspunsurile la clarificările transmise privind prețul aparent neobișnuit de scăzut (care reprezintă de altfel modul de stabilire a propunerii financiare) sunt confidențiale, așa cum se menționează și în prevederile legale în vigoare - art. 170 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare; prin urmare, autoritatea contractantă consideră că aceste documente nu trebuie puse la dispoziția contestatorilor în momentul în care aceștia vor solicita accesul la dosarul achiziție publice și/sau documentele depuse la CNSC în vederea formulării de completări la contestație.

În vederea soluționării contestațiilor în cauză, precum și a cererii de intervenție formulată de ASOCIEREA ....., în temeiul art. 275 alin.(1) din OUG nr. 34/2006, prin adresa nr. 9518/.....20.05.2013, Consiliul a solicitat autorității contractante punctul de vedere cu privire la solicitarea intervenientului, din adresa nr. 1711/09.05.5013 și înregistrată la sediul instituției dvs. sub nr. 29524/... aflată la dosarul cauzei, potrivit căreia „ (...) documentele depuse de subscrisa Asociere, în cadrul ofertei pentru procedura mai sus menționată sunt strict confidențiale în totalitate. Așadar, documentele de calificare, propunerea tehnică, propunerea financiară și toate clarificările și documentele depuse ulterior deschiderii ofertei sunt strict confidențiale și nu vor fi puse la dispoziția altor ofertanți”; în baza aceluși temei legal, s-a solicitat să se precizeze dacă oferta depusă de către ASOCIEREA .... / .... conține informații cu caracter confidențial, astfel cum este specificat la art. 170 din OUG nr. 34/2006 și dacă acestea au fost menționate printr-un document distinct (în acest caz solicităm transmiterea acestuia).

Prin adresa nr. 33009/21.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 16446/21.05.2013, autoritatea contractantă precizează că: „Asocierea .... a depus la CNSC o declarație pe propria răspundere prin care, indică faptul că informațiile privind documentele de calificare, propunerea tehnică, cât și

*propunerea financiară, precum și răspunsurile la clarificările transmise privind prețul aparent neobișnuit de scăzut (care reprezintă de altfel modul de stabilire a propunerii financiare) sunt confidențiale, așa cum se menționează și în prevederile legale în vigoare și anume art. 170 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare”.*

Prin adresa nr. 35217/28.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 17341/28.05.2013, referitor la contestația formulată de ....., susține că:

- având în vedere faptul că, atât valabilitatea ofertei, cât și garanția de participare, expiră în data de 20.05.2013, cu adresa nr. 92/30994/14.05.2013, s-a solicitat ofertantului în cauză prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare la licitație, până la data de 15.07.2013; urmare acestei solicitări, până la data prezentei, ofertantul nu a răspuns solicitării;
- în sensul celor de mai sus, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 171, art. 43<sup>1</sup> alin.(2) lit.b), art. 3 lit.q) din OUG nr. 34/2006 și art. 6 alin.(2) din HG nr. 925/2006;
- ținând cont de cele anterior menționate, s-a constatat că oferta în cauză și-a încetat valabilitatea, din data de 21.05.2013, aceasta neproducând nici un efect juridic.

Prin adresa nr. 36536/04.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18300/04.06.2013, autoritatea contractantă transmite un punct de vedere cu privire la contestația formulată de către ....; prin adresa nr. 36538/04.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18301/04.06.2013, transmite un alt punct de vedere cu privire la contestația formulată de către ....; prin adresa nr. 36537/04.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18302/04.06.2013, transmite un punct de vedere cu privire la contestația formulată de ...; potrivit documentelor de mai sus, autoritatea contractantă își menține opiniile formulate anterior, aflate deja la dosarul cauzei, cât și în cuprinsul ședinței de audiere desfășurată la sediul CNSC, în data de 29.05.2013.

Ultimul document, aferent cauzelor deduse soluționării, îl reprezintă adresa nr. 36537/04.06.2013, emisă de către autoritatea contractantă și înregistrată la CNSC sub nr. 18302/04.06.2013.

Înainte de a proceda la soluționarea dosarului cauzei, Consiliul va enunța următoarele considerații de ordin general:

- conform doctrinei juridice, „oricine are interes, poate interveni într-o pricină ce se urmează între alte persoane”; intervenția fiind calificată „în interes propriu” atunci când „cel care intervine invocă un drept al său; de regulă, cererea de intervenție în interes propriu va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată și înaintată în fața primei instanțe și înainte de închiderea dezbaterilor;

- potrivit art. 65 din Codul de Procedură Civilă, „intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale”; conform art. 66 alin. (1) din cadrul aceluiași act normativ, „intervenția principală se judecă odată cu cererea principală”;
- potrivit art. 256 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, „în vederea soluționării contestațiilor pe cale administrativ – jurisdicțională, partea care se consideră vătămată are dreptul să se adreseze Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (...)”;
- în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. 2) din OUG nr. 34/2006, „până la soluționarea contestației de către Consiliu, participanții în cadrul aceleiași proceduri de atribuire se pot asocia la contestație printr-o cerere proprie care trebuie să conțină toate elementele prevăzute la art. 270 alin. 1)”;
- Consiliul va respinge criticile ...., potrivit cărora ASOCIEREA .... „nu justifică un drept propriu ori un drept strâns legat de acesta”, întrucât, astfel cum este menționat în cadrul raportului procedurii nr. 18A/552/29.04.2013, filele 9250 – 9261, oferta aparținând asocierii în cauză a fost „desemnată câștigătoare cu o propunere financiară de 419.397.452,07 lei, fără TVA”; din această perspectivă, Consiliul apreciază că asocierea în cauză respectă principiul de drept potrivit căruia „folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare trebuie să aparțină celui care recurge la acțiune”;
- având în vedere cadrul juridic anterior invocat, Consiliul va încuviința, de principiu, „cererea principală de intervenție”, formulată de către ASOCIEREA ...., prin adresa nr. 96/15.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 15972/16.05.2013;
- în conformitate cu dispozițiile art. 269 din OUG nr.34/2006, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare ;
- potrivit art. 274 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, contestatorul are acces la documentele aflate în dosarul achiziției publice depuse de autoritate la Consiliu, cu excepția propunerilor tehnice ale celorlalți ofertanți la procedura de atribuire, acestea din urmă putând fi consultate de contestator numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți, acord care se anexează la cererea pe care contestatorul o adresează Consiliului;
- de asemenea, potrivit dispozițiilor imperative ale art. 15 alin. 2 din CONSTITUȚIA României, „Legea dispune numai pentru viitor, ea n-are putere retroactivă”;
- din această perspectivă juridică, Consiliul nu va putea reține alegațiile contestatorului, prin care acesta din urmă încearcă să justifice „caracterul confidențial al ofertei sale, precum și a răspunsului la clarificări, parte integrantă a ofertei”, deoarece normele juridice invocate au intrat în vigoare

la data de 01.01.2013, astfel cum, în mod expres, se stipulează în cadrul art. IV din OUG nr. 77/27.11.2012;

- raționamentul de mai sus este susținut inclusiv de prevederile art. II alin. 1) din cadrul actului normativ anterior invocat, conform cărora „procedurile de atribuire în curs de desfășurare și contractele în curs de executare, la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, rămân supuse legislației în vigoare la data inițierii, respectiv încheierii acestora”; procedura de atribuire în cauză fiind inițiată în data de 31.03.2012, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ...

- aplicând, în mod corespunzător, dispozițiile cu caracter imperativ, anterior enunțate, astfel cum este precizat în cadrul adreselor nr. 9830/... .. nr. 9833/... .. nr. 9834/... .. Consiliul a admis solicitările de studiere a dosarelor cauzei; cei 3 (trei) contestatori prezentându-se, în data de 27.05.2013, respectiv 28.05.2013, la sediul CNSC, în vederea studierii și fotocopierii documentelor;

- în conformitate cu dispozițiile art. 275 alin. 5) și 6) din OUG nr. 34/2006, „procedura în fața Consiliului este scrisă, iar părțile vor fi audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de către completul de soluționare a contestației ; părțile pot fi reprezentate de avocați și pot depune concluzii scrise în cursul procedurii (...)” ;

- luând în considerare complexitatea cauzei deduse judecății, în temeiul normelor juridice anterior invocate, Consiliul a dispus organizarea, în data de 29.05.2013, a unei ședințe de audieri la care au fost convocați cei 3 (trei) contestatori, autoritatea contractantă și intervenientul; cu ocazia derulării ședinței de audieri, la care au participat toate părțile implicate în litigiul dedus soluționării, a fost redactat procesul-verbal nr. 10269/... .. 29.05.2013, care a fost transmis acestora în data de 30.05.2013, prin fax, conform raportului de confirmare anexat dosarului cauzei;

- ulterior, concluziile scrise au fost transmise astfel: ASOCIEREA .... - adresele nr. 127/30.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 17815/31.05.2013; nr. 128/31.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18120/03.06.2013; .... - adresa nr. 236/03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18109/03.06.2013; .... - adresa nr. 1127/03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18121/03.06.2013; ... - adresa nr. 1370/03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18163/ 03.06.2013; autoritatea contractantă - adresele nr. 36536/04.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18300/04.06.2013; nr. 36538/04.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18301/04.06.2013; nr. 36537/04.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18302/04.06.2013.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

.... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect: „Proiectare și execuție autostrada ....”, CPV 45233110-3, 45233120-6, 71322500-6, având principala modalitate de finanțare: „Fondul de Coeziune: 85% în cofinanțare cu Bugetul de Stat (15%). Axa prioritară 1 – Modernizarea și dezvoltarea axelor prioritare TEN-T în scopul dezvoltării unui sistem durabil de transport și integrării acestuia în rețelele de transport ale UE. Domeniul major de intervenție 1 – Modernizarea și dezvoltarea infrastructurii rutiere de-a lungul Axei prioritare TEN-T 7 - Programul Operațional Sectorial de Transport – POS Transport”, publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ... conform căruia, valoare estimată este de 1.048.528.295 lei, fără TVA.

Potrivit celor menționate la pct. IV.2.1) din cadrul aceluiași anunț de participare, criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”.

În urma luării la cunoștință a conținutului documentației de atribuire, prin contestația nr. 158/10.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. 8898/10.04.2012, formulată de către ...., referitoare la documentația de atribuire, întocmită în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și Execuție autostrada ....., Lot 4, Sectorul Ilia - ..... km 77+361 – km 99+500”, CPV 45233110-3; 45233120-6; 71322500-6, inițiată de autoritatea contractantă ...., s-a solicitat modificarea din fișa de date a achiziției a dispozițiilor criticate și suspendarea procedurii de atribuire.

Ulterior soluționării contestației anterior menționate, prin Decizia nr. 1193/... Consiliul „a respins contestația depusă de către .... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...., ca neîntemeiată și a dispus continuarea procedurii de atribuire”.

Prin urmare, autoritatea contractantă a procedat la deschiderea ofertelor arferente, în cadrul procesului – verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 18/4220/22.08.2012, filele 9151 – 9169, fiind consemnate documentele de calificare și prețurile, fără TVA, aferente ofertelor depuse de către: ...

Ulterior evaluării ofertelor, conform celor precizate în cadrul raportului procedurii nr. 18A/552/29.04.2013, filele 9250 – 9261, ofertele aparținând ... – au fost respinse; ofertele declarate admisibile aparținând ...; ASOCIERII ..../....; în final, oferta aparținând ASOCIERII ..../.... a fost „desemnată câștigătoare, cu o propunere financiară de 419.397.452,07 lei, fără TVA”.

Deciziile de mai sus au fost transmise, de către autoritatea contractantă, astfel: prin adresa nr. 28387/29.04.2013 - ....; nr. 28390/29.04.2013 - ....; nr. 28389/ 29.04.2013 - ...; în urma luării la cunoștință a documentelor de mai sus, cei 3 (trei) ofertanți au formulat



contestațiile deduse soluționării, solicitând, în principiu, „obligarea autorității contractante la anularea documentelor menționate anterior și reevaluarea ofertelor”.

Potrivit dispozițiilor art. 273 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, „contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexate de către Consiliu pentru a se pronunța o soluție unitară”; pe cale de consecință, referitor la fondul cauzei, Consiliul va proceda la soluționarea, în mod unitar, a celor 3 (trei) contestații în cauză, analizând modul în care autoritatea contractantă a evaluat ofertele depuse, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice, precum și a motivelor prezentate de părți, inclusiv de către intervenient, în cursul ședinței de audieri; apreciind că această modalitate este în beneficiul tuturor părților în cauză.

Astfel, ca un prim aspect, de ordin general, Consiliul va reține că, în mod unanim, atât cei 3 (trei) contestatori (...., ...., ...), cât și intervenientul (ASOCIEREA ....), critică modul în care autoritatea contractantă a evaluat ofertele acestora, prin raportare la alte proceduri de atribuire la care aceștia au participat, iar autoritatea contractantă a înregistrat un comportament diferit.

Spre exemplu, în condițiile în care, astfel cum este menționat la pct. II.2.1) din anunțul de participare nr. ... „autostrada ... este parte integrantă a coridorului IV paneuropean, care se desfășoară pe teritoriul țării noastre de la Nădlac la Constanța”, intervenientul afirmă că „pentru loturile 2 și 3, din cadrul aceluiași proiect, oferta sa a fost respinsă deoarece nu îndeplinea criteriul cifrei medii de afaceri, iar pentru Lotul nr. 4, care face obiectul prezentei spețe, oferta a fost admisă”, astfel cum este precizat în cadrul procesului - verbal nr. 10269/ ... ..29.05.2013.

În continuare, referitor la prima contestația, formulată de către ...., Consiliul va reține incidența dispozițiilor art. 207 alin. 2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, conform cărora „în cadrul comunicării prevăzute la art. 206 alin. 2), autoritatea contractantă are obligația de a transmite (...) fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribue contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertanților cu care urmează să se încheie un acord – cadru”.

În acest sens, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține că, în cadrul comunicării rezultatului nr. 28387/29.04.2013, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

- „în urma evaluării ofertelor, prin aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, oferta dumneavoastră s-a clasat pe locul al 2 – lea, având prețul de 591.314.008,65 lei, fără TVA;

- oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de ofertantul ....., având prețul de 419.397.452.07 lei, fără TVA, aceasta fiind corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor documentației de atribuire”.

Față de informațiile de mai sus, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a evaluat, în mod corect, modul în care ofertantul desemnat câștigător a îndeplinit cerințele aferente „mediei cifrei de afaceri (...) în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011)”.

În acest context, Consiliul va lua în considerare faptul că la pct. III.2.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, s-au precizat următoarele:

- „cerința nr. 2 – Media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier\* pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011) trebuie să fie în valoare de minim: 775.000.000 lei;
- nota 1 – prin infrastructura de transport rutier se înțeleg lucrările de construcție nouă și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau lărgire aferente DN și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzilor. Sunt excluse lucrări de tipul: așternere covor asfaltic, ranforsare sistem rutier, reciclare, lucrări de întreținere periodică, consolidare versanți și altele asemenea aferente DN și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzilor”.

Potrivit dispozițiilor art. 78 alin. 2) din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic”.

În acest sens, Consiliul va reține că inițial, autoritatea contractantă a menționat în cadrul fișei de date a achiziției, faptul că cerința aferentă „mediei cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier” se va îndeplini de către fiecare ofertant, prin „prezentarea formularului nr. 4 din Secțiunea 2 „Formulare” – Volumul 1 al Documentației de Atribuire, semnat de către reprezentantul împuternicit al ofertantului”.

Ulterior, cu privire la cerința în cauză, „prin răspunsul nr. 25 din clarificarea nr. 4”, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

- „la punctul 5 din Formularul 4A se va specifica valoarea sumelor încasate de la Beneficiar pentru anii 2009, 2010, 2011, aferent contractului menționat la punctul 1 din Formularul 4A indiferent dacă Antreprenorul a fost Contractor Unic sau Asociere;
- pentru demonstrarea valorii executate de către ofertant, în condițiile în care Antreprenorul pentru contractul de la punctul 1 din Formularul 4A nu a fost Contractant unic ci a fost o Asociere, operatorul economic va prezenta

contractul semnat cu Beneficiarul precum și alte documente justificative din care să reiasă doar valoarea executată de către operatorul economic participant la această procedură de achiziție publică”.

Ori, Consiliul apreciază că în măsura în care cerința de mai sus nu a făcut obiectul căii de atac stabilită, în mod expres, prin dispozițiile art. 255 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, în termenele imperativ stabilite de ordonanța de urgență, în mod automat, se prezumă că toți ofertanții au acceptat și însușit conținutul acesteia; de asemenea, o situație identică fiind prezumată și pentru autoritatea contractantă; pe cale de consecință, față de ofertele depuse fiind incidente prevederile art. 170 din actul normativ anterior invocat, conform căroră „ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire”.

De asemenea, în vederea respectării principiului simetriei juridice, autoritatea contractantă este obligată să evalueze ofertele prin raportare la aceleași cerințe; raționamentul respectiv fiind validat și de dispozițiile art. 72 alin. 2) lit.b) din HG nr. 925/2006, conform căroră „atribuțiile comisiei de evaluare sunt următoarele: b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire”.

Față de cele de mai sus, Consiliul consideră că nu va putea lua în considerare alegațiile intervenientului, astfel cum se regăsesc acestea enunțate la pct. 9 din adresa nr. 128/31.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18120/03.06.2013, potrivit căroră „a interpreta răspunsul 25 din clarificarea 4 în sensul dorit de contestatară ar echivala cu transformarea unui criteriu economic într-unul tehnic, implicit la modificarea fișei de date prin răspunsul la clarificări, posibilitate expres interzisă de dispozițiile art. 50<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006 și ce se sancționează cu anularea procedurii”, deoarece, prin raportare la termenele imperative ale OUG nr. 34/2006 sunt, în mod evident, tardive.

În conformitate cu dispozițiile art. 73 alin. 1) și 2) din HG nr. 925/2006, „autoritatea contractantă are dreptul de a decide, cu scopul de a sprijini activitățile de evaluare, desemnarea pe lângă comisia de evaluare a unor specialiști externi, numiți experți cooptați. Experții cooptați pot fi desemnați încă de la începutul procesului de evaluare sau pe parcursul acestui proces, în funcție de problemele care ar putea impune expertiza acestora; decizia de desemnare a experților cooptați trebuie să precizeze atribuțiile și responsabilitățile specifice ale acestora și să justifice necesitatea participării lor la procesul de evaluare”.

Prin raportare la norma de mai sus, Consiliul va lua în considerare faptul că din analiza dosarului cauzei, a rezultat că autoritatea contractantă a solicitat „efectuarea unei expertize contabile extrajudiciare” de către

următorii: ..... (contract nr. 6/01.03.2013) și ..... (contract nr. 25/01.03.2013).

Conform definiției, „expertul contabil este persoana care a dobândit această calitate potrivit legii și care are competența profesională de a verifica și de a aprecia modul de organizare și de conducere a activității economico - financiare și de contabilitate, de a supraveghea gestiunea societăților comerciale și de a verifica legalitatea bilanțului contabil și a contului de profit și pierdere”.

Referitor la atribuțiile experților în cauză, la art. 73 alin. 3) din HG nr. 925/2006 se menționează că „atribuțiile și responsabilitățile experților externi cooptați se rezumă, după caz, numai la: a) verificarea și evaluarea propunerilor tehnice; b) analiza situației financiare a ofertanților/candidaților ori analiza financiară a efectelor pe care le pot determina anumite elemente ale ofertei sau clauze contractuale propuse de ofertant; c) analiza efectelor de natură juridică pe care le pot determina anumite elemente ale ofertei sau anumite clauze contractuale propuse de ofertant”.

La alin. 5) al aceluiași act normativ precizându-se faptul că „experții cooptați nu au drept de vot, însă au obligația de a elabora un raport de specialitate cu privire la aspectele tehnice, financiare sau juridice asupra cărora, pe baza expertizei pe care o dețin, își exprimă punctul de vedere”.

Având în vedere cadrul juridic anterior fixat, Consiliul va lua în considerare faptul că în cadrul „raportului de expertiză contabilă extrajudiciară nr. 18095/19.03.2013”, filele 9132 - 9151, s-au precizat următoarele aspecte:

- „obiectivul expertizei contabile - stabilirea mediei cifrei de afaceri în infrastructura de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011) a asociatului .... și a asociatului .... pe baza documentelor depuse de aceștia atât în cadrul ofertei inițiale cât și în urma solicitărilor de clarificări și totodată verificarea modului de calcul al cifrei de afaceri în infrastructura de transport rutier al Asocierii ....pentru procedura de achiziție publică „Proiectare și execuție autostrada ....;

- în conformitate cu răspunsul 25 din clarificarea nr. 4, publicată în SEAP și redactată de .... la documentația de atribuire, (...) rezultă că ofertanților li s-a transmis modalitatea de completare a punctului 5 „Valoarea sumelor încasate de la beneficiar” din formularul 4, în sensul **de a menționa doar partea din contract executată de ofertantul care completează formularul**, indiferent dacă în derularea acelu contract acesta a fost lider de asociere sau contractant asociat;

- astfel, conform răspunsului nr. 25 din clarificarea nr. 4 redactată de .... la documentația de atribuire, *modalitatea de prezentare a cifrei de afaceri de la pct. 5 din Formularul nr. 4A, ar fi fost prin deducerea din totalul sumelor*

*facturate de către liderul de asociere către .... a contravalorii facturilor primite de la contractanții săi asociați cu care avea întocmite contracte de subantrepriză”.*

În conformitate cu dispozițiile art. 73 alin. 6) HG nr. 925/2006, „raportul de specialitate (...) este destinat să faciliteze comisiei de evaluare adoptarea deciziilor în cadrul procesului de analiză a ofertelor și de stabilire a ofertei/ofertelor câștigătoare. **Raportul de specialitate se atașează la raportul de atribuire și devine parte a dosarului achiziției publice”.**

Din verificarea dosarului cauzei, a rezultat că autoritatea contractantă, la momentul evaluării ofertei desemnate câștigătoare, respectiv cea aparținând ASOCIERII ...., nu a avut în vedere toate informațiile existente în cadrul „raportului de expertiză contabilă extrajudiciară nr. 18095/19.03.2013”, limitându-se la a promova faptul că experții respectivi au menționat că „din punct de vedere strict contabil (...) valorile cifrei de afaceri (...) valorile globale anuale ale cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier prezentate (...) sunt corecte”, omițând însă a preciza și faptul că respectivele constatări au fost făcute, în mod strict, fără a se lua în considerare „**răspunsul nr. 25 din clarificarea nr. 4 redactată de .... la documentația de atribuire”.**

Ori, Consiliul apreciază că în procesul de evaluare a ofertelor, răspunsul în cauză trebuie avut în vedere, întrucât, la momentul soluționării litigiului aferent, conținutul acestuia a devenit, în mod definitiv, parte integrantă a documentației de atribuire, astfel cum rezultă și din motivarea anterioară.

De altfel, asupra acestui aspect, în cadrul „raportului de expertiză contabilă extrajudiciară nr. 18095/19.03.2013” se menționează următoarele:  
- „**cifra de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier a ...**, conform interpretării Rspunsului nr. 25 din Clarificarea nr. 4 redactată de către .... la documentația de atribuire, **trebuie recalculată pornind de la sumele prezentate de membrii asocierii în Formularele nr. 4A și valoarea lucrărilor executate de contractanții săi asociați”.**

Totodată, în cadrul aceluiași document, sunt enumerate „metode de recalculare a cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier declarată de .... în Formularele 4A pentru contractele în care a fost lider de asociere:

- metoda cea mai riguroasă presupune prezentarea de către ... a valorii executate de către contractanții asociați, respectiv facturile primite de la aceștia, pentru ca valoarea lor să fie scăzută din cifra totală anuală declarată la rd. 5 din Formularul nr. 4A; apreciem că verificarea sincerității prezentării acestor facturi nu s-ar putea face decât prin verificări complexe ale registrelor la sediul ofertantului, situație inacceptabilă pentru toate părțile implicate;

- metoda de recalculare aplicabilă în situația de față, pe baza documentelor depuse de ofertant ar consta în ajustarea valorilor declarate la rd. 5 din Formularele 4A depuse de asociații ... prin aplicarea procentelor declarate în acordurile de asociere ca fiind cota pe care o vor executa din acele contracte”.

Însă, din analizarea dosarelor cauzei, a rezultat că deși experții respectivi au propus autorității contractante o „metodă de recalculare aplicabilă în situația de față”, aceasta nu a putut fi aplicată deoarece, la momentul evidențierii „cotelor de participare individuale, precum și a celor însumate ale celor doi asociați în contractele prezentate expertizei contabile”, din cele 14 (paisprezece) contracte, pentru cele aflate „la poz. 8, 9, 10, 11 și 14 din tabel (...) **acordurile de asociere nu prezintă cotele de participare ale asociaților, drept pentru care expertiza nu poate stabili valoarea recalculată a cifrei de afaceri a celor doi asociați din contractele prezentate**, reținând doar principiul de calcul, respectiv prin ajustarea valorilor declarate de către liderul de asociere în formularul 4A cu cota de participare din acordurile de asociere aferente fiecărui contract”, după cum rezultă din raportul de expertiză contabilă extrajudiciară nr. 18095/19.03.2013.

Ori, în condițiile în care, astfel cum reiese din motivarea anterioară, autoritatea contractantă nu a luat în considerare „metoda de recalculare aplicabilă în situația de față”, propusă de către cei 2 (doi) experți, Consiliul apreciază că, în mod firesc, se ridică un semn de întrebare cu privire la utilitatea achiziției serviciilor de expertiză aferente.

Potrivit dispozițiilor art. 201 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, „pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității cu cerințele solicitate”.

Deși se află în cursul derulării unei proceduri de evaluare complexe, autoritatea contractantă nu a dat curs diligențelor celor 2 (doi) experți, în sensul de a solicita asocierii în cauză „cotele de participare la poz. 8, 9, 10, 11 și 14” ci, în mod arbitrar, „pentru contractele de asociere în care nu sunt prevăzute cote de participare, a luat în considerare o cotă de 4% pentru proiectant, iar pentru restul asociaților a considerat cote egale”, astfel cum este consemnat în cadrul raportului procedurii nr. 18A/552/29.04.2013.

Față de cele de mai sus, având în vedere modul selectiv în care autoritatea contractantă a solicitat clarificări asocierii respective, Consiliul constată că aceasta nu a respectat dispozițiile art. 201 alin. 2) din OUG nr. 34/2006, care stipulează că „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin

clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Potrivit dispozițiilor art. 283 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, stipulează faptul că „instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este CURTEA DE APEL (...)”; la art. 285 alin. 5) din cadrul aceluiași act normativ menționându-se că „hotărârea pronunțată de instanță este definitivă și irevocabilă”.

Din această perspectivă, referitor la modul în care autoritatea contractantă ar fi trebuit să se raporteze la „cifra de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier”, inclusiv prin susținerea demersurilor celor 2 (doi) experți în promovarea „metodei de recalculare aplicabilă în situația de față”, Consiliul va reține că în practica instanțelor, spre exemplu hotărârea nr. 1562/2013, pronunțată de către CURTEA DE APEL ... secția contencios administrativ și fiscal, s-a menținut raționamentul existent în cadrul Deciziei nr. ..., emisă de către CNSC, potrivit căruia „(...) simpla precizare a acestui ofertant că respectivele sume, precizate în formularul 4A, reprezintă sumele efectiv încasate și evidențiate în contabilitatea liderului asocierilor, fără a fi necesară distincția dacă acestea erau plăți datorate lui sau asocierii, codul fiscal nefăcând distincție, **nu trebuia acceptată de către autoritatea contractantă drept motivare concludentă a lipsei de claritate a informațiilor inițiale.** Autoritatea contractantă trebuia să se raporteze atât la valoarea încasată distinct sau împreună de cei doi membri ai asocierii desemnate câștigătoare, cât și la valoarea ce era în beneficiul altor asociați din cadrul lucrărilor pentru care liderul a primit plata în numele asocierii, tocmai pentru a se evidenția aportul/capacitatea economică a celor ce participă în actuala procedură de atribuire”.

În conformitate cu dispozițiile art. 71 alin. 1) din HG nr. 925/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a desemna, pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, persoanele responsabile pentru evaluarea ofertelor, care se constituie într-o comisie de evaluare”; la alin. 2) al normei juridice invocate, precizându-se următoarele: „comisia de evaluare trebuie să includă specialiști în domeniul obiectului contractului care urmează să fie atribuit și se nominalizează din cadrul compartimentului intern specializat prevăzut (...)”.

Potrivit art. 72 alin. 2) din actul normativ de mai sus, printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt următoarele:

- „lit. b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire;
- lit. h) stabilirea ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în această categorie;

- lit. j) aplicarea criteriului de atribuire, astfel cum a fost prevăzut în documentația de atribuire, și stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare”.

În completarea cadrului juridic anterior, Consiliul va lua în considerare și dispozițiile art. 76 alin. 5) din HG nr. 925/2006, conform cărora „membrii comisiei de evaluare care nu sunt de acord cu decizia adoptată au obligația de a-și prezenta punctul de vedere în scris, elaborând în acest sens o notă individuală care se atașează la raportul procedurii”.

Din verificarea dosului cauzei, a rezultat că 2 (doi) dintre membrii comisiei de evaluare, respectiv membrul evaluator – ..... și ....., au elaborat rapoartele de obiecțiuni nr. DAFE 18A/ 467/16.04.2013 și nr. DAFE 18A/468/16.04.2013, filele 9762 – 9281, în conținutul cărora, „expresiss verbis”, se susține că „ofertantul Asocierea .... – .... nu îndeplinește criteriul de calificare privind Capacitatea economică și financiară – Cerința nr. 2 Media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier pe ultimii 3 ani (2009, 2010, 2011) trebuie să fie în valoare de minim: 775.000.000 lei (...)”.

Ori, Consiliul apreciază că în situația în care autoritatea contractantă ar fi dat curs aplicării „metodei de recalculare aplicabilă în situația de față”, astfel cum este aceasta propusă în cadrul raportului de expertiză contabilă extrajudiciară nr. 18095/19.03.2013, aceasta din urmă ar fi putut inclusiv clarifica dacă în cadrul proiectului „Chinchiș – Toplița și Reghin – Toplița”, pentru care au fost prezentate nu mai puțin de 4 (patru) procese – verbale de recepție, se respectă cerința aferentă experienței similare, în sensul stabilirii unui quantum bazat pe valoarea a maxim 3 (trei) contracte”.

Cu privire la acest aspect, este de luat în considerare faptul că deși, astfel cum rezultă din procesul-verbal al ședinței de audieri nr. 10269/... .. 29.05.2013, autoritatea contractantă s-a eschivat în a da un răspuns clar în ceea ce privește noțiunea de „beneficiar” al contractului de mai sus, în cadrul adresei nr. 128/31.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18120/03.06.2013, intervenientul precizează că „cel de-al doilea proiect vizat (...) privind Chinchiș – Toplița și Reghin – Toplița (...) a fost executat în baza unui singur acord contractual depus la filele 259 – 262 din ofertă. Opțiunea de a încheia un singur contract nu a aparținut subscrisei, ci autorității contractante, tot ....., asupra căreia nu am fi putut să ne impunem opțiunea noastră”.

Nu în ultimul rând, cu privire la modul de derulare a procedurii de atribuire în cauză, s-a pronunțat și UNITATEA PENTRU COORDONAREA ȘI VERIFICAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE – UCVAP, din cadrul MINISTERULUI FINANTELOR PUBLICE, care în cadrul „anexei la raportul procedurii pentru atribuirea contractului de proiectare și execuție autostrada .... – anunț de participare nr. ... filele 9282 – 9287, a precizat următoarele:



- „(...) deci valoarea totală a lucrărilor facturate și executate de către .... de către liderul asocierilor – ...., care reprezintă media cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier (664.530.045 lei), cuprinde și valorile lucrărilor facturate și executate de către asociații celor 14 asocieri printre care și ...., asociat în 13 contracte;
- prin urmare, aceasta trebuie să fie ajustată cu media cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier aferentă ... (232.500.588 lei), adică cota de participare numai a liderului asocierilor – ...., este în sumă de 432.029.457 lei;
- în concluzie, în baza documentelor prezentate (formularele 4A pentru cele 14 contracte), media cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier (anii 2009, 2010 și 2011) pentru Asocieria .... – .... și ceilalți asociați este de 664.530.045 lei;
- astfel, *observatorii desemnați au constatat că nu mai este necesară ajustarea cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier (anii 2009, 2010 și 2011) aferentă Asocierii .... – ...., în sumă de 664.530.045 lei cu valorile corepsunzătoare lucrărilor executate de ceilalți asociați, deoarece aceasta este mai mică decât valoarea de 775.000.000 lei, valoare solicitată în fișa de date a achiziției”*.

Conform HG nr. 921/2011, UNITATEA PENTRU COORDONAREA ȘI VERIFICAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE – UCVAP, din cadrul MINISTERULUI FINANȚELOR PUBLICE, este parte a unei instituții publice cu rang de portofoliu, având printre funcțiile sale centrale și pe cea „de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii”.

Din această perspectivă, Consiliul va respinge alegațiile intervenientului potrivit cărora „(...) observatorii UCVAP interpretează în mod greșit atât criteriul de calificare de la Secțiunea III.2.2 – Cerința 2 „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date cât și noțiunea legală de cifră de afaceri” apreciind că în măsura în care la momentul soluționării prezentei contestații, documentul elaborat de către reprezentanții UCVAP nu a fost revocat sau anulat, acesta beneficiază de prezumția de legalitate de care se bucură orice act administrativ până la anularea sa de către instanță.

De altfel, în opinia Consiliului, raționamentul de mai sus este validat atât de către jurisprudența instanțelor (de ex. CURTEA DE APEL CRAIOVA – SECȚIA DE CONTENȚIOS ADMINISTRATIV) cât și de către intervenient, care susține că „(...) nici chiar Consiliul nu poate invalida acte administrativ – fiscale (...) care produc efecte”.

Consiliul apreciază că lipsa de diligențe din partea autorității contractante este manifestă și în ceea ce privește demersurile făcute pentru

„justificarea prețului neobișnuit de scăzut” aferentă propunerii financiare aparținând ofertantului desemnat câștigător, în măsura în care nu au fost clarificate, în mod cert, modul de executare al anumitor articole, spre exemplu „ecoductul pentru mamiferele de talie mare ce trebuie amplasat în zona Pădurii Măgura Branișca la km 85 + 750”.

De altfel, în opinia Consiliului, aprecierile sale sunt confirmate chiar de către intervenient, care în cadrul adresei nr. 128/31.05.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18120/03.06.2013, precizează că „prețul oferat în această procedură este un preț „lump – sum” („sumă forfetară”) pentru un proiect design&built (...) dacă un anumit articol nu este menționat separat în graficul de plăți asta nu înseamnă că el nu a fost oferat”.

Ori, în ceea ce privește autoritatea contractantă, aceasta din urmă trebuie să aibă certitudinea că ofertantul desemnat câștigător a îndeplinit toate cerințele prevăzute în documentația de atribuire, aceasta fiind, de altfel, singura modalitate de respectare a dispozițiilor art. 200 din OUG nr. 34/2006, conform căroră „(...) autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse”.

Altfel spus, autoritatea contractantă are obligația ca în cadrul procesului de evaluare să se asigure că, în mod cert, ofertele depuse sunt sau nu admisibile, astfel încât la finalizarea acestuia să aibă garanția că ofertantul desemnat câștigător „are posibilitatea concretă de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia”, sens în care ar fi trebuit să solicite, în mod suplimentar, clarificări.

În același sens, Consiliul apreciază că nu se pot reține nici alegațiile intervenientului potrivit căroră „(...) în cazul în care Guvernul României își dorește autostrăzi construite la prețuri reale, atunci cifra noastră de afaceri va fi considerată bună, ca în alte proceduri similare (...) în cazul în care nu-și va mai dori acest lucru, atunci în mod evident nici media cifrei noastre de afaceri nu va fi bună”, întrucât, potrivit legislației în domeniul achizițiilor publice, „prețul real” se apreciază prin raportare la „valoarea estimată a contractului respectiv”, aceasta din urmă reprezentând un instrument de calcul care este utilizat de autoritatea contractantă, pe de-o parte, de a cunoaște care este suma ce urmează a fi disponibilizată de la bugetul de stat prin raportare la cerințele de calitate ori la necesitățile autorității contractante, iar pe de altă parte, de a-i servi drept barometru valoric în procesul de evaluare a ofertelor depuse.

Totodată, Consiliul consideră că, având în vedere mențiunea de la pct. II.2.1) din anunțul de participare nr. ... potrivit căreia „proiectul se propune a se executa conform condițiilor de contract FIDIC Galben de tip Proiectare și

Execuție”, autoritatea contractantă este obligată să facă verificările anterior menționate deoarece, referitor la contractele de tip „design&build”, condițiile FIDIC – Yellow book, sunt centrate în jurul condiției potrivit căreia „obligația principală a antreprenorului se concretizează prin referința la cerințele beneficiarului”.

Nu în ultimul rând, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să aplice măsură propusă în cadrul raportului de expertiză contabilă extrajudiciară nr. 18095/19.03.2013: „(...) având în vedere definirea criteriului de calificare ca fiind „media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier”, considerăm că ar fi util ca .... să se adreseze ANRMAP, în calitatea acesteia de autoritate abilitată în reglementarea achizițiilor publice, și să solicite clarificări în acest sens”.

Măsura în cauză ar fi și în concordanță cu dispozițiile art. 33<sup>1</sup> alin. 1) din OUG nr. 34/2006, conform cărora „Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice evaluează, înainte de transmiterea spre publicare a invitației de participare/anunțului de participare, conformitatea cu legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice a documentației de atribuire aferente (...)”.

Având în vedere faptul că finanțarea contractului de achiziție publică în cauză este asigurată prin intermediul *Programului Operațional Sectorial de Transport – POS Transport*, autoritatea contractantă poate solicita și asistența autorității de management în domeniu.

Conform prevederilor art. 425 alin. 1) lit. b) Cod Procedură Civilă, nu se impune obligația Consiliului, în calitate de primă instanță, de a răspunde punctual la toate susținerile și afirmațiile părților; textul în cauză făcând referire expresă numai la indicarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, Consiliul având posibilitatea de a proceda la sintetizarea acestora, în raport de legătura lor logică și de a le examina în mod grupat.

Prin urmare, în scopul respectării principiului celerității, garantat de prevederile art. 269 din OUG nr. 34/2006, Consiliul nu va mai analiza celelalte critici formulate de contestator în prezenta cauză, întrucât cele menționate în cadrul motivării aferente au condus la convingerea sa privind soluția ce urmează a fi pronunțată.

Luând în considerare cele susmenționate, Consiliul, în temeiul art.278 alin.(2), (4) și (6) din OUG nr.34/2006, aprobată prin Legea nr.337/2006, cu modificările și completările ulterioare, urmează să admită, în parte, contestația formulată de .... în contradictoriu cu .... – ....., astfel:

- va anula raportul procedurii de atribuire nr. 18A/ 552/29.04.2013 și actele subsecvente acestuia, inclusiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 92/28387/29.04.2013, obligând autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză prin reevaluarea ofertelor admisibile, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art.36<sup>1</sup> alin.1) din HG nr.925/2006 coroborate cu cele ale art.202 alin.1) din OUG nr.34/2006 și desemnarea ofertei câștigătoare conform art.82 alin.1) și 4) din HG nr.925/2006 coroborate cu cele ale art.200 din ordonanța de urgență;

- potrivit dispozițiilor art. 278 alin. 8) din ordonanța de urgență, Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației”; având în vedere faptul că la momentul soluționării contestației, .... nu a făcut niciun demers referitor la cuantumul acestora, neprezentând nicio probă aferentă, Consiliul urmează a respinge solicitarea cu privire la cheltuielile de judecată.

În ceea ce privește contestația formulată de către ...., Consiliul va lua în considerare faptul că oferta acesteia a fost respinsă de către autoritatea contractantă, ca inacceptabilă.

Față de cele de mai sus, Consiliul va lua în considerare faptul că potrivit art. 207 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006, „în cadrul comunicării (...), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, după cum urmează: b) pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini”.

În mod subsecvent, Consiliul va reține că în cadrul comunicării rezultatului procedurii nr. 28390/29.04.2013, se precizează că oferta contestatorului a fost respinsă „întrucât nu a prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare și nici dovada plății acesteia (așa cum a fost menționat și în procesul – verbal al ședinței de deschidere nr. 18.4220/22.08.2012)”.

În mod subsecvent Consiliul va reține că în cadrul fișei de date a achiziției se precizează că se va depune „Garanția de participare eliberată în numele ofertantului, în conformitate cu prevederile art. 86, alin (1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare care va fi emisă de către o societate bancară/societate asigurări, în cuantum de: 19.500.000 Lei. Garanția de participare poate fi eliberată în numele ofertantului și în Euro, în cuantum de: 4.601.335,57 Euro, calculat la un curs mediu afișat de BNR, aferent perioadei 01.01.2011- 31.12.2011, de 1 Euro = 4,2379 Lei. Perioada

de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei, și anume cel puțin 90 de zile de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor. Garanția de participare trebuie să fie irevocabilă. Garanția de participare trebuie să prevadă explicit dacă plata garanției se va executa: a) condiționat, respectiv după constatarea culpei persoanei garantate, în conformitate cu contractul garantat; sau b) necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate. Se va completa după caz Formularul 21A/21B”; de asemenea, în cadrul aceluiași document precizându-se faptul că „garanția de participare poate fi constituită fie prin virament bancar (...) fie prin scrisoare de garanție de participare (...)”.

În acest context, Consiliul apreciază că în măsura în care cerința de mai sus nu a făcut obiectul căii de atac stabilită, în mod expres, prin dispozițiile art. 255 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, în termenele imperativ stabilite de ordonanța de urgență, în mod automat, se prezumă că toți ofertanții au acceptat și însușit conținutul acesteia; de asemenea, o situație identică fiind prezumată și pentru autoritatea contractantă; pe cale de consecință, față de ofertele depuse fiind incidente, prin analogie, prevederile art. 170 din actul normativ anterior invocat, conform cărora „ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire”.

Ori, nerespectarea cerinței referitoare la garanția de participare este precizată, în mod evident, în cadrul procesului – verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 18/4220/22.08.2012 în cadrul căruia se precizează că **„ofertantul .... nu a prezentat polița de asigurare aferentă garanției de participare prezentată și nici dovada plății acesteia (...)”**.

În situația în care reprezentanții contestatorului în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor (Alfonso Roiz Quintana și Pavel Petrișor) au semnat, fără obiecțiuni, documentul în cauză, în mod automat, se prezumă că și-au însușit și acceptat conținutul acestuia.

Mai mult, în condițiile în care documentul în cauză nu a făcut nici obiectul căii de atac stabilită, în mod expres, prin dispozițiile art. 255 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, în termenele imperativ stabilite de ordonanța de urgență, orice critică cu privire la documentul respectiv, este, în mod evident, tardivă; ori, în condițiile în care sancțiunea aferentă incidentului procedural respectiv este chiar decăderea din drepturi, Consiliul apreciază că în mod voluntar, contestatorul a fost de acord cu situația consemnată de către autoritatea contractantă în cadrul documentului respectiv.

Potrivit dispozițiilor art. 33 alin. 3) lit. b) din HG nr. 925/2006, „în cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care se încadrează într-una dintre următoarele situații: b) nu

sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire”.

În conformitate cu prevederile art.43<sup>1</sup>) alin. 1) din OUG nr. 34/2006, „garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului”.

Din această perspectivă, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nici nu mai trebuia să-i solicite contestatorului clarificări, ci trebuia să aplice de îndată norma anterior invocată; aspectul în sine, fiind clarificat, în mod indubitabil, în cadrul ședinței de audieri, astfel cum reiese și din conținutul procesului – verbal aferent.

De altfel, contestatorul nu a fost în măsură, nici în cadrul ședinței de audieri din data de 29.05.2013, să demonstreze îndeplinirea cerinței respective, susținând, în mod constant, că „a prezentat un acord de indemnizație (...) conform politici asiguratorului, acesta nu poate emite pe baza acordului decât garanții (...) nu și polițe de asigurare locale adiționale, pentru evitarea dublării riscului”, astfel cum s-a consemnat în cadrul procesului – verbal al ședinței de audieri nr. 10269/... .. 29.05.2013.

Chiar și în cadrul adresei nr. 1127/03.06.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 18121/03.06.2013, contestatorul menține inclusiv linia în care a răspuns, în mod neconcludent, la solicitările aferente emise de către autoritatea contractantă, al căror conținut nu a făcut obiectul căii de atac stabilită, în mod expres, prin dispozițiile art. 255 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, în termenele imperativ stabilite de ordonanța de urgență, respectiv că „acel contract general de indemnizație din data de 27 iulie 2011, încheiaz conform legii spaniole, constituie echivalentul unei polițe de asigurare, emisă potrivit legii române”.

Prin urmare, în acest context, Consiliul va respinge și alegerile contestatorului potrivit cărora „autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări doar în mod formal”, apreciind că față de oferta contestatorului sunt incident și dispozițiile art. 79 alin. 1) din HG nr. 925/2006, conform cărora „(...) în cazul în care explicațiile prezentate nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă”.

Pe cale de consecință, la acest moment, Consiliul consideră că respingerea ofertei contestatorului, la momentul elaborării raportului procedurii nr. 18A/552/ 29.04.2013, ca inacceptabilă, a fost o simplă formalitate, materializată ulterior în cadrul comunicării rezultatului procedurii nr. 28390/29.04.2013.

În mod similar, Consiliul urmează a se raporta și la contestația formulată de către ... reținând că în cadrul comunicării rezultatului procedurii

nr. 28389/29.04.2013, oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu a respectat „cerința nr. 6 – Capacitate tehnică”.

Conform acesteia, fiecare ofertant trebuia să demonstreze că „are drept de folosință sau deține instalații de forat coloane de Ø1180mm și instalații de forat coloane de Ø1500 mm, instalații care pot fi disponibilizate pentru acest contract pe întreaga perioadă de execuție. Durata normală de funcționare a instalațiilor de forat coloane va trebui să acopere durata de implementare a contractului (...)”; cerința respectivă a fost „lămurită” de către autoritatea contractantă prin intermediul notei nr. 4, conform căreia „prin sintagma „instalații” se înțelege minim 2 instalații de forat coloane pentru fiecare dintre cele 2 dimensiuni (Ø1180mm și Ø1500 mm) solicitate”.

Subsecvent, Consiliul va lua în considerare faptul că nici cerința de mai sus nu a făcut obiectul căii de atac stabilită, în mod expres, prin dispozițiile art. 255 alin. 1) din OUG nr. 34/2006, în termenele imperativ stabilite de ordonanța de urgență, în mod automat, se prezumă că toți ofertanții au acceptat și însușit conținutul acesteia; de asemenea, o situație identică fiind prezumată și pentru autoritatea contractantă; pe cale de consecință, față de ofertele depuse fiind incidente, prin analogie, prevederile art. 170 din actul normativ anterior invocat, conform cărora „ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire”.

Ori, faptul că ... nu a respectat cerința respectivă, rezultă, în mod indubitabil, și din contextul audierilor, în cadrul cărora aceasta a recunoscut că, din eroare, a propus numai câte o singură instalație de forat coloane, din fiecare tip, și nu „minim 2 instalații”, conform celor de mai sus.

De altfel, pe întreg parcursul ședinței de audieri, contestatorul a înțeles să se raporteze, în mod corect, la situația de fapt, în sensul că inițial, în cadrul documentelor de calificare, a fost prezentat câte un utilaj, astfel cum s-a precizat anterior și, numai ulterior, ca urmare a clarificărilor emise de către autoritatea contractantă, numărul acestora a atins pragul minim solicitat prin documentația de atribuire - „minim 2”.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că față de oferta contestatorului, sunt incidente dispozițiile art. 36 alin. 1) lit. b) din HG nr. 925/2006, conform cărora „oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care **nu îndeplinește una** sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire (...)”.

În opinia Consiliului, dacă autoritatea contractantă ar fi luat în considerare modificările aferente numărului utilajelor respective, aceasta din urmă nu ar fi respectat dispozițiile art. 201 alin. 2) din OUG nr. 34/2006, conform cărora „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

De fapt, în cadrul adresei nr. 1370/03.06.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 18163/03.06.2013, contestatorul, în mod explicit, precizează că depunerea contestației în cauză este rezultatul modului în care autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei sale, în sensul „văditei evaluări discriminatorii a modalității de îndeplinire a cerinței nr. 6 (...) pentru tronsonul ...., autoritatea contractantă a luat în considerare clarificările și documentele furnizate de contestator (...)”, prin urmare, în opinia acestuia, „rezultă deci că în două situații identice cu care s-a confruntat, a beneficiat de un tratament diferit din partea aceleiași autorități contractante, respectiv ....”.

Deși, procedura de atribuire la care se referă contestatorul nu face obiectul respectivei cauze, Consiliul apreciază că argumentul principal care a determinat și formularea acestei contestații a fost generat de modul în care autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertelor.

În conformitate cu dispozițiile art. 17 din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. 2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire”.

Din acest punct de vedere, Consiliul consideră că maniera de evaluare a fiecărei oferte, de către autoritatea contractantă, este esențială, în sensul că fiecare măsură dispusă de aceasta în sarcina ofertanților trebuie să aibă o finalitate, iar aceștia din urmă, în baza diligențelor depuse, să aibă predictibilitatea rezultatului final.

Conform prevederilor art. 425 alin. 1) lit. b) Cod Procedură Civilă, nu se impune obligația Consiliului, în calitate de primă instanță, de a răspunde punctual la toate susținerile și afirmațiile părților; textul în cauză făcând referire expresă numai la indicarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, Consiliul având posibilitatea de a proceda la sintetizarea acestora, în raport de legătura lor logică și de a le examina în mod grupat.

Prin urmare, în scopul respectării principiului celerității, garantat de prevederile art. 269 din OUG nr. 34/2006, Consiliul nu va mai analiza celelalte critici formulate de contestator în prezenta cauză, întrucât cele menționate în cadrul motivării aferente au condus la convingerea sa privind soluția ce urmează a fi pronunțată.

Pe cale de consecință, Consiliul, în temeiul art.278 alin. 2), 5) și 6) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr.337/2006, cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă, ca nefondate, contestațiile formulate de către .... și ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă .... -

.....



**PREȘEDINTE COMPLET**

....

**MEMBRU COMPLET**

...

**MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 7 (șapte) exemplare originale, conține 60 (șaizeci) pagini.