

DECIZIE
BO2010_0097
Data: 11.2010

Prin contestația nr. 11/24.12.2009, înregistrată la CNSC cu nr. 11/24.12.2009, depusă de SC 11 SRL, cu sediul în 11, înregistrată la ORC cu nr. 11, CUI 11, în asociere cu SC 11 SA, cu sediul în 11, împotriva deciziei comunicate prin adresa nr. 11/22.12.2009 emisă în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată de 11, cu sediul în 11, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „modernizare drumuri de rocadă în 11”, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii, respectiv a deciziei de atribuire și a actelor subsecvente, precum și reluarea procedurii cu etapa solicitării de clarificări.

La 05.01.2010 este depusă la consiliu de către SC 11 SRL, cu sediul în 11, înregistrată la ORC cu nr. 11, CUI 11, cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 11/05.10.2010, prin care solicită respingerea contestației asocierii SC 11 SRL - SC 11 SA, constatarea legalității rezultatului procedurii comunicat de autoritate și a lipsei calității de persoană vătămată a asocierii contestatoare.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În baza art. 278 al. 2 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația asocierii SC 11 SRL - SC 11 SA nr. 11/24.12.2009, în contradictoriu cu 11, și anulează adresa autorității nr. 11/22.12.2009, raportul procedurii de atribuire nr. 11/22.12.2009, precum și celelalte adrese ale autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a deciziei Curții de Apel 11 nr. 11/03.11.2009, a deciziei consiliului nr. 11/17.12.2009, a legislației în vigoare privind achizițiile publice și a documentației de atribuire, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. Obligă autoritatea să comunice ofertanților rezultatul reevaluării ofertelor, cu respectarea cap. V din ordonanța de urgență evocată.

În conformitate cu art. 52 C. proc. civ., consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție nr. ■/05."10".2010 depusă de SC ■ SRL, pe care, în baza art. 278 al. 5 din ordonanța de urgență menționată, o respinge ca nefondată.

Prezenta decizie este executorie și obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 1 și 3 din OUG 34/2006.

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:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 al. 1 din OUG 34/2006, să soluționeze contestația de față, formulată de asocieria SC ■ SRL - SC ■ SA, ofertantă în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată de către ■ în vederea atribuirii contractului de lucrări „modernizare drumuri de rocadă în ■”. Contestatoarea susține că, după verificarea îndeplinirii cerințelor minime de calificare, autoritatea a trecut la etapa evaluării ofertelor, în care, în funcție de modul de prezentare a ofertelor, autoritatea contractantă avea dreptul, neîngrădit, de a solicita clarificări.

După comunicarea ofertantului câștigător, concurenta ■ SRL a depus la Consiliu contestația nr. ■/ 07.09.2009, considerând că în mod nelegal i s-au cerut clarificări. Prin decizia nr. ■/25.09.2009, Consiliu a respins contestația, făcând aplicarea art. 79 al. 1 din HG 925/2006, care prevede că lipsa răspunsului la cererea de clarificări duce la considerarea ofertei ca neconformă. Împotriva acestei decizii a formulat plângere SC ■ SRL, iar Curtea de Apel ■, prin decizia nr. ■/03.11.2009, a modificat decizia Consiliului în sensul anulării rezultatului procedurii și reluarea ei, cu obligarea autorității contractante de a solicita clarificări în conformitate cu caietul de sarcini.

Ulterior, autoritatea contractantă a cerut din nou clarificări SC ■ SRL, pe care aceasta le-a contestat, iar Consiliul, prin decizia nr. ■/17.12.2009, a admis contestația, a anulat adresa prin care se solicitau clarificări și rezultatul procedurii și a dispus reluarea acesteia cu obligarea autorității de a respecta întocmai decizia Curții de Apel ■. În urma deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a reluat procedura și, invocând respectiva decizie, a stabilit drept câștigătoare oferta asocierii ■ SRL – ■ Ltd – ■ SRL

SC ■ SRL - SC ■ SA apreciază drept netemeinică atribuirea contractului întrucât, pe de o parte, Consiliul nu a obligat autoritatea să desemneze un câștigător, iar pe de altă parte, Curtea de Apel ■ a

obligat autoritatea contractantă să solicite clarificări în conformitate cu caietul de sarcini, adică să nu solicite justificări pe cantități de materiale, ci pe categorii de lucrări. Pentru respectarea deciziilor, autoritatea era obligată să solicite justificări pe lucrări, iar nu pe cantități de materiale, lucru pe care nu l-a respectat.

În consecință, nu s-a respectat decizia Curții de Apel ■, care obliga autoritatea să ceară clarificări, iar acestea trebuiau solicitate în conformitate cu modul de structurare al ofertei prevăzut în caietul de sarcini.

Față de cele expuse de contestatoare, autoritatea menționează că adresa nr. ■/22.12.2009, privind comunicarea rezultatului procedurii, prevede că desemnarea ofertei SC ■ SRL ca necâștigătoare s-a făcut în urma analizării ofertelor, iar nu că așa a decis Consiliul. Decizia de desemnare de către autoritate a ofertei SC ■ SRL ca fiind câștigătoare este justificată, întrucât toate neclaritățile la oferta tehnică au fost solicitate ofertantului, iar Consiliul a anulat adresa de solicitare a clarificărilor și nu a admis desemnarea unui expert independent pentru lămurirea tuturor aspectelor de natură tehnică ale ofertei. În aceste condiții, după primirea deciziei Consiliului nr. ■/17.12.2009, autoritatea nu a mai solicitat alte clarificări ofertantului SC ■ SRL, întrucât nu existau alte neclarități față de cele solicitate anterior.

Având în vedere cele expuse mai sus, se solicită respingerea contestației și dispunerea continuării procedurii, prin încheierea contractului de achiziție publică cu ofertantul declarat câștigător.

La 05.01.2010 este depusă la consiliu de către SC ■ SRL cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. ■/05."10".2010, în care intervenienta invocă, în primul rând, lipsa calității de persoană vătămată a SC ■ SRL, întrucât aceasta nu îndeplinește condițiile cumulative prevăzute de art. 255 al. 2 din OUG 34/2006 "prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire."

În al doilea rând, intervenienta aduce argumente pentru respingerea ca nefondată a contestației, învederând că, prin decizia sa, Curtea de Apel ■ nu a obligat autoritatea să solicite clarificări, decât în măsura în care comisia de evaluare aprecia necesară o astfel de solicitare.

La ultima reevaluare a ofertelor autoritatea a ținut cont atât de modalitatea de redactare și prezentare a ofertei, dar și de clarificările aduse printr-o contestație anterioară a intervenientei, împotriva adresei de clarificări nr. ■/18.11.2009, adresă care a fost anulată de Consiliu prin decizia nr. ■/17.12.2009. Așadar, în urma solicitării sale nelegale nr. ■/ 18.11.2009, autoritatea contractantă a primit clarificările dorite.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, consiliul constată că autoritatea contractantă, prin adresa nr. ■/19.08.2009, a solicitat SC ■ SRL anumite clarificări asupra articolelor de lucrări ofertate de aceasta. Prin decizia nr. ■/03.11.2009, Curtea de Apel ■, Secția de contencios administrativ și fiscal, a anulat în întregime adresa autorității nr. ■/19.08.2009, întrucât clarificările solicitate prin aceasta sunt nelegale. În considerentele deciziei instanța a menționat: "[...] clarificările solicitate de autoritatea contractantă prin adresa nr. ■/19.08.2009 sunt nelegale, motiv pentru care Curtea va anula adresa respectivă, dar și raportul procedurii și rezultatul acesteia, urmând ca la reluarea procedurii dacă autoritatea va considera necesară o altă solicitare de clarificări, aceasta să se realizeze în conformitate cu cerințele caietului de sarcini." În schimb, prin dispozitivul aceleiași decizii, Curtea statuează, între altele: "Obligă intimată ■ la reluarea procedurii de atribuire și la solicitarea de clarificări care să corespundă cerințelor caietului de sarcini." Așadar, comparând cele menționate în considerente cu cele statuate în dispozitivul hotărârii, se observă existența unei neconcordanțe, care însă nu poate fi îndreptată pe calea contestației administrativ-jurisdicționale la consiliu.

Decizia precitată a Curții de Apel ■, Secția de contencios administrativ și fiscal, este irevocabilă și executorie, cele statuate în dispozitivul ei beneficiind de autoritate de lucru judecat și având forță obligatorie. Dispozitivul deciziei este cel care se pune în executare de către partea obligată, iar nu considerentele deciziei.

Exprimarea clară a instanței de control: "Obligă intimată ■ la reluarea procedurii de atribuire și la solicitarea de clarificări care să corespundă cerințelor caietului de sarcini.", nu lasă loc de interpretare, ■ fiind ținută să ceară "clarificări care să corespundă cerințelor caietului de sarcini".

Din cele expuse de părțile în cauză nu rezultă că, în legătură cu decizia Curții de Apel ■ nr. ■/03.11.2009, s-ar fi depus vreo cerere în temeiul art. 281 ind. 1 al. 1 C. proc. civ.: "*În cazul în care sunt necesare lămuriri cu privire la înțelesul, întinderea sau aplicarea dispozitivului hotărârii ori acesta cuprinde dispoziții potrivnice, părțile pot cere instanței care a pronunțat hotărârea să lămurească*

dispozitivul sau să înlătore dispozițiile potrivnice.", drept pentru care obligația statuată în sarcina ■ rămâne valabilă în forma și cu înțelesul redat mai sus. În redactarea dispozitivului hotărârii, verbul *a obliga* este utilizat la timpul prezent, forma afirmativă, pentru a se accentua caracterul imperativ al dispoziției respective, deci nicidecum facultativ, cum eronat susține intervenienta în prezenta cauză.

Este adevărat că autoritatea contractantă a transmis SC ■ SRL adresa de clarificări nr. ■/18.11.2009, însă aceasta a fost anulată ca fiind nelegală de către consiliu, prin decizia nr. ■/17.12.2009, întrucât adresa relua practic majoritatea clarificărilor solicitate prin cea anterioară nr. ■/19.08.2009, care a fost anulată de către instanța de judecată. Consiliu, prin decizia nr. ■/17.12.2009, a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a deciziei Curții de Apel ■ nr. ■/03.11.2009, deci inclusiv a statuării: "*Obligă intimată ■ la reluarea procedurii de atribuire și la solicitarea de clarificări care să corespundă cerințelor caietului de sarcini.*"

În speță însă, după cum ea însăși recunoaște în punctul de vedere nr. ■/24.12.2009, autoritatea contractantă nu a mai solicitat vreo clarificare după primirea deciziei consiliului și vădit contrar acesteia.

Prin urmare, obligația autorității de a solicita de clarificări *care să corespundă cerințelor caietului de sarcini*, dispusă de instanță și reluată de consiliu, rămâne în vigoare și la acest moment. Procedând la declararea ofertei câștigătoare fără a mai solicita respectivele clarificări la care s-a referit instanța de judecată, autoritatea a încălcat cele dispuse de consiliu, motiv pentru care rezultatul procedurii a fost stabilit în mod nelegal de autoritate.

Conform art. 280 al. 1 și 3 din OUG 34/2006: "Decizia prin care Consiliul anulează în parte sau în tot actul atacat ori obligă autoritatea contractantă să emită un act sau să dispună orice altă măsură necesară pentru înlăturarea actelor ce afectează procedura de atribuire este executorie. Decizia Consiliului este obligatorie pentru părți, contractul de achiziție publică încheiat cu nerespectarea deciziei Consiliului fiind lovit de nulitate absolută."

Față de cele ce evocate, critica societății contestatoare relativă la nelegalitatea rezultatului comunicat cu adresa nr. ■/22.12.2009 este fondată, motiv pentru care, în baza art. 278 al. 2 din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, consiliul va admite contestația asocierii SC ■ SRL - SC ■ SA nr. ■/24.12.2009 și va anula adresa în referință, împreună cu raportul procedurii de atribuire nr. ■/22.12.2009, precum și celelalte adrese ale autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente

și dependente de raportul procedurii. Totodată, consiliul va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii, cu respectarea dispozitivului deciziei Curții de Apel ■ nr. ■/03.11.2009 (inclusiv a prevederii: "Obligă intimată ■ la reluarea procedurii de atribuire și la solicitarea de clarificări care să corespundă cerințelor caietului de sarcini."), a legislației privind achizițiile publice și a documentației de atribuire.

În ceea ce privește cererea de intervenție nr. ■/05."10".2010 depusă de SC ■ SRL - ofertant declarat câștigător de către autoritatea contractantă -, văzând că această societate are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în conformitate cu 52 al. 1 C. proc. civ. consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Totodată, față de cele stabilite mai sus, în baza art. 278 al. 5 din ordonanță consiliul va respinge ca nefondată respectiva cerere de intervenție, pentru următoarele motive.

Relativ la excepția absenței calității de persoană vătămată a contestatoarei (decurgând din lipsa interesului și a prejudiciului pentru aceasta), invocată de intervenientă, sunt relevante normele art. 255 din ordonanță:

"Art. 255. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională sau în justiție, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.

(2) În sensul prevederilor al. 1, prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic implicat în procedura de atribuire, care:

a) are un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire; și

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

(3) În sensul prevederilor al. 1, prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire."

Atât adresa nr. ■/22.12.2009, cât și raportul de stabilire a rezultatului procedurii de atribuire nr. ■/ 22.12.2009, au valoare de act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice. Conform art. 256 al. 1 din ordonanță, în vederea soluționării contestațiilor pe cale administrativ-jurisdicțională, partea care se consideră vătămată are dreptul să se adreseze CNSC.

Operatorul economic SC ■ SRL, în asocierie cu SC ■ SA, a participat cu ofertă la procedură, în scopul obținerii contractului de lucrări. Interesul celor două societăți comerciale constă în participarea la procedură și câștigarea acesteia, urmărind în acest sens să beneficieze de o evaluare conform legii a ofertelor, astfel încât să nu le fie afectate șansele de a obține contractul licitat. Pentru o cercetare judicioasă a interesului în formularea contestației, acesta nu trebuie limitat la anumite afirmații ale părților, ci trebuie privit în finalitatea sa, respectiv raportat la atingerea obiectivului celor doi operatori economici de a deveni contractanți. Prin urmare, ei au interesul și dreptul legal de a participa la procedura de atribuire inițiată de ■, precum și interes în inițierea demersului în fața CNSC.

Prin nerespectarea în întregime a deciziei Curții de Apel ■ nr. ■/03.11.2009 și a deciziei consiliului nr. ■/17.12.2009, autoritatea a afectat interesul legitim al contestatoarei de a beneficia de o evaluare legală a ofertelor și de o atribuire conform legii a contractului și, totodată, autoritatea a creat premisele cauzării unui prejudiciu eventual, atribuind contractul altui ofertant cu încălcările legale sesizate. Oferta SC ■ SRL - SC ■ SA se situează pe locul II în clasamentul cuprins în raportul procedurii nr. ■/22.12.2009, deci cu șanse de obținere a contractului. Așadar, cele două cerințe ale art. 255 al. 2, care definesc noțiunea de persoană vătămată, sunt îndeplinite în persoana contestatoarei, motiv pentru care excepțiile lipsei de interes, a lipsei prejudiciului și a calității de persoană vătămată a SC ■ SRL sunt respinse, fiind neîntemeiate.

În continuare, procedând la cercetarea aspectelor de fond din cererea de intervenție, luând în considerare și cele amintite mai sus, consiliul apreciază că argumentele SC ■ SRL nu sunt judicioase. Astfel, după cum s-a evocat, Consiliu, prin decizia nr. ■/17.12.2009, a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a deciziei Curții de Apel ■ nr. ■/03.11.2009, inclusiv a statuării: "Obligă intimată ■ la reluarea procedurii de atribuire și la solicitarea de clarificări care să corespundă cerințelor caietului de sarcini." În speță, autoritatea contractantă nu s-a conformat celor dispuse, nemaisolicitând vreo clarificare ofertantei după primirea

deciziei consiliului, procedând direct la declararea câștigătoare a ofertei asocierii ■ SRL – ■ Ltd – ■ SRL

Susținerea că autoritatea nu ar fi avut obligația în discuție nu poate fi primită, după cum nu poate fi primită nici aceea că autoritatea ar fi obținut clarificările pe care le dorea din cele expuse de intervenientă în contestațiile sale anterioare, ambele susțineri fiind nefondate. Astfel cum s-a arătat, autoritatea era și este ținută de respectarea obligației impuse de instanță, reluată de consiliu, înainte de adoptarea hotărârii de stabilire a unui ofertant câștigător.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în patru exemplare, conține 8 (opt) file