

DECIZIE
BO2010_0887
Data: ■.2010

Prin contestația fără număr transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliu sub nr. ■/03.12.2009 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ■/03.12.2009, formulată de SC ■ SA, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, având CUI ■, și sediul procesual ales la SCA. „■” în ■, împotriva documentației de atribuire, elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin dialog competitiv, a contractului de achiziție publică de proiectare și execuție având ca obiect „Acțiune de rebranding pentru agențiile deținute în proprietate de ■ SA” cod CPV 45262600-7; 71220000-6, organizată de autoritatea contractantă ■ SA, cu sediul în ■, s-a solicitat anularea procedurii.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Respinge contestația formulată SC ■ SA, cu sediul în ■ și sediul procesual ales la SCA. „■” în ■, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■ SA, cu sediul în ■ și dispune continuarea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. (3) din OUG 34/2006, aprobată prin Legea 337/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

Prin contestația fără număr transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliu sub nr. ■/03.12.2009 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ■/03.12.2009, formulată de SC ■ SA prin SCA. „■” în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■ SA, în cadrul procedurii de atribuire, prin dialog competitiv, a contractului de achiziție publică de proiectare și execuție având ca obiect „Acțiune de rebranding pentru agențiile deținute în proprietate de ■ SA” cod CPV 45262600-7; 71220000-6, s-a contestat documentația de atribuire și s-a solicitat anularea procedurii.

În susținerea contestației sale, SC ■ SA arată că obiectul contractului de achiziție publică „include elaborare concept agenție, proiectare (spațiu agenții, mobilier și alte dotări) și realizarea (execuție lucrări) rebranding agenții proprii inclusiv firme luminoase și pastile luminoase, în fișa de date a achiziției, la cap. V.2 Capacitatea de exercitare a activității profesionale, se solicită ofertanților să aibă în obiectul de activitate coduri CAEN pentru proiectare și pentru execuție,

iar la cap. V.4. Capacitatea tehnică și/sau profesională, se solicită dovada finalizării a 2 contracte de lucrări de construcții obiective similare, a căror valoare însumată să fie de minim 100.000.000 lei fără TVA. Contestatoarea consideră aceste cerințe „ca fiind de natură să aducă atingere prevederilor art. 2 din OUG 34/2006 în sensul că se încalcă promovarea, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici” prin faptul că deși obiectul principal al contractului de achiziție publică îl constituie activitatea de creație, „se solicită candidaților să facă dovada că desfășoară în special activități de execuție lucrări de construcții și că beneficiază de experiență similară exclusiv în acest domeniu”.

Contestatoarea consideră că prin includerea în obiectul contractului a două tipuri diferite de activități „esențialmente diferite (creație și execuție) se obligă practic candidații să participe la procedura de atribuire în asociere” întrucât că este „puțin probabil ca un executant de lucrări de construcții să fie în același timp arhitect și designer” și susține că în acest fel se restricționează accesul operatorilor economici la procedură.

Contestatoarea consideră ca fiind „nelegală alegerea procedurii de tip dialog competitiv pentru atribuirea unui contract de achiziție publică care are ca obiect execuția de construcții”, invocând dispozițiile art. 94 din OUG 34/2006. Astfel, susține că nu sunt îndeplinite condițiile legale prevăzute pentru organizarea unei astfel de proceduri, întrucât aceasta nu poate fi aplicată pentru atribuirea unui contract care are ca obiect execuția de lucrări de construcții pentru care trebuia organizată o procedură separată. Contestatoarea consideră că „dialogul competitiv trebuia să privească exclusiv partea de elaborare concept agenție din contractul de achiziție publică”.

În ceea ce privește factorii de evaluare: punctajul financiar, cu o pondere de 40% și punctajul tehnic, cu o pondere de 60%, stabiliți de autoritatea contractantă, contestatoarea consideră că proporția stabilită pentru aceștia „este de natură să încalce principiul eficienței utilizării fondurilor publice” deoarece ponderea acordată prețului „este mult prea redusă pentru a determina selecția celei mai avantajoase oferte din punct de vedere economic”. Contestatoarea invocă în susținerea sa prevederile Ordinului ANRMAP nr.155/2006 și consideră că alegerea factorilor de evaluare de către autoritatea contractantă nu trebuie exercitată abuziv.

Contestatoarea consideră că „informațiile din fișa de date a achiziției referitoare la factorul de evaluare „Elaborare concept agenție” sunt insuficiente pentru o evaluare obiectivă a ofertelor” deoarece „nu se poate determina ce criterii vor fi avute în vedere de către fiecare membru al comisiei de evaluare pentru acordarea punctelor de la 0 la 45”, încălcându-se astfel dispozițiile art. 199 al. (3) și ale art. 33 al. (2) din OUG nr. 34/2006.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea SC ■ SA prin SCA. „■” a depus, în copie, un set de documente.

Autoritatea contractantă a înaintat, în copie, cu adresa nr. ■/12.02.2010, înregistrată la Consiliu sub nr. ■/12.02.2010, dosarul achiziției, și a formulat un punct de vedere privitor la contestația depusă, prin care arată că obiectul contractului este complex și constă în desfășurarea mai multor activități principale printre care: prestarea serviciilor de creație și elaborare a conceptului pentru o agenție ■ standard (etalon); prestarea serviciilor de proiectare a tuturor elementelor componente, respectiv proiectarea spațiului agenției, a mobilierului, incintei de joc și celorlalte dotări; executarea lucrărilor de construcție și instalațiile aferente, constând în amenajarea interioară și exterioară a fiecărei agenții ■ etalon; executarea și instalarea firmelor luminoase, inclusiv pastile luminoase. Autoritatea contractantă susține astfel că obiectul principal al contractului „nu este reprezentat de activitatea de creație”, aceasta fiind doar una dintre activitățile ce se vor desfășura, contractul fiind „de lucrări publice”, ponderea cea mai mare având-o activitățile de executare a lucrărilor și instalațiilor aferente, acesta fiind motivul pentru care „experiența similară solicitată avută în vedere a fost în principal pentru contracte de lucrări”.

Referitor la critica contestatoarei privind includerea în obiectul de activitate a două tipuri de activități diferite, autoritatea contractantă arată că „a dorit ca acțiunea de rebranding să beneficieze de o abordare unitară atât în ceea ce privește activitatea de creație, cât și activitatea de executare a lucrărilor în baza soluției identificate, pentru a beneficia de unitate de viziune și acțiune” și susține că a solicitat candidaților să aibă în obiectul de activitate anumite coduri CAEN, raportat la obiectul principal al contractului.

Autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 176 al. 1 din OUG 34/2006 în susținerea dreptului său de a stabili criteriile de calificare și selecție și dispozițiile art. 45 al. (1) din HG 925/2006 care prevăd dreptul ofertantului de a subcontracta o parte din contract în cazul în care nu poate îndeplini contractul în calitate de contractant unic.

Referitor la alegerea procedurii de atribuire a contractului, autoritatea contractantă arată că această activitate este de competența sa „în baza principiului asumării răspunderii reglementat de art. 2 al. (2) lit. g) din OUG 34/2006” și susține că sunt îndeplinite condițiile legale prevăzute pentru alegerea acestei proceduri. Astfel, complexitatea obiectului contractului este dată atât de desfășurarea unor activități aflate în conexiune: elaborarea conceptului, proiectarea tuturor elementelor componente interioare și exterioare și executarea lucrărilor, cât și de anvergura lucrării, care cuprinde 932 de agenții ■ care se află amplasate pe întreg teritoriul României. De asemenea, autoritatea contractantă arată că a ales dialogul competitiv întrucât prin licitație deschisă sau restrânsă nu ar fi fost posibilă atribuirea unui contract care presupune și o parte de creație și de proiectare a tuturor

elementelor care alcătuiesc o agenție ■ standard, iar pe de altă parte, după cum se precizează în fișa de date a achiziției, cantitățile de lucrări sunt orientative, fiind adaptate soluției identificate în cadrul etapei a doua a dialogului competitiv și având în vedere că acțiunea de rebranding se desfășoară pentru 932 agenții ■, care au suprafețe diferite și sunt amenajate în prezent în mod neunitar.

Autoritatea contractantă arată că a ales dialogul competitiv deoarece la momentul lansării procedurii „nu a putut stabili cu exactitate montajul tehnic, financiar și juridic de implementare a proiectului”, pentru care, în etapa a doua a procedurii, se vor discuta opțiunile fiecărui ofertant, în funcție de soluția propusă, astfel încât să corespundă necesităților autorității contractante.

În legătură cu ponderilor stabilite pentru cei doi factori de evaluare, autoritatea contractantă susține că invocarea prevederilor Ordinului ANRMAP nr. 155/2006 „este neinspirată” întrucât pe de o parte aceste reglementări aveau titlu de recomandare, iar pe de altă parte au fost abrogate prin Ordinul nr. 80/2009 emis de ANRMAP. Cât despre stabilirea ponderilor relative ale factorilor de evaluare, autoritatea contractantă susține că „nu există vreo condiționare ori vreo limitare legală în ceea ce privește raportul sub care să se regăsească factorul financiar față de factorul tehnic”, prin stabilirea acestor ponderi nefiind încălcat principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

Cât despre modul de acordare a punctajului tehnic, autoritatea contractantă arată că, așa cum a stabilit în cap.VII din fișa de date a achiziției, acesta se acordă pe baza a trei factori de evaluare: „Elaborare concept agenție”, „Termen de proiectare și execuție a lucrărilor” și „Termen de garanție”, pentru care au fost stabilite ponderi relative. Pentru ultimii doi factori enumerați, autoritatea contractantă a stabilit și un algoritm de calcul întrucât natura acestora a permis definirea unui astfel de algoritm. În ceea ce privește factorul de evaluare „Elaborare concept agenție”, autoritatea contractantă a precizat în documentația de atribuire aspectele principale care vor fi analizate și punctate cu obiectivitate de către membrii comisiei de evaluare, nefiind în măsură să stabilească un algoritm de calcul precis, întrucât „activitatea de elaborare a conceptului este în principal o activitate creativă, nuanțată, iar soluțiile ce se vor prezenta, cu respectarea specificațiilor din documentația descriptivă, pun totuși accentul pe viziunea proprie a fiecărui ofertant”, respectând astfel prevederile art. 199 al. (1) teza II din OUG nr.34/2006.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire, prin dialog competitiv, a contractului de achiziție publică de proiectare și

execuție având ca obiect „Acțiune de rebranding pentru agențiile deținute în proprietate de SA” cod CPV 45262600-7; 71220000-6, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ■/■.11.2009, stabilind data deschiderii ofertelor la 22.12.2009 și criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Consiliul reține că autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de dialog competitiv pentru atribuirea unui contract de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile art. 94 din OUG 34/2006, « dacă se îndeplinesc, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) contractul în cauză este considerat a fi de complexitate deosebită;

b) aplicarea procedurii de licitație deschisă sau restrânsă nu ar permite atribuirea contractului de achiziție publică în cauză », iar conform dispozițiilor art. 95 din OUG 34/2006: « În sensul prevederilor art. 94 lit. a), contractul de complexitate deosebită este considerat acel contract de achiziție publică pentru care autoritatea contractantă nu este, în mod obiectiv, în măsură:

a) să definească specificațiile tehnice capabile să îi satisfacă necesitățile și exigențele; și/sau

b) să stabilească montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare a proiectului».

În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, cap. II.2.2. Obiectul contractului, „executantul va realiza lucrări de proiectare concept standard de agenție care să creeze o locație de vânzare modernă, proiectare și execuție lucrări”, iar în Documentația descriptivă se precizează că soluția care urmează a fi prezentată de candidații selectați, pentru fiecare dintre cele 3 tipuri de agenții (tip A = până la 50 m², tip B = între 50 și 100 m² și tip C = peste 100 m²) va cuprinde: elaborare concept agenție, proiectare spațiu agenții, mobilier și alte dotări, realizarea de lucrări de construcții și instalații, dotări și mobilier, inclusiv firme luminoase, pastile luminoase și perechi de pastile, pentru un număr de 932 unități. De asemenea, în fișa de date a achiziției, la capitolul II.2.1. Total cantități/ prestații servicii/ lucrări, se precizează: „cantitățile prezentate în documentația descriptivă sunt orientative, acestea fiind adaptate în conformitate cu soluția selectată în urma dialogului competitiv”.

Având în vedere cele reținute, Consiliul constată că într-adevăr obiectul contractului care urmează a fi atribuit este de o complexitate deosebită, întrucât autoritatea contractantă, deși a prezentat în documentația descriptivă „o descriere a necesităților, obiectivelor și constrângerilor” care trebuie avute în vedere de candidați la elaborarea soluției, așa cum prevăd dispozițiile art. 105 al.(1) din OUG 34/2006, nu a putut defini nici specificațiile tehnice de natură să-i satisfacă necesitățile și exigențele, nici aspecte financiare și juridice ale viitorului contract, acestea urmând a face obiectul etapei a doua a procedurii, în cadrul căreia se vor discuta „opțiunile referitoare la aspectele tehnice,

mod de rezolvare a unor probleme legate de cadrul juridic, precum și orice alte elemente ale viitorului contract”, după cum se precizează în fișa de date a achiziției. Ca urmare, este evidentă imposibilitatea atribuirii contractului prin procedura de licitație deschisă sau licitație restrânsă, în condițiile în care este evidentă interdependența dintre activitățile ce urmează a fi îndeplinite, astfel încât Consiliul va reține corecta alegere, de către autoritatea contractantă, a procedurii de dialog competitiv pentru atribuirea acestui contract, iar din acest punct de vedere contestația formulată apare ca neîntemeiată.

În ceea ce privește restrângerea participării la procedură prin solicitarea prezentării de lucrări similare având ca obiect execuția de lucrări, Consiliul reține că în conformitate cu prevederile art. 8 al. 1 din HG 925/2006: „Autoritatea contractanta 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 să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit. ». Față de aceste dispoziții, solicitarea prevăzută în fișa de date a achiziției la cap. V.4. Capacitatea tehnică și/sau profesională, de a prezenta 2 contracte de lucrări de construcții pentru obiective similare, respectiv lucrări de construcții și amenajări spații cu destinație comercială, a căror valoare însumată să fie de minim 100.000.000 lei fără TVA, este relevantă în raport cu natura și complexitatea contractului, al cărui obiect cuprinde „lucrări de proiectare concept standard de agenție care să creeze o locație de vânzare modernă, proiectare și execuție lucrări” și nu este disproporționată, în sensul prevederilor art. 9 lit.a) din HG 925/2006 : « În sensul prevederilor art. 8 al. (1), se prezumă că cerințele minime de calificare sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, dacă se impune îndeplinirea unor condiții cum ar fi:

a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit », având în vedere valoarea estimată fără TVA de 118.054.148 lei a contractului ce urmează a fi atribuit.

De asemenea, faptul că s-a cerut experiență similară numai pentru acea parte a contractului care reprezintă valoarea cea mai mare și nu pentru proiectarea ce ar urma să se realizeze pe baza unui concept ce urmează a fi definit, face încă o dată dovada că nu s-au prevăzut cerințe care să restrângă participarea. Totodată faptul că sunt necesare mai multe genuri de activități, nu înseamnă că este

obligatorie participarea ca ofertant la acesată procedură exclusiv în asociere, în condițiile în care legea permite subcontractarea, iar în temeiul dispozițiilor art. 11 al. (7) din HG 925/2006, resursele subcontractanților sunt luate în considerare pentru îndeplinirea cerințelor de calificare. În sensul celor reținute mai sus, critica privind restrângerea participării apare ca neîntemeiată.

Referitor la factorii de evaluare stabiliți de autoritatea contractantă, Consiliul reține că în conformitate cu dispozițiile art.15 al.(3) din HG 925/2006, « Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ ce poate fi punctat; sau

b) quantumul valoric al avantajelor de natura financiara pe care ofertantii le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerintele minime prevazute în caietul de sarcini ».

Astfel, prin stabilirea acordării de 60 pct, din punctajul maxim de 100 pct, pentru oferta tehnică, autoritatea contractantă a considerat că aceasta reprezintă un avantaj calitativ ce poate fi punctat mai mult decât oferta financiară, iar stabilirea acestui punctaj nu este de natură să încalce în niciun fel prevederile al. (2) ale articolului citat mai sus, care dispun că « Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractanta nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legatura directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractanta îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv ». Nici invocarea dispozițiilor Ordinului ANRMAP nr. 155/2006 nu este în măsură să susțină criticile contestatoarei, întrucât prevederile acestuia, în perioada cât a fost în vigoare, erau orientative, fără a avea putere de lege, astfel că din acest punct de vedere contestația apare ca fiind neîntemeiată.

Referitor la subfactorul de evaluare „Elaborare concept agenție”, care este unul dintre cele trei componente ale factorului „Oferta tehnică”, Consiliul reține că la capitolul VII. CRITERII DE CALIFICARE din fișa de date a achiziției, paragraful Detalii privind aplicarea algoritmului de calcul pentru adjudecarea ofertei, este prevăzut a se acorda pentru acest subfactor 45 pct din totalul de 60 pct prevăzute pentru oferta tehnică și că într-adevăr pentru acesta nu a fost stabilit un algoritm de calcul al punctajului. Având însă în vedere că, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire citate mai sus, se analizează soluția tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor, care va cuprinde: „descrierea soluțiilor alese, astfel încât să se creeze un ambient interior într-o concepție unitară, adaptarea elementelor de

finisaje exterioare și a elementelor de semnalizare, standardizarea elementelor de mobilier, dotări și finisaje într-un concept unitar”, este evident că punctajul nu se poate acorda decât prin evaluarea efectuată de fiecare membru al comisiei a modului de realizare a soluției tehnice propuse de fiecare candidat, și că autoritatea contractantă a respectat în stabilirea acestui factor dispozițiile art. 199 al. (1) din OUG 34/2006 care prevăd posibilitatea aplicării unor factori de evaluare a căror pondere nu poate fi stabilită cu exactitate, dar pentru care este obligatorie indicarea ordinii descrescătoare a importanței, ceea ce face ca și din acest punct de vedere contestația să apară ca neîntemeiată.

În temeiul celor reținute mai sus și a dispozițiilor art. 278 al. 5 și 6 din OUG 34/2006, Consiliul va respinge contestația ca neîntemeiată și va dispune continuarea procedurii.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactat în 3 exemplare originale, conține 8 (opt) file