

DECIZIE
BO2010_0447
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/24.12.2009, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 49571/24.12.2009, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, CUI ■, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări "locuințe pentru tineri destinate închirierii - amplasamentul din ■", coduri CPV 71200000-0 și 45211000-9, cu data de deschidere a ofertelor 12.11.2009, organizată de ■, cu sediul în ■, contestatoarea a solicitat anularea raportului procedurii nr. ■/17.12.2009, anularea adresei nr. ■/17.12.2009 de comunicare a rezultatului procedurii și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

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

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (5) 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 motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația SC ■ SRL nr. ■/24.12.2009, în contradictoriu cu ■.

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 zece 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 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ■ SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire organizată de ■ pentru atribuirea contractului de lucrări "locuințe pentru tineri destinate închirierii - amplasamentul din județul ■, municipiul ■".

La art. 9 lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 se arată că cerințele minime de clarificare sunt disproporționate dacă se impune că valoarea lucrărilor executate de către operatorul economic, ca dovadă a experienței lui similare, este mai mare decât valoarea lucrărilor ce se vor executa în baza contractului ce urmează

a fi atribuit, or valoarea impusă de autoritatea contractantă este de 7.024.175 lei, fără TVA, mult mai mare decât valoarea ofertată, care este de 5.689.961 lei. Dacă se respectau prevederile art. 9 lit. a), oferta SC ■ SRL nu putea fi respinsă ca inacceptabilă.

Chiar dacă s-ar face abstracție de cele de mai sus, contestatoare nu se află în situația de a nu îndeplini cerințele minime de calificare, deoarece la art. 188 alin. (3) lit. a) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în scopul verificării capacității tehnice/profesionale, legiuitorul se referă la "lucrări executate", nu la "contracte de lucrări". Astfel, chiar dacă a prezentat două contracte de lucrări și mai multe acte adiționale aferente acestora, acestea au fost încheiate pentru același obiectiv (aceleași lucrare) cu aceleași părți contractante, având un singur proces-verbal la terminarea lucrărilor, deci valorile contractelor trebuiau însumate. Existența celor două contracte se justifică prin posibilitățile de plată ale autorității contractante, fapt confirmat de adresa nr. ■/22.12.2009. Dacă se urmărește tipul lucrărilor evidențiate în cele două contracte și actele adiționale rezultă succesiunea firească a lucrărilor de construcții executate la un singur obiectiv.

Analizând art. 35 din Hotărârea Guvern nr. 925/2006 se observă că autoritatea contractantă avea dreptul de a îi solicita clarificări sau completări ale documentelor prezentate pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, situație în care asociatul său SC ■ SA ar fi putut prezenta un contract privind experiența similară (contractul de subantrepriză nr. ■/30.04.2008, în valoare de 374.065,64 lei, exclusiv TVA, și actul adițional nr. 1, în valoare de 68.753,51 lei, exclusiv TVA). Prin însumarea valorii acestui contract, respectiv 442.819,15 lei, cu valoarea de 6.620.684,30 lei se obține o sumă totală de 7.063.503,45 lei, mai mare decât pragul de 7.024.175 lei impus de autoritate. Așadar, ofertanta putea îndeplini criteriul minim de calificare chiar și în condițiile în care se luau în calcul numai valorile de la un singur contract încheiat de fiecare membru al asocierii (exceptând proiectantul).

Prin declararea câștigătoare a ofertei depuse de SC ■ SRL - SC ■ SRL se încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

În punctul său de vedere asupra contestației, autoritatea contractantă precizează că, prin raportul procedurii a fost declarată câștigătoare oferta asocierii SC ■ SRL - SC ■ SRL, iar oferta asocierii SC ■ SRL - SC ■ SA - SC ■ SRL - SC ■ SRL a fost declarată inacceptabilă, deoarece nu a îndeplinit cerința minimă de calificare referitoare la experiența similară, solicitată prin documentația de atribuire la pct. 4.4.6, respectiv îndeplinirea în ultimii 5 ani, calculați față de data depunerii ofertelor, a unui contract cu o valoare egală sau mai mare decât valoarea de 7.024.175 lei, exclusiv TVA, de natură și complexitate similare cu a celui pentru care se ofertează,

cu încadrarea în codurile CPV specificate în documentația de atribuire. În documentație s-a prevăzut că, în cazul asocierii, cerința minimă se va considera îndeplinită în mod cumulativ, luându-se în calcul câte un singur contract de la fiecare ofertant.

Dacă ofertanții aveau neclarități sau doreau clarificări cu privire la conținutul documentației de atribuire sau la modul de îndeplinire a cerințelor minime de calificare, inclusiv cele referitoare la experiența similară, în conformitate cu prevederile art. 78 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aveau dreptul de a solicita respectivele clarificări însă, în lipsa lor și în condițiile depunerii ofertelor, ofertanții și-au asumat toate cerințele impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, în forma și conținutul date.

Prevederile art. 9 lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 și cele ale art. 8 din același act normativ se referă la elaborarea documentației de atribuire. Cerința minimă de calificare privind experiența similară se raportează la valoarea de investiție, publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP, de 10.327.431,20 lei, calculată în baza avizului CTE-MDLR nr. 1/3/18.05.2009. Prin urmare, se poate discuta despre disproporționalitate în cazul în care pragul referitor la cerința privind experiența similară depășea acea valoare. Mai mult decât atât, înainte de publicare, anunțul de participare a făcut obiectul unei verificări de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, validarea acestuia fiind garanția respectării prevederilor legale în vigoare, inclusiv cele legate de calculul pragurilor valorice raportate la cerințele minime de calificare.

Obiectul supus procedurii de atribuire constă în proiectarea și construcția de locuințe pentru tineri, destinate închirierii. Prin modul în care autoritatea a stabilit cerința privind experiența similară a dorit ca ofertanții să demonstreze că au experiență similară în domeniul supus procedurii de atribuire și că au mai executat lucrări de tipul celor în cauză, respectiv un contract care să fi avut ca obiect lucrări de construcție clădiri. Rolul cerinței privind experiența similară este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au cunoștințele/experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte.

Potențialul tehnic, care trebuie să reflecte posibilitate concretă că un anumit operator economic poate duce la îndeplinire un contract, poate fi dovedit prin prezentarea unor contracte de lucrări similare cu cele ce urmează a fi prestate în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri. Având în vedere că la această procedură au participat numai asocieri, cerința minimă de calificare s-a considerat a fi îndeplinită în mod cumulativ, luându-se în calcul câte un singur contract de la fiecare asociat. Astfel cum rezultă din analiza documentelor de calificare prezentate de

asocierea SC ■ SRL - SC ■ SA - SC ■ SRL - SC ■ SRL, cerința minimă de calificare privind experiența similară nu a fost îndeplinită, deoarece, însumând valoarea contractelor prezentate (un singur contract de la fiecare asociat) rezultă o valoare de 6.620.684,30 lei, exclusiv TVA, mai mică decât valoarea de prag de 7.024.175,00 lei, exclusiv TVA. De altfel, și din conținutul contestației rezultă acest lucru, susținerea încercată de către contestator conform căreia prezentarea a două contracte cu numere diferite aferente aceleiași obiectiv de investiții trebuind să conducă la însumarea acestora neputând a fi susținută legal, deoarece în documentația de atribuire este prevăzut în mod expres modul de calcul în această situație. În cazul în care autoritatea contractantă ar fi acceptat ca cerința minimă de calificare să fie îndeplinită prin cumulul unui număr nelimitat de contracte, scopul introducerii acestei cerințe de calificare nu ar mai fi fost atins, deoarece o asociere care atingea acest prag cumulând un număr de contracte cu o valoare mică nu putea oferi garanții în ceea ce privește proiectarea și execuția unei lucrări de asemenea valoare și complexitate. De asemenea, nu se consideră ca fiind o practică uzuală în concordanță cu principiul tratamentului egal între ofertanți o eventuală solicitare formulată de către comisia de evaluare de completare a documentelor prezentate de către ofertanți. Sintagma "ar fi putut prezenta un contract privind experiența similară" nu este opozabilă faptului că acest contract de subantrepriză nu se regăsește în documentele de calificare prezentate, în cadrul acestora neregăsindu-se nicio declarație pe propria răspundere privind îndeplinirea cerințelor minime de calificare, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Principiul eficienței utilizării fondurilor publice nu poate fi invocat de un ofertant a cărui ofertă a fost declarată inacceptabilă, deoarece oferta câștigătoare este cea care obține cel mai mare punctaj, dintre cele declarate admisibile.

În consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, consiliul reține că ■ a inițiat o procedură de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări "locuințe pentru tineri destinate închirierii - amplasamentul din județul ■, municipiul ■", coduri CPV 71200000-0 și 45211000-9, cu valoarea estimată anunțată în anunțul de participare nr. ■/■.10.2009, publicat în SEAP, de 10.327.431,20 lei, fără TVA.

Prin raportul procedurii nr. Z/17.12.2009 autoritatea a respins oferta asocierii SC ■ SRL - SC ■ SA - SC ■ SRL - SC ■ SRL, întrucât aceasta nu îndeplinea cerința privind experiența similară prevăzută în fișa de date a achiziției, respingere comunicată asocierii cu adresa nr. ■/21.12.2009, în urma primirii căreia SC ■ SRL a formulat contestația de față.

Asupra aspectelor de fond reclamate, consiliul constată că autoritatea, la pct. III.2.3) din anunțul de participare a prevăzut:

"III.2.3) Capacitatea tehnica

Informatii si formalitati necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate

Pentru executant:

1. Îndeplinirea (data procesului/verbal de receptie la terminarea lucrarilor) in ultimii 5 ani, calculati fata de data depunerii ofertei, a unui contract cu o valoare egala sau mai mare decat valoarea de 7.024.175 lei, exclusiv TVA, si care trebuie sa se incadreze in urmatoarele categorii de lucrari:

- cod CPV 45211000- 9 -constructii imobile colective si case individuale
- cod CPV 45214000-0 -constructii institutii de invatamant si centre de cercetare
- cod CPV 45212410-3 - constructii de cladiri pentru cazare (hoteluri sau pensiuni)
- cod CPV 45213120-0 - constructii de banci
- cod CPV 45213150-9 - constructii de complexe de birouri
- cod CPV 45216110-8 - constructii de institutii de ordine publica
- cod CPV 45215130-7 - constructii de clinici medicale
- cod CPV 45215140-0 - constructii de unitati spitalicesti

Nu se accepta lucrari de consolidari , reparatii sau acelea a caror structura de rezistenta este metalica ,cu exceptia blocurilor realizate pe structura metalica. [...]

Pentru proiectant:

1. Îndeplinirea (data procesului/verbal de predare-primire) in ultimii 3 ani,calculati fata de data depunerii ofertei, a unui contract de servicii cu o valoare egala sau mai mare decat valoarea de 205.026 lei, exclusiv TVA, de natura si complexitate similare cu a celui pentru care se oferteaza si care trebuie sa se incadreze in codul CPV 71200000-0.

2.Certificat ISO 9001 sau echivalent"

În mod similar, în fișa de date a achiziției s-a prevăzut următoarea cerință minimă de calificare:

"4.4.6 Experienta similara

Executant: Cerința minimă de calificare: Se solicită îndeplinirea (data procesului verbal la terminarea lucrărilor) în ultimii 5 ani, calculați față de data depunerii ofertei, a unui contract cu o valoare egală sau mai mare decât valoarea minimă de **7.024.175 lei**, exclusiv TVA, de natură și complexitate similare cu a celui pentru care se ofertează,cu încadrarea în următoarele coduri CPV:

- **cod CPV 45211000- 9** -construcții imobile colective și case individuale
- **cod CPV 45214000- 0** -construcții instituții de învățământ și centre de cercetare
- **cod CPV 45212410-3** - construcții de clădiri pentru cazare (hoteluri sau pensiuni)
- **cod CPV 45213120-0** - construcții de bănci
- **cod CPV 45213150-9** - construcții de complexe de birouri
- **cod CPV 45216110-8** - construcții de instituții de ordine publică
- **cod CPV 45215130-7** - construcții de clinici medicale
- **cod CPV 45215140-0** - construcții de unități spitalicești

Pentru contractul propus la cerința minimă privind experiența similară se vor prezenta anexat următoarele documente :

-fișa privind experiența similară-**Formular nr.14**

-copie contract execuție

-copie proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor

-recomandare din partea beneficiarului

-documente doveditoare din care să reiasă valoarea lucrărilor executate, valoarea finală în

LEI și principalele tipuri de lucrări.

În cazul în care contractul propus la cerința minimă privind experiența similară este încheiat exclusiv în euro, valoarea finală în lei al acestuia, în absența documentelor doveditoare din

care să reiasă valoarea finală în lei a lucrărilor executate , se va calcula la cursul leu/euro din data procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor.

În cazul asocierii (**Formular nr 11**) cerința minimă se va considera îndeplinită în mod cumulativ, luându-se în calcul câte un singur contract de la fiecare asociat, respectând proporționalitatea stabilită prin Acordul de asociere.

În cazul în care respectivul ofertant prezintă mai multe contracte ca și experiență similară , în calculul cerinței minime privind "experiența similară" se va lua contractul cu cea mai mare valoare care respectă cumulativ condițiile prezentate mai sus .

Nu se acceptă lucrări de consolidări, reparații sau acelea a căror structură de rezistență este metalică,cu excepția blocurilor realizate pe structură metalică."

La 29.10.2009, autoritatea a postat în SEAP următoarea clarificare: "**În cazul asocierii (Formular nr 11) cerinta minima privind experienta similara se va considera îndeplinita în mod cumulativ, luându-se în calcul câte un singur contract de la fiecare asociat."**

În analiza contestației consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a documentației de atribuire și a clarificării, acestea s-a consolidat forța obligatorie a acestora atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici interesați în participarea la procedura de atribuire. Dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința conținutului documentației sau al clarificărilor postate de autoritate, operatorii economici trebuiau să îl conteste înainte de expirarea termenului legal de cinci zile de la luarea la cunoștință, iar nu să aștepte rezultatul procedurii pentru a îi reclama nelegalitatea. Prin întocmirea și depunerea propriei oferte în baza documentației și clarificării publicate de autoritate, SC ■ SRL a acceptat tacit și a dat eficiență tuturor clauzelor din respectiva documentație și clarificare, inclusiv a cerinței pe care acum o apreciază (tardiv) drept nelegală.

Orice critică față de documentație/clarificări după așteptarea comunicării unui rezultat al procedurii, constatată a îi fi defavorabil, este vădit tendențioasă. Prin urmare, la acest moment nu pot fi primite critici vizavi de documentație sau clarificarea publicate.

Din documentele de la dosarul cauzei reiese că ofertanta reclamantă nu a cerut autorității (și nici nu a contestat), în prealabil sau ulterior depunerii ofertei sale, vreo clarificare în legătură cu cerința privind experiența similară, acceptând așadar redactarea și utilizarea acesteia în forma primită.

Art. 170 din ordonanță dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Dacă existau obiecții asupra conținutului acesteia, operatorii economici trebuiau să îl conteste înainte de expirarea termenului legal, cum s-a afirmat mai sus.

În baza art. 34 alin. (1), art. 37 alin. (2), art. 72 alin. (2) lit. b) și art. 82 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

- comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, de către fiecare ofertant în parte;

- oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire.

În aceeași direcție, art. 200 din ordonanță dispune că 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.

Din cele evocate este evident că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele de calificare din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate).

Pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară a executantului, asocierea SC ■ SRL - SC ■ SA - SC ■ SRL - SC ■ SRL a inclus în propria ofertă următoarele contracte și acte adiționale:

a) SC ■ SRL:

- contractul de lucrări nr. ■/21.08.2007 "extindere și modernizare laborator sanitar veterinar", cu valoarea de 2.929.338,99 lei, plus TVA;

- actul adițional nr. 9 la contractul de lucrări nr. 884/21.08.2007, de modificare a prețului la 4.735.058,68 lei, inclusiv TVA;

- proces-verbal de recepție și recomandare aferente contractului de lucrări nr. ■/21.08.2007, pentru suma de 4.979.698,84 lei, cu TVA, deci fără TVA 4.184.620 lei (cât a calculat și autoritatea contractantă);

b) SC ■ SA nu a depus niciun contract privind experiența similară;

c) SC ■ SRL:

- contract de lucrări nr. ■/29.03.2004 "Centrul de educație, învățământ și cultură ■", cu valoarea de 1.053.635 lei, fără TVA;

- actul adițional din 18.11.2004 de majorare a valorii contractului nr. ■/29.03.2004 cu 401.564 lei, cu TVA (337.449 lei, fără TVA);

- actul adițional din 16.02.2005 de majorare a valorii contractului nr. ■/29.03.2004 cu 256.151 lei, cu TVA (215.259 lei, fără TVA);

- actul adițional din 21.04.2005 de majorare a valorii contractului nr. ■/29.03.2004 cu 987.373 lei, cu TVA (829.726 lei, fără TVA), rezultând așadar că valoarea totală a contractului a devenit 2.436.063 lei, fără TVA (cât a calculat și autoritatea contractantă).

Separat de contractul de lucrări nr. ■/29.03.2004, SC ■ SRL a depus și un alt contract, cu nr. ■/27.05.2005, pentru valoarea de 671.131 lei, fără TVA, suplimentată prin actul adițional din 11.08.2005 cu 1.564.104 lei, fără TVA, rezultând o valoare totală de 2.235.235 lei, fără TVA, deci mai mică decât cea a contractului de lucrări nr. ■/29.03.2004, de 2.436.063 lei, fără TVA.

Cum s-a arătat mai sus, autoritatea a prevăzut expres în fișa de date și în clarificarea publicată în SEAP:

"În cazul asocierii (Formular nr 11) cerința minimă se va considera îndeplinită în mod cumulativ, luându-se în calcul câte un singur contract de la fiecare asociat [...].

În cazul în care respectivul ofertant prezintă mai multe contracte ca și experiență similară, în calculul cerinței minime privind "experiența similară" se va lua contractul cu cea mai mare valoare [...].

În cazul asocierii (Formular nr 11) cerința minimă privind experiența similară se va considera îndeplinită în mod cumulativ, luându-se în calcul câte un singur contract de la fiecare asociat."

Date fiind aceste condiții, necontestate anterior de niciunul dintre ofertanți, în mod corect autoritatea a luat în considerare pentru oferta asocierii contestatoarei contractul de lucrări nr. ■/21.08.2007, cu valoarea finală de 4.184.620 lei, fără TVA, și contractul de lucrări nr. ■/29.03.2004, cu valoarea finală de 2.436.063 lei, fără TVA, care însumate ajung la 6.620.683 lei, fără TVA, mai mică decât pragul impus, de 7.024.175 lei, exclusiv TVA.

Întrucât prin înscrierile din oferta sa asocieria contestatoarei nu a dovedit îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, astfel cum a fost formulată de autoritate, ofertei în referință îi sunt incidente prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 și cele ale art. 81 din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), motiv pentru care decizia de respingere a ofertei este una legală și temeinică.

Argumentul contestatoarei, precum că cele două contracte ale SC ■ SRL privesc același obiectiv de investiții și, prin urmare, valorile lor trebuiau însumate, nu este unul judicios. Autoritatea contractantă a specificat clar că, pentru fiecare ofertant asociat se ia în considerare un singur contract, respectiv cel cu valoarea cea mai mare, nu două sau mai multe contracte, chiar dacă ele privesc același obiectiv. În documentația de atribuire nu se face nicio distincție în funcție de contracte cu același obiectiv de lucrări și contracte cu obiective de lucrări diferite, drept pentru care nici ofertanții nu pot să facă o astfel de distincție. Nici raționamentul că autoritatea avea obligația de cere completarea ofertei cu contracte din partea SC ■ SA nu este corect, neexistând prevăzută această obligație.

Relativ la aspectul că, prin desemnarea câștigătoare a ofertei concurente a SC ■ SRL - SC ■ SRL, autoritatea încalcă principiul eficienței utilizării fondurilor publice, art. 13 alin. (1) din Hotărârea Guvernului dispune că: "în cazul în care criteriul utilizat este «prețul cel mai scăzut», astfel cum este prevăzut la art. 198 alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează numai prin compararea prețurilor prezentate în cadrul

ofertelor *admisibile* [...]", însă, astfel cum s-a constatat mai sus, oferta asocierii contestatoarei nu este admisibilă, iar prețul mai scăzut al unei oferte inadmisibile, cum este cea a contestatoarei, nu prezintă relevanță.

În considerarea celor menționate, constatând că nu există motive pentru anularea declarării inacceptabile a ofertei asocierii contestatoarei și a raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii, precum și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ■ SRL nr. ■/24.12.2009, în contradictoriu cu ■.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în trei exemplare, conține 9 (nouă) file