

DECIZIE
BO2010_0643
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/19.01.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/19.01.2010, depusă de către SC ■ SRL, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■, împotriva documentației de atribuire emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de licitație restrânsă accelerată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Îmbunătățirea infrastructurii de apă și apă uzată în localitățile ■”, cod CPV 45232400-6, 45232150-8, 45232431-2, 45252100-9, s-a solicitat suspendarea procedurii și revizuirea documentației de atribuire.

Prin contestația nr. ■/27.01.2010 înregistrată la CNSC sub nr. ■/27.01.2010, depusă de către ■ SRL, cu sediul în ■ și sediu de corespondență ales ■, având CUI ■, împotriva anunțului de participare nr. ■/15.01.2010 și a documentației de atribuire emise de ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de licitație restrânsă accelerată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Îmbunătățirea infrastructurii de apă și apă uzată în localitățile ■”, cod CPV 45232400-6, 45232150-8, 45232431-2, 45252100-9, s-a solicitat în principal, anularea procedurii de achiziție publică în cauză, iar, în subsidiar, stabilirea unor criterii minime de calificare și selecție în conformitate cu prevederile legale.

În temeiul art. 273 al. 1 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, cele două contestații au fost conexe.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației formulate de ■ SRL, invocată de către autoritatea contractantă.

Respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de ■ SRL, în contradictoriu cu ■.

Admite excepția lipsei de interes a contestației formulate de SC ■ SRL, invocată de către autoritatea contractantă.

Respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

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

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:

SC ■ SRL a formulat contestație împotriva documentației de atribuire emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă accelerată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Îmbunătățirea infrastructurii de apă și apă uzată în localitățile ■”, cod CPV 45232400-6, 45232150-8, 45232431-2, 45252100-9, solicitând suspendarea procedurii și revizuirea documentației de atribuire.

Contestatorul precizează că în documentația de atribuire, la cap. II.1.5, la estimarea valorii contractului se iau în calcul posibile viitoare lucrări, în condițiile în care la procedura se licitează doar componenta a1) a lucrării în cauză în valoare de 15.190.896 lei. Astfel, contestatorul apreciază că acest aspect conduce la introducerea, pentru etapa I, a unor condiții de calificare discriminatorii.

În același sens, arată că autoritatea contractantă a solicitat prezentarea pentru demonstrarea experienței similare a unui contract în valoare de 30.000.000 lei, valoare disproporționată în raport cu lucrarea care urmează să fie atribuită.

De asemenea, contestatorul consideră că și cuantumul garanției de participare este exagerat în raport cu valoarea componentei lucrării ce urmează a fi atribuită.

Contestatorul consideră că și condițiile de selectare a candidaturilor, precum și criteriul de atribuire stabilit de către autoritatea contractantă sunt de natură a încălca principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Având în vedere cele anterior expuse, contestatorul solicită revizuirea și modificarea caietului de sarcini astfel încât să nu fie afectat dreptul operatorilor economici de a participa la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică în cauză.

■ SRL a formulat contestație împotriva anunțului de participare nr. ■/15.01.2010 și a documentației de atribuire emise de ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă accelerată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Îmbunătățirea infrastructurii de apă și apă uzată în localitățile ■”, cod CPV 45232400-6, 45232150-8, 45232431-2, 45252100-9, solicitând, în principal, anularea procedurii de achiziție publică în cauză, iar, în subsidiar, stabilirea unor criterii minime de calificare și selecție în conformitate cu prevederile legale.

Contestatorul apreciază că cerințele minime impuse de autoritatea contractantă privind personalul candidatului pentru execuția lucrărilor, precum și cele privind dotarea tehnică, sunt de natură să încalce dispozițiile art. 188 al. 3 pct. b, c, d și f din OUG 34/2006, ceea ce duce la discriminarea și restricționarea participării la procedura de atribuire a ofertanților interesați.

Totodată, consideră că autoritatea contractantă a stabilit criteriile de selecție în baza cărora se va realiza selecția candidaților pentru etapa următoare, cu nerespectarea dispozițiilor art. 85 al. 2 din actul normativ antemenționat.

În același sens, contestatorul apreciază că cerința privind cifra medie de afaceri de cel puțin 60.000.000 lei, stabilită la cap. V.3 Situația economico-financiară, și modul de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare „cifra medie de afaceri”, unde autoritatea contractantă acordă 30 de puncte pentru o valoare a cifrei medii de afaceri pe ultimii 3 mai mare de 150.000.000 lei, sunt de natură a încălca dispozițiile art. 9 al. (1) din H.G. 925/2006.

De asemenea, contestatorul precizează că legislația în vigoare privind atribuirea contractelor de achiziție publică nu face referire la numărul maxim de candidați care pot fi selectați pentru etapa următoare de selecție în cadrul unei proceduri de atribuire care se desfășoară prin licitație restrânsă accelerată.

Prin urmare, având în vedere cele anterior expuse, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea criteriilor de selecție, cu respectarea principiilor tratamentului egal, nediscriminării și proporționalității, permițând astfel accesul liber tuturor operatorilor economici interesați de procedura de achiziție publică în cauză.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ■/21.01.2010 înregistrată la CNSC sub nr. ■/27.01.2010, ■, în calitate de autoritate contractantă, referitor la contestația formulată de SC ■ SRL, solicită pe cale de excepție, respingerea contestației ca fiind introdusă de o persoană fără capacitate de exercițiu și fără interes, iar pe fond, respingerea acestei ca netemeinică.

Autoritatea contractantă arată că potrivit informațiilor furnizate de către ORC de pe lângă Tribunalul ■, conform adresei nr. ■/20.01.2010, activitatea societății contestatoare este suspendată de la 31.05.2009 până la 30.05.2010. Așadar, precizează că pe perioada suspendării activității, contestatorul nu poate să exercite drepturile, nu poate să-și asume obligațiile și nici nu poate participa la o procedură de achiziție publică, nu poate să încheie contracte de orice fel, astfel că nu poate nici să formuleze contestație.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că societatea contestatoare nu are niciun interes legitim care să fie vătămat prin faptul că s-a stabilit condiția de calificare referitoare la cifra de afaceri pentru suma maximă admisă de art. 9 lit. b) din HG 925/2006. În acest sens, arată că și în condițiile în care cuantumul acesteia s-ar

reduce, contestatorul tot nu ar putea participa la procedură, din motivele anterior expuse. Mai arată că în perioada suspendării activității, autoritatea contractantă nu poate vătămă sub nicio formă vreun interes legitim al contestatorului, prin simplul fapt că acesta nu poate să aibă niciun fel de interes.

Totodată, referitor la capătul de cerere privind suspendarea procedurii, autoritatea contractantă îl apreciază ca inadmisibil, subliniind faptul că soluțiile pe care le poate da CNSC sunt expres și limitativ prevăzute de art. 278 și urm. din OUG 34/2006, iar suspendarea procedurii nu figurează printre acestea.

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă arată că, ulterior atribuirii contractului inițial, a cărui valoare estimată este de 15.190.896 lei, fără TVA, intenționează să utilizeze procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, aplicând art. 122 lit. j) din OUG 34/2006. Astfel, precizează că una din condițiile aplicării acestei proceduri este ca valoarea estimată a contractului inițial să fie determinată prin luarea în considerare inclusiv a lucrărilor similare care pot fi achiziționate ulterior.

Autoritatea contractantă afirmă că valoarea estimată totală a contractului este în sumă de 30.000.000 lei, alcătuită din două componente, respectiv componenta a1) – valoarea estimată a lucrărilor necesare îmbunătățirii infrastructurii de apă și apă uzată în localitățile ■, în sumă de 15.190.896 lei, și componenta a2) – valoarea estimată a lucrărilor similare necesare îmbunătățirii infrastructurii de apă și apă uzată în celelalte localități aparținătoare orașului, care pot fi atribuite ofertantului câștigător, în următorii 3 ani, conform art. 122 lit. j) din OUG 34/2006, în sumă de 14.809.104 lei, fără TVA.

Așadar, autoritatea contractantă arată că toate condițiile de calificare sunt stabilite la limita maximă admisă de lege, având în vedere complexitatea acestui contract de lucrări.

În ceea ce privește factorii de evaluare, autoritatea contractantă menționează că a respectat principiul utilizării eficiente a banilor publici, acordând prețului o pondere de 50%, iar ceilalți factori de evaluare au fost stabiliți cu respectarea art. 199 al. (2) și (3) din OUG 34/2006.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ■/28.01.2010 înregistrată la CNSC sub nr. ■/28.01.2010, ■, în calitate de autoritate contractantă, referitor la contestația formulată de ■ SRL solicită respingerea acesteia ca tardiv introdusă.

În acest sens arată că documentația de atribuire contestată a fost publicată în SEAP la 15.01.2010, astfel că, ținând cont de dispozițiile art. 256² al. (1) din OUG 34/2006, contestația putea fi depusă până la 25.01.2010. Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că depunerea contestației în 27.01.2010, înregistrată la sediul său sub nr. ■/27.01.2010, este tardiv introdusă.

În ceea ce privește fondul contestației depusă de ■ SRL, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia, susținând că în cauză, au fost respectate prevederile legale în vigoare referitoare la stabilirea criteriilor de calificare.

Prin adresa nr. ■/27.01.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/27.01.2010, SC ■ SRL formulează concluzii scrise la punctul de vedere comunicat de autoritatea contractantă referitor la contestația depusă.

Contestatorul menționează că dreptul de a contesta aparține oricărui contribuabil, neputând fi îngădit pe criterii de putere, potență financiară sau interes.

De asemenea, arată că autoritatea contractantă avea obligația respectării dispozițiilor legale la întocmirea documentației de atribuire, reiterând totodată cele precizate în contestația formulată.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație restrânsă accelerată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Îmbunătățirea infrastructurii de apă și apă uzată în localitățile ■”, cod CPV 45232400-6, 45232150-8, 45232431-2, 45252100-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ■ din data de ■.01.2010, criteriul de atribuire stabilit fiind “oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Având în vedere prevederile art. 278 al. (1) din OUG 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității invocată de către autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere depus în cadrul dosarului.

■ SRL contestă anunțul de participare nr. ■/■.01.2010 și documentația de atribuire publicate în SEAP la data de ■.01.2010, contestația fiind transmisă CNSC, atât prin fax, cât și prin poștă în 27.01.2010.

În conformitate cu dispozițiile imperative ale art. 271 al. (1) din OUG 34/2006, modificată și completată, „sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256² (...)”.

Potrivit prevederilor art. 256² al. (1) lit. a) din actul normativ antemenționat, și anume „persoana vătămată poate sesiza CNSC sau, după caz, instanța judecătorească competentă în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, (...) despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 al. 2”, iar în

conformitate cu al. (2) al aceluiași articol „în cazul în care cererea prevăzută la al. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP (...), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică de lucrări care face obiectul contestației, este, potrivit art. II.2.2) din anunțul de participare nr. ■ publicat în SEAP în ■.01.2010, de 30.000.000 lei, prin urmare mai mare decât valoarea de 5.000.000 euro prevăzută la art. 55 al. 2 lit. c din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Luând în considerare data de 15.01.2010, data transmiterii contestației la Consiliu și calculând termenul legal în care contestatorul putea înainta contestația, ținând cont de dispozițiile art. 256² al. (1) din OUG 34/2006 și de cele ale art. 297 din aceeași ordonanță, coroborat cu prevederile art. 101 din Codul de procedură civilă care dispun că „termenele se înțeleg pe zile libere, neintrând în socoteală nici ziua când a început, nici ziua când s-a sfârșit termenul”, se constată că, în speță, contestația nu a fost transmisă, la Consiliu, în termenul legal prevăzut de legislația în vigoare, urmând a fi respinsă ca tardiv introdusă.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a SC ■ SRL de a formula contestația, invocată de autoritatea contractantă în cadrul punctului său de vedere depus la dosar Consiliul reține faptul că potrivit prevederilor art. 255 al. (1) din OUG 34/2006 „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”.

Față de aceste aspecte coroborat cu al. (2) din articolul antemenționat rezultă „ipso facto” că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliul, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții astfel el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestațiilor să aparțină celui care recurge la formularea contestației și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care

este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că prin declanșarea unei procedurii de soluționare a contestației nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu ale acțiunii de a contesta.

De asemenea Consiliul reține faptul că în literatura de specialitate se precizează că interesul este actual, în sensul că dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit nu poate fi luat în considerare.

Din actele depuse la dosar, respectiv furnizarea de informații nr. ■/20.01.2010 emisă de Ministerul Justiției – ORC de pe lângă Tribunalul ■ rezultă că ■ SRL are activitatea întreruptă temporar „din 31.05.2009 până la 30.05.2012. Nu există pe flux o înregistrare în curs de soluționare”.

Rezultă astfel că societatea contestatoare, prin întreruperea temporară a activității și-a manifestat unilateral intenția de a opri desfășurarea/derularea oricărei activității pe o anumită perioadă de timp.

Consiliul reține faptul că la dosarul cauzei, nu a fost niciun înscris din care să rezultă manifestarea de voință a contestatorului de a relua desfășurarea activității.

Mai mult potrivit prevederilor art. 181 lit. a) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură orice ofertant care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) afacerile îi sunt suspendate.

În aceste condiții este evident că societatea contestatoare nu a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire actul autorității contractante criticat de către aceasta, deși de natură să producă efecte juridice operatorilor economici, nu este de natură a-i fi produs contestatorului un prejudiciu nici în trecut nici în prezent și nici în viitor, prin urmare nu este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim al contestatoarei ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice așa cum dispune art. 255 al. 1 din OUG 34/2006, deci contestatoarea nu îndeplinește condiția de parte vătămată, soluția ce ar urma a fi pronunțată referitor la oferta unui terț, neavând deci nici o influență asupra raporturilor dintre contestatoare și autoritatea contractantă.

În raport de cele reținute mai sus, Consiliul urmează să admită excepția invocată de către autoritatea contractantă cu privire la contestația depusă de SC ■ SRL

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. (1) și (5) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de către ■ SRL și ca lipsită de interes contestația formulată de către SC ■ SRL ambele în contradictoriu cu ■.

Fără pronunțare asupra fondului contestațiilor formulate de ■ SRL și de SC ■ SRL

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU

■

MEMBRU

■

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (OPT) file.