

DECIZIE
Nr. BO2010_0278
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■ din 23.12.2009, înregistrată la CNSC cu nr. ■ din 23.12.2009, depusă de S.C. ■ S.R.L., cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, CUI ■, împotriva scrisorii de răspuns la solicitarea de clarificari nr. ■/16.12.2009, emisă de către ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări pentru proiectul integrat <<Dezvoltarea infrastructurii și punerea în valoare a moștenirii culturale în ■>>”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la evaluarea ofertelor depuse în cadrul prezentei proceduri luând în considerare solicitările privind renunțarea la cerințele restrictive. Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) și (6) 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, pentru considerentele evocate în motivare, respinge ca nefondată contestația formulată de S.C. ■ S.R.L. în contradictoriu cu ■ și dispune continuarea procedurii.

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

Prin contestația depusă, S.C. ■ S.R.L., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, organizată de către autoritatea contractantă ■, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări pentru proiectul integrat <<Dezvoltarea infrastructurii și punerea în valoare a moștenirii culturale în ■>>”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la

evaluarea ofertelor depuse în cadrul prezentei proceduri luând în considerare solicitările privind renunțarea la cerințele restrictive.

Prin adresa nr. ■/24.12.2009, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către S.C. ■ S.R.L. la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, a copiei dosarului achiziției publice, a punctului de vedere cu privire la contestație și a răspunsului la solicitările de clarificări.

■ a transmis, prin poștă, punctul său de vedere cu privire la contestație, cu nr. ■ din 05.01.2010, înregistrat la Consiliu cu nr. ■ din 07.01.2010 și a atașat acestuia documentele solicitate.

În motivarea contestației sale, S.C. ■ S.R.L. invocă următoarele:

În fapt, asocieria formată din S.C. ■ S.R.L., S.C. ■ S.R.L. și S.C. ■ S.R.L. a depus o ofertă tehnică și financiară, conform cerințelor din documentația de atribuire, aferentă procedurii în cauză.

De asemenea, acesta menționează că valoarea estimată pentru prezenta procedură de achiziție publică este de 2.109.536 euro, criteriul de atribuire stabilit fiind "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic".

La data de 10.12.2009, S.C. ■ S.R.L. a transmis autorității contractante, pe fax, solicitarea de clarificări nr. ■, prin care a cerut să se renunțe la două cerințe din fișa de date a achiziției, „care restricționează participarea la procedura de atribuire”, și anume:

- cerința de la punctul V.5. – „Capacitatea tehnică și profesională”, privind „îndeplinirea unui contract de proiectare și execuție, lucrare (la pachet), pentru o lucrare de infrastructură” și cerința privind prezentarea unei recomandări pentru același contract de experiență similară;
- cerința de la punctul V.9 – „Standarde de securitatea informației ISO 27001”, potrivit căruia operatorii economici trebuie să prezinte documente emise de organisme naționale sau internaționale acreditate care atestă respectarea standardelor de securitatea informației ISO 27001.

La data de 17.12.2009, ora 10:04, după cum se susține, ■ a publicat în S.E.A.P. răspunsul la solicitarea de clarificări menționată anterior, în conținutul căruia a precizat că nu renunță la „cerințele restrictive” prezentate mai sus, invocând „motive neîntemeiate legal”.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat, în S.E.A.P., răspunsul la solicitarea de clarificări la 17.12.2009, ora 10:04, contestatorul sesizează „grave încălcări” ale principiilor

fundamentale ale achizițiilor publice, a art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și a punctului I.b.- „Principala activitate sau activități ale autorității contractante” din cuprinsul fișei de date a achiziției.

Totodată, S.C. ■ S.R.L. arată că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ■ a menținut cerința minimă de calificare privind solicitarea certificatului SR EN ISO 27001:2005–standard pentru secretul informației, deși în România, conform prevederilor legislației în materia achizițiilor publice, în vigoare, „nu există această cerință obligatorie”.

Se mai arată că, motivația transmisă de către autoritatea contractantă, prin adresa nr. ■/16.12.2009, referitoare la cerința menționată anterior, este următoarea: „Certificarea conform standardului ISO 27001 asigură autoritatea contractantă și finanțatorul de păstrarea confidențialității, integrității și disponibilității informațiile puse la dispoziția proiectantului. [...] Lipsa certificării unui astfel de sistem în conformitate cu cerințele standardului ISO 27001 poate conduce la fraude, distrugerea datelor sau divulgarea secretelor.”

În opinia contestatorului, „toate motivațiile autorității contractante” reprezintă „clauze contractuale”, care se stipulează în cazul oricărui contract încheiat între prestator și autoritatea contractantă.

La 18.12.2009, cu ocazia deschiderii ofertelor, ■ a încheiat procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, semnat de către toți membrii comisiei.

Conform procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, în vederea atribuirii prezentului contract de achiziție publică, au depus oferte două consorții, și anume:

- S.C. ■ S.R.L., în asociere cu S.C. ■ S.R.L. și S.C. ■ S.R.L.;
- S.C. ■ S.R.L., în asociere cu S.C. ■ S.R.L., S.C. ■ S.R.L. și S.C. ■ S.R.L.

S.C. ■ S.R.L. susține că, în cadrul consorțiului condus de către S.C. ■ S.R.L. se regăsește, în calitate de asociat, S.C. ■ S.R.L., „același proiectant care”, conform celor două clarificări publicate în S.E.A.P., a întocmit documentația de atribuire, aferentă procedurii de achiziție publică în cauză, în aceste condiții, consideră că atât S.C. ■ S.R.L., cât și autoritatea contractantă au „încălcat prevederile art. 67”.

De asemenea, contestatorul aduce la cunoștința Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și faptul că S.C. ■ S.R.L., în asociere cu S.C. ■ S.R.L., S.C. ■ S.R.L. și S.C. ■ S.R.L. „este singura societate care deține certificatul ISO 27001”.

Față de cele prezentate mai sus, S.C. ■ S.R.L. solicită Consiliului să pronunțe o decizie prin care să dispună obligarea autorității contractante la a evalua ofertele depuse în cadrul

prezentei proceduri de achiziție publică, luând în considerare solicitările privind renunțarea la cerințele restrictive.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile Legii nr. 337/17.06.2006, pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ale O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și pe cele ale H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În probațiune, S.C. ■ S.R.L. a depus, în copie, următoarele înscrisuri: solicitarea de clarificări nr. ■/09.12.2009, răspunsul la solicitarea de clarificări II nr. ■/16.12.2009, fișa de date a achiziției, procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, adresa proiectant, publicată în S.E.A.P. la 07.12.2009, lista și fișe utilaje, publicată în S.E.A.P. la 07.12.2009 și dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă.

În punctul său de vedere asupra contestației depuse de S.C. ■ S.R.L., autoritatea contractantă precizează următoarele:

Anunțul de participare, prin care a fost inițiată prezenta procedură de achiziție publică, a fost publicat în S.E.A.P. la 25.11.2009, ocazie cu care a fost publicată și documentația de atribuire.

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că S.C. ■ S.R.L. a avut timp „suficient” pentru a solicita clarificări și pentru a primi răspuns la acestea.

De asemenea, ■ afirmă că cerința minimă de calificare privind solicitarea certificatului SR EN ISO 27001:2005 „trebuie menținută”.

Totodată, aceasta susține faptul că „S.C. ■ S.R.L. are dreptul să fie ofertant asociat, implicarea sa nefiind de natură să distorsioneze concurența”.

În opinia autorității contractante, contestatorul a acceptat „oarecum cerințele”, întrucât a depus oferta la data de 18.12.2009 și abia după aceea a contestat.

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

La ■.11.2009, ■, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări pentru proiectul integrat <<Dezvoltarea infrastructurii și punerea în valoare a moștenirii culturale în ■>>”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ■.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire criteriul de atribuire aplicat a fost „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, valoarea estimată a contractului fiind de 2.109.536 euro, fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse două oferte, printre care și cea a contestatorului, care au fost deschise în data

de 18.12.2009, prilej cu care s-a încheiat procesul-verbal fără număr de înregistrare.

Analizând critica contestatorului cu privire la încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 78 alin.(2) din O.U.G. nr.34/2006, prin netransmiterea răspunsului la solicitarea de clarificări în termenul de 3 zile stabilit de legiuitor și a prevederilor din fișa de date a achiziției, cap.I.b, respectiv a precizării potrivit căreia "Data limită de transmitere a răspunsului la clarificări: Data 17.12.2009, ora limită:16,00 (max.3 zile lucrătoare de la primirea solicitării clarificărilor și în conformitate cu prevederile legale)", Consiliul, reținând că adresa nr. ■ din 09.12.2009 a fost transmisă, prin fax, autorității contractante, conform raport fax, în 10.12.2009, răspunsul la aceasta fiind postat în SEAP în 17.12.2009, prin adresa nr. ■/16.12.2009, constată că autoritatea contractantă a încălcat aceste prevederi, însă, având în vedere că asupra cerințelor criticate, contestatorul a luat la cunoștință la data publicării anunțului de participare, autoritatea contractantă nemodificând aceste cereri prin adresele de clarificări și nu dispune măsuri de remediere, S.C. ■ S.R.L. nefiind afectată prin această încălcare, în dreptul său de a depune ofertă sau contestație.

Cu privire la cerința de la punctul V.5. – „Capacitatea tehnică și profesională”, privind „îndeplinirea unui contract de proiectare și execuție, lucrare (la pachet), pentru o lucrare de infrastructură” și la cerința privind prezentarea unei recomandări pentru același contract de experiență similară, Consiliul, având în vedere faptul că S.C. ■ S.R.L. nu a formulat critici, ci numai a menționat-o ca fiind restrictivă, fără a prezenta argumente în acest sens, constată că aceste prevederi nu încalcă dispozițiile art. 188 alin. (3) lit. a) din OUG nr. 34/2006, conform cărora "în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrării..., autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita...: a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări...".

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că prin actul contestat, respectiv ■/16.12.2009, autoritatea contractantă a menținut cerința minimă de calificare privind depunerea certificatului SR EN ISO 27001:2005, Consiliul urmează să o respingă pe de o parte ca tardiv formulată deoarece asupra acestei cerințe contestatorul a luat cunoștință la data publicării documentației de atribuire în SEAP, iar pe de altă parte, ca nefondată deoarece argumentele aduse de contestator în înlăturarea cerinței, respectiv faptul că legislația în materia achizițiilor publice nu prevede o astfel de cerință și faptul că motivațiile cuprinse în răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări constituie clauze contractuale care se

specifică în mod clar în cazul oricărui contract încheiat între prestator și autoritatea contractantă, nu pot fi reținute întrucât o astfel de cerință nu poate fi exclusă, pentru simplul motiv că nu se regăsește ca atare în prevederile legale, în mod evident existând domenii în care o astfel de cerință devine obligatorie, iar clauzele contractuale, odată stabilite prin modelul de contract, nu pot fi modificate ulterior decât cu acordul părților, ceea ce nu conferă garanția că ofertantul declarat câștigător va accepta aceste clauze, autoritatea contractantă, în acest caz fiind obligată la semnarea contractului de achiziție publică, conform aceluși model.

De asemenea, Consiliul constată, față de împrejurarea că depunerea contestației a fost ulterioară termenului stabilit pentru depunerea ofertelor, că dispunerea unei măsuri de remediere în sensul înlăturării cerințelor de mai sus, după momentul deschiderii ofertelor, ar conduce, pe de o parte, la încălcarea principiului transparenței și a tratamentului egal față de operatorii economici, care, în lipsa acestor cerințe, ar fi putut participa la procedura de atribuire, iar pe de altă parte ar conduce la avantajarea exclusivă a contestatorului prin obligarea autorității contractante de a evalua ofertele după înlăturarea cerinței.

Este reținut de către Consiliu faptul că, în cauză, contestația a fost depusă abia după depunerea ofertelor, și nu până la data depunerii acestora, situație de fapt care confirmă faptul că S.C. ■ S.R.L. și-a asumat o eventuală respingere a ofertei, prin acceptarea, cel puțin până la momentul depunerii ofertelor a cerințelor așa cum au fost acestea prevăzute în documentația de atribuire.

Consiliul constată de asemenea că, prin contestația depusă, deși se indică ca act nelegal, răspunsul la solicitarea de clarificări, respectiv nr. ■/16.12.2009, solicitarea contestatorului nu se regăsește în situațiile prevăzute de art. 255 din OUG nr. 34/2006, în sensul că acesta nu a indicat ce solicită în legătură cu actul atacat.

În acest sens, sunt reținute dispozițiile art.255 alin.(3) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „În sensul prevederilor alin.(1), prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, (...)”, or, în speță contestatorul a indicat ca act atacat adresa nr. nr. ■/16.12.2009, care conține răspunsul la solicitările în legătură cu documentația de atribuire, caz în care solicitarea urma a se raporta la actul atacat (în legătură cu prevederile documentației de atribuire) și nu putea fi extinsă la etapa de evaluare a ofertelor.

Consiliul constată de asemenea că, S.C. ■ S.R.L., deși contestă răspunsul la solicitarea de clarificări referitoare la prevederi ale documentației de atribuire, formulează critici și cu

privire la ofertele depuse în cadrul proceduri de atribuire, în speță, oferta depusă de asocierea formată din S.C. ■ S.R.L. - S.C. ■ S.R.L. - S.C. ■ S.R.L. și S.C. ■ S.R.L., susținând că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art.67 din O.U.G. nr.34/2006, prin acceptarea S.C. ■ S.R.L. în calitate de ofertant având în vedere că acesta „a întocmit documentația de atribuire”.

Sub acest aspect, Consiliul constată că, S.C. ■ S.R.L. a întocmit un proiect, însă autoritatea contractantă a pus la dispoziția operatorilor economici interesați informațiile necesare elaborării ofertei, inclusiv ca urmare unor solicitări de clarificări, caz în care societatea menționată anterior a pus la dispoziție autorității contractante documentele solicitate, acestea fiind ulterior postate și în SEAP, respectându-se astfel principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Consiliul constată de asemenea că, S.C. ■ S.R.L. nu dovedește în ce mod au fost încălcate dispozițiile art.67 din O.U.G. nr. 34/2006, în sensul distorsionării concurenței.

Faptul că S.C. ■ S.R.L. a întocmit un proiect care, de altfel, a fost pus la dispoziția operatorilor economici Consiliul constată că acest fapt nu este de natură a distorsiona concurența, iar în ceea ce privește faptul că societatea susmenționată este singura care deține certificatul ISO 27001 susținerea contestatorului cu privire la acest aspect este nerelevantă, în condițiile în care nu există dovezi că cerința a fost stabilită prin proiectul elaborat de societatea în cauză, stabilirea unei astfel de cerințe nu poate fi reținută ca o intervenție a societății respective, cu scopul de a distorsiona concurența.

În baza dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ■ S.R.L., în contradictoriu cu ■.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență aplicabilă, Consiliul dispune continuarea procedurii de atribuire, decizia fiind, conform art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, obligatorie pentru părți.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU COMPLET,

■

MEMBRU COMPLET,

■

Redactată în 3 exemplare originale, conține 7 (șapte) file