

DECIZIE
BO2010_0375
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/02.12.2009, înregistrată la CNSC cu nr. ■/02.12.2009, formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, având CF ■, reprezentată legal de ■, în calitate de director general, împotriva fișei de date întocmită de ■, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de lucrări având ca obiect „Bază sportivă multifuncțională în ■”, s-a solicitat eliminarea criteriilor de calificare ce încalcă prevederile OUG 34/2006 și ale HG 925/2006.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes a contestației, invocat de ■

Admite contestația formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■, cu sediul în ■.

Dispune anularea procedurii de achiziție publică în cauză.

Executorie.

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 înregistrată sub numărul de mai sus, SC ■ SRL a criticat fișa de date întocmită de ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de lucrări având ca obiect „Bază sportivă multifuncțională în ■”, solicitând eliminarea criteriilor de calificare ce încalcă prevederile OUG 34/2006 și ale HG 925/2006.

În motivarea contestației, SC ■ SRL susține, într-o primă critică că, cerința prevăzută în fișa de date, la pct. IV.1 Situația personală a candidatului/ofertantului prin care se solicită prezentarea certificatului de atestare privind plata la Fondul pentru mediu, emis de Administrația Fondului pentru Mediu, este nejustificată, deoarece dispozițiile HG 925/2006 și ale OUG 34/2006 nu prevăd, pentru demonstrarea situației personale, un astfel de certificat.

Mai mult, se arată că, prin solicitarea certificatului de atestare privind plata la Fondul pentru mediu, autoritatea contractantă a restricționat, în mod nejustificat, participarea operatorilor economici la procedura de atribuire întrucât, în fișa de date nu s-a menționat organismul care emite acest certificat și nici perioada de valabilitate a acestuia.

În susținerea celor afirmate, contestatorul invocă prevederile art. 180, 181 și 182 din OUG 34/2006.

Prin cea de-a doua critică, contestatorul susține că, cerința din fișa de date, de la pct. IV.3 „Capacitatea economică și financiară”, prin care se solicită prezentarea unei „scrisori de bonitate din partea băncilor care să ateste că ofertantul are disponibilități financiare sau acces la facilități financiare de minim 800.000 lei”, este nejustificată și restrictivă raportat la valoarea estimată a contractului de 767,510 RON și la termenul de execuției a lucrării, de 24 de luni.

De altfel, se susține că, autoritatea contractantă a încălcat unul dintre principiile de bază ale achizițiilor publice impunând cerințe menite să restricționeze participarea operatorilor economici la procedură.

Într-o a treia critică, contestatorul susține că, cerința din fișa de date, de la cap.IV.8 prin care se solicită prezentarea Certificatului SA 8000:2008, în copie legalizată, este nelegală și de natută a restricționa participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, încălcându-se astfel prevederile art. 2 al. 2 lit. b și e din OUG 34/2006.

Totodată, contestatorul susține că, autoritatea contractantă nu a justificat solicitarea unui astfel de certificat, încălcând prevederile art. 191-193 și art. 194-196 din OUG 34/2006.

Având în vedere cele menționate, contestatorul solicită, în temeiul art. 255 al. 5 din OUG 34/2006, eliminarea criteriilor de calificare ce încalcă prevederile OUG 34/2006 și HG 925/2006.

Contestatorul susține că au fost încălcate prevederile art. 2 precum și ale art. 191, 192, 193, 194, 195, 196 din OUG 34/2006.

Prin adresa nr. ■/10.12.2009, înregistrată la CNSC sub nr. ■/18.12.2009, ■ a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ■ SRL precum și măsurile de remediere adoptate.

Autoritatea contractantă, invocă excepția lipsei de interes, motivată prin de faptul că SC ■ SRL nu s-a mai prezentat la procedură, deși după primirea contestației, s-a transmis un răspuns, prin care a remediat unele aspecte reclamate de acesta.

■ apreciază că doar prin achiziționarea documentației de atribuire urmată de depunerea unei contestații, fără ca să fi solicitat clarificări sau măsuri de remediere și ulterior, nedepunerea ofertei, se

demonstrează că intenția ofertantului nu a fost aceea de a participa la procedură, ci de a o obstrucționa.

Autoritatea contractantă, subliniază faptul că, nedepunerea ofertei nici în urma remedierilor făcute, demonstrează rea credința acestuia, iar solicitarea anulării procedurii nu are motive obiective.

În ceea ce privește cerința prin care se solicită depunerea Certificatului de atestare privind plata obligațiilor la Fondul pentru mediu emis de Administrația Fondului pentru Mediu, autoritatea contractantă menționează că acesta face dovada achitării obligațiilor la Fondul de Mediu, în conformitate cu prevederile OUG 196/2005 aprobată prin Legea 105/2006, reprezentând o obligație la bugetul statului în conformitate cu prevederile art. 176 coroborat cu art. 181 lit. c din OUG 34/2006.

Autoritatea contractantă precizează că, cerința respectă normele legale susmenționate, urmărindu-se atribuirea contractului unui ofertant solvabil care să dispună de condiții tehnico-economie necesare realizării unei lucrări de calitate, care să presupună riscuri minime.

Se arată de către autoritatea contractantă că, pe lângă declarația pe proprie răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 180 și 181 din OUG 34/2006, ofertanții trebuie să prezinte certificate care să ateste plata impozitelor, taxelor și contribuțiilor către bugetele componente ale bugetului general consolidat.

Referitor la cerința privind prezentarea scrisorii de bonitate din partea băncilor care să ateste că ofertantul are disponibilități financiare sau acces la facilități financiare de minim 800.000 lei, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu art. 78 coroborat cu art. 256 al. 1 din OUG 34/2006 a redus valoarea la 700.000 lei, sub valoarea estimată a contractului, cerința privind accesul la disponibilitățile financiare fiind determinată de derularea cu întârziere a finanțării proiectului, existând riscul ca plata lucrărilor să se efectueze după finalizarea acestora.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că a renunțat la cerința privind lichiditatea generală și solvabilitatea patrimonială.

În ceea ce privește cerința privind prezentarea de documente emise de organisme naționale și internaționale acreditate, care confirmă certificarea sistemului de management al responsabilității sociale al firmelor ofertate, respectiv prezentarea Certificatului SA 8000:2008 sau certificări similare, în original sau în copie, autoritatea contractantă precizează că solicitarea este întemeiată, având în vedere că pentru demonstrarea capacității tehnico profesionale este necesar ca ofertantul să dețină standarde de asigurare a calității, de protecție a mediului, de securitate și sănătate în muncă, de management al responsabilității

sociale raportat la specificul obiectivului și la faptul că acesta este destinat unei comunități.

Autoritatea contractantă susține că, îndeplinirea cerințelor susmenționate constituie o garanție că va beneficia de o lucrare de calitate având în vedere că obiectul procedurii îl constituie realizarea unei investiții reprezentativă pentru orice localitate.

În concluzie, autoritatea contractantă menționează că a întocmit fișa de date cu respectarea prevederilor legale, fără a restricționa participarea ofertanților la procedura de atribuire, interesul fiind de a obține garanția unei lucrări de-o bună calitate, în limita fondurilor alocate.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziție publice.

SC ■ SRL, prin adresa nr. ■/20.01.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/20.01.2010, a transmis punctul de vedere la excepția lipsei de interes, solicitată de Consiliu prin adresa nr. ■/19.01.2010, precizând că critica autorității contractante cu privire la lipsa de interes a societății sale, prin nedeținerea unei oferte este nefundată și irelevantă, având în vedere faptul că însăși autoritatea contractantă este cea care nu a respectat prevederile legislative în vigoare, referitoare la elaborarea documentației de atribuire, prin introducerea unor cerințe minime disproportionale și nejustificate.

Față de dispozițiile art. 278 al. 1 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează a se pronunța, mai întâi, asupra excepției lipsei de interes a contestatorului SC ■ SRL, invocată de către autoritatea contractantă.

Examinând excepția, Consiliul o va respinge având în vedere următoarele considerente:

Se reține a fi incidente în cauză, față de faptul că actul atacat este documentația de atribuire, și dispozițiile art. 255 al. (1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora „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”.

Astfel, având în vedere faptul că, SC ■ SRL, a solicitat „eliminarea criteriilor de calificare ce încalcă prevederile OUG 34/2006 și HG 925/2006”, în mod evident se încadrează în prevederile anteremționate.

Totodată, se reține și faptul că, potrivit al. 2 din același articol, *„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 procedură de atribuire”*, iar contestatorul critică criteriile de calificare, din fișa de date a achiziției a procedurii în cauză, considerate ca fiind nelegale și restrictive, demonstrând faptul că se consideră ca fiind persoană vătămată care riscă să sufere un prejudiciu.

În ceea ce privește, invocarea, de către autoritatea contractantă, a faptului că SC ■ SRL prin *„depunerea unei contestații, fără ca să fi solicitat clarificări sau măsuri de remediere”*, Consiliul reține că deși potrivit dispozițiilor art. 256¹ al. 1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, *„Înainte de a se adresa instanței competente, persoana vătămată notifică autoritatea contractantă cu privire la pretinsa încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la intenția de a sesiza instanța judecătorească competentă. Dispozițiile art. 205 și 256⁵ rămân aplicabile”*, în cadrul al. 5 se precizează faptul că *„Lipsa notificării prevăzute la al. 1 nu împiedică introducerea cererii în fața instanței judecătorești competente”*.

Pe fondul cauzei, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

La ■.11.2009, ■, a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de lucrări având ca obiect „Bază sportivă multifuncțională în ■”, sens în care a publicat, în SEAP, invitația de participare nr. ■, criteriul de atribuire fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, iar valoarea estimată 767.510 lei.

Autoritatea contractantă a organizat ședința de deschidere a ofertelor în 08.12.2009, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal de deschidere a ofertelor înregistrat la sediul autorității contractante sub nr. ■, în care s-a consemnat depunerea a două oferte, a documentelor de calificare, a ofertelor financiare depuse, fără însă să fie consemnate alte elemente principale ale ofertelor depuse.

Prin raportul procedurii de atribuire nr. ■/17.12.2009, comisia de evaluare, în urma evaluării ofertelor depuse, a hotărât declararea drept câștigătoare a procedurii în cauză, oferta depusă de SC ■ SRL, cu o ofertă financiară de 552.458 lei, fără TVA și o durată de execuție de 24 de luni.

Împotriva documentației de atribuire SC ■ SRL a depus, în termen legal, contestația care formează obiectul prezentului dosar.

Examinând susținerile părților, înscrisurile aflate la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul urmează a admite, contestația depusă de SC ■ SRL, pentru următoarele considerente:

Deși, așa cum susține autoritatea contractantă, în urma depunerii contestației în cauză, s-au efectuat anumite remedieri ale documentației de atribuire, în aprecierea Consiliului, acestea au fost mai mult de formă, problemele esențiale criticate de contestator au rămas neschimbate.

Astfel, Consiliul constată faptul că, potrivit punctului IV.1. din fișa de date a achiziției, se solicită „Certificat de atestare privind plata obligațiilor la Fondul pentru mediu, emis de Administrația Fondului pentru Mediu”, iar drept răspuns la critica contestatorului, autoritatea contractantă, **în mod eronat**, apreciază că „*dovada achitării obligațiilor la Fondul de Mediu, în conformitate cu prevederile OUG 196/2005 aprobată prin Legea 105/2006, reprezentând o obligație la bugetul statului în conformitate cu prevederile art. 176 coroborat cu art. 181 lit. c din OUG 34/2006*”. Analizând, prevederile OUG 196/2005, cu modificările și completările ulterioare, reiese clar faptul că Fondul pentru Mediu este „un instrument economic-financiar”, destinat „susținerii a programelor de protecția mediului”, iar „contribuțiile” la acest fond, conform art. 8 al. 2 din ordonanță, se coletează într-un cont distinct al Trezoreriei.

Prin urmare, având în vedere faptul că, aceasta nu face parte din bugetele componente ale bugetului general consolidat, nefiind supusă redistribuirii, solicitarea certificării achitării *obligațiilor la Fondul pentru mediu*, depășește cadrul reglementărilor în materia achizițiilor publice.

De asemenea, Consiliul reține în soluționare, dispozițiile art. 184 al. 1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora „*Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada situației sale economice și financiare*”, cât și dispozițiile art. 185 al. 1 din același act normativ, potrivit cărora „*Demonstrarea situației economice și financiare se realizează, după caz, prin prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, cum ar fi: a) declarații bancare corespunzătoare sau, după caz, dovezi privind asigurarea riscului profesional;(...)*”.

Analizând, aceste dispoziții, Consiliul apreciază că solicitarea prezentării a unei „*scrisoare de bonitate din partea băncilor care să ateste că ofertantul are disponibilități financiare sau acces la facilități de finanțare de minim 800.000 lei(ulterior redus la 700.000 lei)*”, din fișa de date a achiziției, pct. IV.3., teza a 5-a, coroborată cu valoarea estimată declarată, în cuantum de 767.510 lei, în mod evident este

exagerată și nejustificată, având în vedere faptul că, potrivit art. 19.1. din proiectul de contract, parte a documentației de atribuire, „*achizitorul are obligația de a efectua plăți către executant în termenul convenit de la emiterea facturii de către acesta*”, iar conform art. 19.2. din acest document, „*Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de 14 zile de la expirarea perioadei convenite, atunci executantul are dreptul de a sista executarea lucrărilor(...)*”. Prin urmare, este evident faptul că prin declarații bancare corespunzătoare se înțelege o valoare corespunzătoare a primelor facturi emise de executant după începerea lucrărilor, respectiv valoarea primelor recepții parțiale.

Totodată, Consiliul reține în soluționare și dispozițiile art. 3, art. 4 și art. 5 din HG 925/2006, potrivit cărora, autoritatea contractantă înaintea lansării oricărei proceduri de achiziție publică trebuie să întocmească și să aprobe „*programul anual al achizițiilor publice*”, „*în funcție de fondurile aprobate și de posibilitățile de atragere a altor fonduri*”, or, disponibilitățile financiare ale operatorilor economici nu pot fi considerate ca fiind „fonduri atrase”.

Referitor la criticile formulate de contestator la cerința din documentația de atribuire, pct. IV.8, din fișa de date a achiziției, prin care se solicită ofertanților să depună „*Documente emise de organisme naționale sau internaționale acreditate care confirmă certificarea sistemului de management al responsabilității sociale al firmelor ofertante, respectiv SA 8000 sau certificări similare, în original sau copie*”, Consiliul constată caracterul restrictiv al cerinței de calificare, în discuție, pentru următoarele considerente:

Cerința privind prezentarea, de către ofertanți, a certificatului SA 8000, impusă prin prevederile fișei de date a achiziției, apare ca restrictivă, într-un prim aspect, deoarece certificarea în cauză se aplică abia din anul 2008, astfel că un există mulți operatori economici care l-au obținut, situație care determină încălcarea unuia dintre scopurile ordonanței de urgență, statuat de art. 2 al. 1 lit. a, respectiv „*promovarea concurenței între operatorii economici*”.

Efectuând o analiză a cerinței prin prisma relevanței sale în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit, Consiliul constată că lipsa certificatului în cauză nu este de natură să diminueze capacitatea operatorilor economici de a realiza contractul care face obiectul procedurii, pe de-o parte, deoarece respectarea codului muncii este obligatorie pentru toți operatorii economici, iar, pe de altă parte, deoarece îndeplinirea acestei cerințe nu are relevanță pentru tipul de contract în cauză.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența dispozițiilor art. 8 al. 1 din HG 925/2006, potrivit cărora „*Autoritatea contractantă nu*

are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit".

Consiliul se mai raportează, în soluționare, la dispozițiile art. 179 din ordonanța de urgență, care prevăd, în mod imperativ, că „Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime solicitate, luând în considerare exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit”, or, așa cum s-a arătat, lipsa certificării SA 8000, nu ar avea consecințe asupra realizării bazei sportive multifuncționale în ■.

Se are în vedere și faptul că, la momentul prezentei, nu există dispoziții legale care să prevadă obligativitatea deținerii certificatului în discuție, standardele despre care face vorbire legislația în vigoare fiind cele de asigurare a calității și protecție a mediului.

Prin urmare, Consiliul reține caracterul fondat al criticilor contestatorului, în schimb, având în vedere stadiul procedurii de atribuire, față de care nu se mai pot dispune măsuri de remediere, fără încălcarea principiilor care guvernează materia achizițiilor publice, consacrate în art. 2 al. 2 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să dispună anularea acesteia.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. 2 și al. 6 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, contestația depusă de către SC ■ SRL, procedura de atribuire urmând a fi anulată.

În temeiul dispozițiilor art. 280 al. 1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este executorie.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactată în 3 (trei) exemplare originale, conține 8 (opt) file