

DECIZIE

Nr. ■BO2009_0140

Data: ■.2009

Prin contestația nr. ■/12.12.2008, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ■/12.12.2008, depusă de S.C. ■ S.R.L., cu sediul în ■, CUI ■, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări „alimentare cu apă potabilă sat ■, comuna ■, județul ■”, cod CPV 45232150-8, organizată de ■, prin Consiliul Local ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat obligarea autorității contractante la anularea procedurii în curs și refacerea documentației de atribuire în acord cu prevederile legale în vigoare; reluarea procedurii de atribuire în condițiile punerii la dispoziția ofertanților interesați a documentației de atribuire revizuite și corectate; asigurarea unei proceduri de atribuire echitabile, cu respectarea fermă a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. De asemenea, s-a solicitat fie returnarea contravalorii documentației de atribuire achiziționate, fie punerea la dispoziție a noii documentații cu titlu gratuit, în momentul reluării procedurii.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■, prin Consiliul Local ■, și obligă autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire în sensul celor reținute în motivarea prezentei.

Modificările vor fi realizate de autoritatea contractantă în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii, iar actul de modificare va fi transmis, spre publicare, operatorului Sistemului Electronic de Achiziții Publice – SEAP, și, spre luare la cunoștință, operatorilor economici care au achiziționat

documentația de atribuire, în maximum două zile lucrătoare de la emitere.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță, respinge, ca nefondată, solicitarea referitoare la obligarea autorității contractante să anuleze procedura de atribuire și, ca inadmisibilă, pe cea privind returnarea contravalorii documentației de atribuire achiziționate.

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

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ■/12.12.2008, S.C. ■ S.R.L., în contradictoriu cu ■, prin Consiliul Local ■, a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la anularea procedurii în curs și refacerea documentației de atribuire în acord cu prevederile legale în vigoare, cu îndreptarea abaterilor sesizate; reluarea procedurii de atribuire în condițiile punerii la dispoziția ofertanților interesați a documentației de atribuire revizuite și corectate; asigurarea unei proceduri de atribuire echitabile, cu respectarea fermă a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

În motivarea contestației, societatea contestatoare arată că, în documentația de atribuire, au fost identificate omisiuni, în sensul că nu a fost prezentată legislația care se aplică surselor de finanțare guvernamentale ale proiectului de investiții.

Autoritatea contractantă nu face nicio referire la condițiile contractuale FIDIC, încălcând astfel Ordinul nr. 915/465/415/2008, inclusiv anexele 1-3, pentru aprobarea condițiilor contractuale generale și speciale la încheierea contractelor de lucrări. Referirea doar la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 ca legislație aplicabilă este incorectă și nelegală, deoarece a fost înlocuită de condițiile contractuale FIDIC începând cu 1 iulie 2008. Consideră că, prin această omisiune gravă, ofertanții sunt în imposibilitatea de a elabora o ofertă corectă și avantajoasă, nu numai din punct de vedere legal, cât și din punct de vedere economic și tehnic.

Relativ la prezentarea certificatelor constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată, solicitate la situația

personală a ofertantului/candidatului, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a specificat ce măsuri va adopta în cazul firmelor care au datorii, fie la bugetul general consolidat, fie la bugetul local, dar care pot avea grafic de eşalonare al plăţilor sau sunt în litigiu (procedura în instanţă de contestare a datoriilor în cauză).

Referitor la prezentarea fişei de experienţă similară şi a copiei de pe un contract încheiat în ultimii trei ani, cu o valoare egală sau mai mare cu ■ lei, însoţite de recomandare din partea beneficiarului respectiv, vizată de Inspekţia de Stat în Construcţii şi proces-verbal de recepţie la terminarea lucrării, autoritatea contractantă a subliniat că „neîndeplinirea cerinţelor sau neprezentarea documentelor duce la descalificarea ofertei”. Contestatoarea consideră că solicitarea autorităţii este abuzivă şi nelegală deoarece Inspekţia de Stat în Construcţii nu are nicio calitate de a viza recomandările eliberate de beneficiari.

S-a criticat de asemenea cerinţa autorităţii contractante de a se accepta numai utilaje din dotarea proprie şi de a nu accepta şi contracte de închiriere a utilajelor, precum şi solicitarea ca „ofertantul să facă dovada că deţine autorizaţie pentru foraj, iar în cazul în care va prezenta subcontractanţi autorizaţi pentru foraj, aceştia vor prezenta toate documentele de calificare dacă valoarea este mai mare de 10% din valoarea lucrării subcontractante”, considerându-se că se încalcă astfel prevederile art. 186 alin. (2) şi art. 190 alin. (2) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006.

Societatea contestatoare a apreciat că au fost încălcate dispoziţiile legale şi la stabilirea cerinţelor referitoare la declaraţia privind efectivele medii anuale ale personalului angajat pe ultimii trei ani, la standarde de asigurare a calităţii, de protecţia mediului şi standardul privind managementul sănătăţii şi securităţii ocupaţionale.

În finalul contestaţiei, s-a solicitat obligarea autorităţii contractante să anuleze procedura, aceasta fiind grav şi iremediabil afectată, să refacă documentaţia de atribuire cu remedierea aspectelor contestate şi să reia procedura ulterior. S-a solicitat şi returnarea contravalorii documentaţiei de atribuire achiziţionate sau punerea la dispoziţie a noii documentaţii, cu titlu gratuit, în momentul reluării procedurii.

În punctul său de vedere, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/18.12.2008, autoritatea contractantă arată că, în anexa la fişa de date, a prezentat modelul contractului de lucrări în conformitate cu Ordinul nr. 915/465/415/2008, anexa 3b – Condiţii speciale obligatorii FIDIC verde”.

Relativ la certificatele pentru verificarea situației personale a ofertantului, autoritatea contractantă arată că, potrivit Codului fiscal, nu se mai fac eșalonări privind obligațiile exigibile de plată la bugetul general consolidat sau bugetul local.

În ce privește obiecțiunile în legătură cu viza Inspecției de Stat în Construcții pe recomandarea din partea beneficiarilor, precizează că acestea se puteau rezolva printr-o adresă de clarificări, iar procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor are relevanță asupra modului de execuție a contractului privind experiența similară.

Autoritatea contractantă arată că anumite puncte contestate au fost modificate prin adrese de clarificări transmise tuturor ofertanților.

Prin adresa nr. ■/23.12.2008, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/29.12.2008, SC ■ SRL și-a completat contestația și a specificat că nu a primit adresa nr. ■/09.12.2008 prin care a fost modificată documentația de atribuire. Toate referirile la modificările aduse documentației au la bază o copie xerox a adresei nr. ■/09.12.2008 care nu a fost obținută prin comunicarea acesteia de către autoritatea contractantă.

Dosarul achiziției publice și documentele necesare soluționării cauzei au fost depuse la Consiliu cu adresa nr. ■/23.12.2008.

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

Procedura de atribuire aplicată de Comuna ■ - Consiliul Local ■ pentru atribuirea contractului de lucrări „alimentare cu apă potabilă sat ■, comuna ■, județul ■” este licitația deschisă. Conform anunțului de participare nr. ■/24.11.2008, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, precum și fișei de date a achiziției, data limită de depunere a ofertelor a fost 23.12.2008, ora 11:00, iar pentru deschiderea acestora aceeași dată, ora 12:00. Valoarea estimată a contractului este de ■ lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”. Ca principale modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispoziții relevante s-a menționat „bugetul local și Hotărârea Guvernului nr. 904/2007”.

Ulterior achiziționării documentației de atribuire, pentru motivele evocate anterior, SC ■ SRL a depus la Consiliu contestația în analiză.

Urmare a notelor intermediare ale Direcției Generale a Finanțelor Publice ■, prin deciziile nr. ■/05.12.2008 și ■/05.12.2008, autoritatea contractantă a modificat documentația de atribuire, în sensul că a acceptat depunerea de către ofertanți de

documente echivalente pentru certificatele care atestă respectarea standardelor de asigurare a calității ISO 9001/2000, standardelor de protecția mediului ISO 14001/2004 și standardelor privind managementul sănătății și securității ocupaționale OHSAS 18001/1999. De asemenea, s-a acceptat ca, pentru echipamentele și utilajele care nu sunt asigurate din dotare proprie să fie prezentate contracte/convenții de închiriere cu furnizorii acestora.

În ce privește aplicarea Ordinului nr. 915/465/415/2008 pentru aprobarea condițiilor contractuale generale și speciale la încheierea contractelor de lucrări, Consiliul constată că, după cum rezultă din confirmarea de primire aflată la dosarul cauzei și după cum recunoaște și contestatoarea, autoritatea contractantă i-a transmis modelul de contract de execuție de lucrări (anexa 3b) din ordinul menționat.

Sușinerile contestatoarei că autoritatea contractantă face referire, în mod greșit la anexele 3a și 3b în loc de 1a și 1b, sunt nefondate având în vedere că valoarea estimată a contractului în cauză, înscrisă și în anunțul de participare publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, este de ■ lei, fără TVA, echivalentul a ■ euro, iar potrivit art. 3 din ordin „prevederile anexei 3 se aplică exclusiv contractelor cu o valoare de până la 5 milioane euro sau echivalentul acestei sume în lei”. Referirile societății contestatoare la aplicarea „FIDIC verde” pentru contractele cu o valoare sub ■ euro sunt lipsite de relevanță, câtă vreme Ordinului nr. 915/465/415/2008 aplicabil în speță instituie un prag de ■ milioane euro pentru utilizarea condițiilor contractuale din anexa 3 a ordinului.

În ce privește modalitatea de finanțare a contractului, în anunțul de participare, autoritatea contractantă a prevăzut „Hotărârea Guvernului nr. 904/2007 și bugetul local”. Faptul că autoritatea contractantă nu a indicat textul actului normativ sau articolul din sursa bugetară, nu împiedică contestatoarea să consulte Monitorul Oficial al României, partea I, neexistând o obligație pentru autoritate de a pune actele normative publicate în monitor la dispoziția ofertanților.

Relativ la solicitarea contestatoarei de a se transmite tuturor ofertanților convenția încheiată cu Ministerul Mediului și Dezvoltării Durabile, Consiliul o va respinge ca nefondată, nefiind prevăzută o astfel de obligație pentru autoritatea contractantă în legislația privind achizițiile publice.

Dat fiind că potrivit art. 33 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 „autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”, iar potrivit art. 4 din Ordonanța Guvernului nr. 40/2006 pentru aprobarea și finanțarea programelor multianuale prioritare de mediu și gospodărire a apelor “(3) alocările de fonduri de la bugetul autorității publice centrale pentru protecția mediului către bugetele locale se vor face pe bază de convenții încheiate cu autoritățile administrației publice locale. (4) Convențiile vor detalia modul de finanțare, de implementare a programelor și categoriile de cheltuieli eligibile din cadrul acestora”, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să pună la dispoziția operatorilor economici informațiile cuprinse în convenție referitoare la condițiile de plată și de execuție, precum și orice alte informații necesare elaborării unei oferte corespunzătoare.

În ce privește situația personală a ofertantului, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea de “formulare tip emise de organisme competente cu valabilitate la data deschiderii. Se vor prezenta certificat emis de Direcția Generală a Finanțelor Publice privind achitarea obligațiilor de plată la bugetul general consolidat, precum și certificat emis de primăria locală privind achitarea obligațiilor de plată la bugetul local. Pentru a fi calificat ofertantul nu trebuie să fie înregistrat cu datorii la data ținerii licitației. Toate aceste documente trebuie prezentate în original sau copie legalizată”.

Întrucât cerințele autorității contractante sunt în acord cu prevederile art. 181 lit. c) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 potrivit căroră “autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit”, critica contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea nu a precizat ce măsuri va lua față de ofertanții cu datorii care pot avea grafic de eşalonare a plăților sau au un litigiu cu privire la datoriile în cauză este nefondată.

Întrucât situațiile prevăzute de contestatoare nu creează certitudinea stingerii datoriilor fiscale, iar articolul anterior enunțat nu stabilește excepții, prevederea din documentație referitoare la calificarea doar a ofertanților care nu au datorii "la data ținerii licitației" (data deschiderii ofertelor), nu încalcă prevederile legale.

În ce privește capacitatea tehnică a ofertanților, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea „fișei de experiență similară și a copiei de pe un contract încheiat în ultimii trei ani, cu o valoare egală sau mai mare cu ■ lei, însoțite de recomandare din partea beneficiarului respectiv avizată de Inspekția de Stat în Construcții și proces-verbal de recepție la terminarea lucrării. Neîndeplinirea cerințelor sau neprezentarea documentelor conduce la descalificarea ofertei”.

Potrivit art. 188 alin. (3) lit. a) din ordonanță „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului „o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări și care vor conține valori, perioada și locul execuție lucrărilor, modul de îndeplinire a obligațiilor, beneficiari, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați”.

Deoarece legislația care reglementează activitatea Inspekției de Stat în Construcții nu face referire la avizarea solicitată de autoritatea contractantă, Consiliul va dispune eliminarea din fișa de date a achiziției a solicitării ca recomandarea privind contractele de lucrări prezentate ca experiență similară să fie vizate de această instituție. De altfel, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă nu a susținut menținerea acestei avizări.

Formularul 4 - fișă de experiență similară a fost solicitat pentru verificarea criteriului de calificare referitor la experiența similară a ofertanților, astfel că în lipsa acestuia, în temeiul art. 77 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/ 2006, autoritatea contractantă este obligată să-l solicite, cu excepția situațiilor prevăzute la literele b) și c) ale aceluiași articol.

Relativ la solicitarea autorității contractante ca ofertanții să prezinte proces-verbal de recepție la terminarea lucrării și nu proces-verbal de recepție finală sau certificări de bună execuție, astfel cum este prevăzut în textul anterior citat, întrucât art. 188

alin. (3) din ordonanță instituie un drept și nu o obligație pentru autoritate de a solicita anumite documente, iar stabilirea înscrisurilor în baza cărora se demonstrează capacitatea tehnică a ofertanților este la latitudinea acesteia, critica contestatoarei față de cerința anterior menționată este neîntemeiată.

În ce privește prevederea din documentația de atribuire referitoare la prezentarea de către subcontractanții autorizați pentru foraj a tuturor documentelor de calificare dacă valoarea este mai mare de 10% din valoarea lucrării, Consiliul va dispune eliminarea acestei solicitări fiind contrară dispozițiilor legale. Astfel, potrivit art. 45 alin. (1) din ordonanță "fără a se dimiuna răspunderea în ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică, ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv. (2) În cazul în care autoritatea contractantă solicită, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși".

Criteriile de calificare și selecție și solicitarea de prezentare a anumitor documente necesare demonstrării criteriilor impuse vizează verificarea capacității ofertantului de a îndeplini contractul de achiziție publică și nu a subcontractantului. Pe de altă parte, calificarea unui subcontractant nu poate fi judecată în funcție de procentul valoric din lucrarea care se execută. Autoritatea contractantă poate solicita prezentarea de către ofertanți a informațiilor prevăzute la art. 45 alin. (2) din ordonanță.

Tot pentru demonstrarea capacității tehnice a ofertanților, autoritatea contractantă a solicitat "asigurarea de către ofertant a personalului de specialitate pentru îndeplinirea contractului de lucrări: responsabil tehnic cu execuția, atestat în domeniul lucrării ce urmează a fi executată (copie atestat + copie de pe contractul de muncă sau colaborare); responsabil cu calitatea atestat în domeniul lucrării ce urmează a fi executată (copie atestat). Se vor prezenta CV-urile personalului de conducere, a responsabilului tehnic și a responsabilului cu asigurarea calității, precum și a altor persoane responsabile direct cu îndeplinirea contractului".

Dat fiind că pe de o parte s-a solicitat prezentarea atestatului pentru responsabilul cu calitatea, iar pe de altă parte CV-ul responsabilului cu asigurarea calității, Consiliul va dispune înlăturarea acestei erori și stabilirea cu exactitate în documentația de atribuire a atestărilor necesare îndeplinirii în mod corespunzător a contractului de achiziție în cauză.

Referitor la solicitarea de către autoritatea contractantă a certificatelor care atestă respectarea standardelor de asigurare a calității ISO 9001/2000, standardelor de protecția mediului ISO 14001/2004 și standardelor privind managementul sănătății și securității ocupaționale OHSAS 18001/1999, precum și a unor documente echivalente acestora (prin completarea la documentație), Consiliul apreciază că aceste solicitări sunt conforme normelor instituite de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 la art. 191-196. Neacceptarea de către autoritatea contractantă a societăților în curs de certificare nu contravine dispozițiilor art. 193, respectiv 196 din ordonanță, având în vedere că simpla începere și derulare a procedurii în vederea obținerii certificatelor respective nu înseamnă și obținerea acestora, și nici confirmarea unui nivel corespunzător al calității sau al protecției mediului.

În considerarea celor prezentate, apreciind că în cauză pot fi luate măsuri de remediere a documentației de atribuire nefiind necesară anularea în întregime a acesteia sau a procedurii, în temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 925/2006, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ■ SRL și va obliga autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire în sensul celor reținute mai sus.

Raportul de transmisie fax neputând fi reținut de Consiliu ca reprezentând dovada primirii adresei nr. ■/09.12.2008 de modificare a documentației de atribuire de către contestatoare, ci doar dovada transmiterii unui înscris, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să comunice respectiva adresă societății ■ SRL cu confirmare de primire. Raportul fax menționează doar transmiterea unei pagini, ceea ce nu înseamnă și primirea acesteia (se putea transmite doar o pagină albă). Cauzele posibilei nerecepționări a documentului prin fax pot fi multiple (lipsa hârtiei în aparatul fax care recepționează, lipsa tonerului în aparat, lipsa alimentării cu energie electrică a aparatului, intervenția unui terț etc.) și nu sunt semnalate în mod obligatoriu în raportul transmisiunii.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel ■, secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, în decizia sa nr. ■/2008 din 7 februarie 2008 în care a reținut că „dovada expedierii prin fax, nu este o dovadă suficientă” pentru a se aprecia că astfel s-a adus la cunoștință conținutul documentului.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță respinge ca nefondată solicitarea de obligare a autorității contractante să anuleze întreaga procedură de atribuire, aceasta putând fi continuată cu remedierile de mai sus.

În baza aceleiași teme, respinge, ca inadmisibilă, solicitarea privind returnarea contravalorii documentației de atribuire achiziționate, dat fiind că, potrivit art. 286 alin. (1) din ordonanță, „pentru soluționarea litigiilor privind acordarea de despăgubiri, este competentă numai instanța de judecată”, iar returnarea contravalorii constituie o despăgubire în sensul legii.

Redactată în trei exemplare, conține 10 (zece) file.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■