

DECIZIE
Nr. ■ BO2011_0050
Data: ■.2011

Prin contestația nr. ■/25.11.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■/26.11.2010, formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, având CUI ■, reprezentată legal prin ■ – Administrator, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă ■, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație restrânsă accelerată”, a contractului de achiziție publică de lucrări având drept obiect: „Reparații capitale, recompartimentări, consolidări, dotări și extindere la ■”, cod CPV 45453000-7, 71220000-6, 33100000-1, s-a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul „formării de loturi individuale, pentru fiecare tip de lucrări și produse” și eliminarea cerinței referitoare la „prezentarea autorizației de livrare eliberată de producător”.

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

DECIDE:

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

Pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, în sensul precizării loturilor aferente, cu posibilitatea ofertării de către operatorii economici participanți a unuia sau a mai multor loturi și eliminarea cerinței de la pct. V.4.4) – pct. 28, astfel cum s-a precizat în motivare, și respectarea, pe întreg parcursul derulării procedurii de atribuire în cauză, a principiilor consacrate de art. 2 al. 2) din ordonanța de urgență.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză cu aplicarea celor precizate anterior, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie obligatorie pentru părți, conform prevederilor art. 280 al. (3) din OUG 34/2006, aprobată prin Legea 337/2006, 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:

Prin contestația nr. ■/25.11.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■/26.11.2010, formulată de SC ■ SRL, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație restrânsă accelerată”, a contractului de achiziție publică de lucrări având drept obiect: „Reparații capitale, reconfigurări, consolidări, dotări și extindere la ■”, cod CPV 45453000-7, 71220000-6, 33100000-1, s-a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul „formării de loturi individuale, pentru fiecare tip de lucrări și produse” și eliminarea cerinței referitoare la „prezentarea autorizației de livrare eliberată de producător”.

În fapt, contestatorul precizează următoarele:

- la Secțiunea a-II-a - Obiectul contractului, pct. II.1.8) din documentația de atribuire, se menționează că atribuirea se face pe „un lot unic”, în condițiile în care realizarea contractului de achiziție publică în cauză implică lucrări de reparații generale și renovare, furnizarea de echipamente medicale și servicii de proiectare arhitecturală;

- deși atribuirea pe loturi este un drept și nu o obligație a autorității contractante, potrivit art. 10 al. (1) din HG 925/2006, în opinia contestatorului, în acest caz, se impune aplicarea normei juridice anterior enunțate, deoarece, în același timp se vor realiza lucrări și se vor furniza echipamente și servicii;

- contestatorul susține că, în mod obiectiv, conform art. 31 din OUG 34/2006, acestea nu pot fi executate de către un singur operator economic; asocierea operatorilor economici, în vederea executării în comun a celor trei operațiuni, reprezintă un drept și nu o obligație, potrivit art. 44. al. (1) din același act normativ;

- față de cele de mai sus, contestatorul afirmă că atribuirea într-un singur lot reprezintă un abuz al autorității contractante, în raport cu dispozițiile art. 2 din ordonanța de urgență, conducând la distorsionarea mediului concurențial, neasigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică;

- de asemenea, la cap. V.4.4), pct. 28 din documentația de atribuire, se prevede obligativitatea prezentării autorizației de livrare „eliberată de producător din care să reiasă denumirea autorității contractante, denumirea și data procedurii pentru care se eliberează autorizația, produsul/produsele pentru care se primește autorizația, confirmarea cantităților solicitate; în cazul în care autorizația este dată de către reprezentanța din România a producătorului, atunci autorizația de livrare va fi însoțită și de autorizația emisă de către producător pentru reprezentanță, cu respectarea tuturor cerințelor de mai sus - original sau copie tradusă și legalizată, valabilă la data depunerii candidaturii”;

- față de această cerință, contestatorul susține că, deși legislația actuală în domeniul achizițiilor publice nu interzice solicitarea prezentării unei autorizări

din partea producătorului sau distribuitorului, autoritatea contractantă trebuie să respecte prevederile art. 2 al. (2) lit. c) și e), art. 177 al. (2), art. 179 din OUG 34/2006, art. 7, art. 8 al. (1) și art. 11 al. (2) din HG 925/2006;

- raportat la prevederile legale amintite mai sus, la eventualele dificultăți care pot fi întâmpinate în obținerea unei autorizații din partea producătorului care participă la procedură, respectiv la Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 131/2006, conform căruia autorizarea pentru livrarea produselor este „un instrument la îndemâna producătorului care, în funcție de propriile interese, sau în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, alege fie să acorde autorizarea în cauză numai unuia dintre distribuitori, discriminându-i astfel pe ceilalți, fie o poate acorda tuturor distribuitorilor, autorizându-i să oferteze loturi diferite de produse; ambele situații fiind de natură să elimine concurența între distribuitori”, SC ■ SRL susține că cerința de „prezentare a autorizației de livrare” îngreădește accesul la procedură al operatorilor economici.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. ■/29.11.2010, transmiterea dosarului achiziției publice în copie, întocmit conform precizărilor art. 213 din OUG 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Prin adresa nr. ■/20.12.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/21.12.2010, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precizând că:

- în data de ■.11.2010, a inițiat, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ■, procedura de achiziție publică, prin „licitație restrânsă accelerată”, având ca obiect: „Reparații capitale, recompartimentări, consolidări, dotări și extindere la ■”;

- atribuirea contractului de achiziție publică în cauză are în vedere asigurarea, în bune condiții, a funcționării ■; conform studiului de fezabilitate, realizat pentru promovarea investiției la cheie, sunt prevăzute servicii de proiectare, lucrări de intervenție, lucrări de consolidare, lucrări de recompartimentare pentru asigurarea funcționării fluxurilor specifice unui ■, înlocuirea instalațiilor (electrică, termică, sanitară, fluide medicale), precum și dotarea la cheie a ■, conform listei de dotări anexate caietul de sarcini;

- totodată, autoritatea contractantă menționează că, odată cu reabilitarea clădirilor existente, se va construi și o clădire nouă, în curtea interioară a ■, cu o suprafață construită de 243,00 mp, destinată amenajării unei săli de conferințe de 70 locuri, unei săli de consiliu, a grupurilor sanitare aferente, precum și a unui hol de acces/foyer;

- la organizarea prezentei proceduri de achiziție, s-a avut în vedere respectarea legislației achizițiilor publice - art. 4 al. (1) lit. b) și c) și a art. 179 din OUG 34/2006.

Referitor la criticile contestatorului, ■ susține că:

- cele privind „distorsionarea mediului concurențial, neasigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, lipsa proporționalității între scopul și mijloacele de realizare, urmare a faptului că, nu s-a prevăzut posibilitatea ofertării pe loturi” sunt nefondate întrucât s-a procedat conform dispozițiilor art. 4 al. (1) lit. b) și c) din OUG 34/2006, contractul în cauză fiind unul de lucrări;

- având în vedere că a fost promovat un obiectiv de investiții, aprobat de ordonatorul principal de credite, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile și s-a dorit realizarea unei lucrări „la cheie”, este dreptul autorității contractante de a nu face o atribuire pe loturi, dar asigurând în același timp, toate condițiile necesare pentru manifestarea reală a competiției între acei operatori economici care pot demonstra deținerea unei capacități corespunzătoare pentru proiectarea, execuția și asigurarea dotărilor necesare; potrivit art. 41 din OUG 34/2006, orice potențial ofertant are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de asociat ori subcontractant.

În ceea ce privește cerința din documentația de atribuire, prin care s-a obligat ca fiecare candidat să demonstreze capacitatea de îndeplinire a contractului, respectiv posibilitatea concretă de furnizare a echipamentelor și dotărilor medicale cu care urmează a se utiliza ■, în vederea operaționalizării acestuia, autoritatea contractantă susține că va menține cerința în cauză deoarece:

- din coroborarea prevederilor art. 3 lit. r) din OUG 34/2006, conform cărora operatorul economic este definit ca fiind oricare furnizor de produse, prestator de servicii ori executant de lucrări - persoană fizică/juridică, de drept public sau privat, ori grup de astfel de persoane cu activitate în domeniul care oferă în mod licit pe piață produse, servicii și/sau execuție de lucrări, cu dispozițiile art. 179 din același act normativ, rezultă că fiecare autoritate contractantă are dreptul de a se asigura că viitorul antreprenor general are capacitatea de a duce la bun sfârșit contractul de achiziție publică;

- în opinia autorității contractante, acest fapt se poate demonstra numai prin indicarea unor legături de condiționalitate între producătorul respectivelor echipamente/dotări și furnizorul acestora;

- deoarece, autoritatea contractantă nu dorește a-și asuma un risc aferent nefuncționării echipamentului achiziționat, pe toată durata de viață a acestuia, a decis să solicite prezentarea unei declarații/autorizări din partea

producătorului din care să rezulte că îl autorizează pe furnizor să comercializeze anumite produse:

- la elaborarea cerinței de mai sus, ■ menționează că a avut în vedere și dispozițiile art. 11 al. (2) din HG 925/2006, potrivit cărora: „documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă”; astfel, rezultă că autoritatea contractantă are obligația de a accepta orice document care certifică o legătură cu producătorul în cauză, cum ar fi pre-contracte de vânzare cumpărare, relații comerciale anterioare și nu doar o autorizare de livrare despre care contestatorul afirmă că ar fi greu de obținut.

Ultimul document, transmis la dosarul cauzei, îl reprezintă adresa nr. ■/20.12.2010, emisă de către autoritatea contractantă și înregistrată la CNSC sub nr. ■/21.12.2010.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

■, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație restrânsă accelerată”, a contractului de achiziție publică de lucrări având drept obiect: „Reparații capitale, reconfigurări, consolidări, dotări și extindere la ■”, cod CPV 45453000-7, 71220000-6, 33100000-1, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. ■/■.11.2010, conform căruia valoarea estimată a achiziției este cuprinsă între 37.000.000 și 37.278.870 lei fără TVA.

Potrivit cap. VII.1) din Fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Luând la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire, SC ■ SRL a formulat contestația dedusă judecății susținând că procedura de atribuire trebuie organizată pe loturi, corespunzător tipului de lucrări și produse ce urmează a fi achiziționate, iar din cadrul pct. V.4.4) -28, din cadrul fișei de date a achiziției, trebuie eliminată cerința potrivit căreia „candidatul trebuie să facă dovada că este abilitat să furnizeze echipamente medicale prin prezentarea autorizației de livrare (formular 10) eliberată de producător”, deoarece „îngrădește accesul la procedură al operatorilor economici”.

Conform celor precizate la pct.II.1.2 din fișa de date a achiziției, obiectul contractului de achiziție publică în cauză îl reprezintă executarea lucrărilor de „reparații capitale, reconfigurări, consolidări, dotări și extindere la ■”; codurile CPV aferente fiind următoarele: 45453000-7, 71220000-6, 33100000-1.

Potrivit celor menționate la art. 3 lit. y) din OUG 34/2006, vocabularul comun al achizițiilor publice – CPV, desemnează nomenclatorul de referință aplicabil contractelor de achiziție publică, adoptat prin Regulamentul nr. 2195/2002/CE al Parlamentului European și al Consiliului privind vocabularul comun al achizițiilor publice, publicat în Jurnalul Oficial al UE nr. L340/16.12.2002, asigurând corespondența cu alte nomenclatoare existente.

Regulamentul C.E., menționat anterior, a stabilit Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV), în scopul promovării unui sistem unic de clasificare aplicabil acestora, în vederea unificării „referințelor folosite de autoritățile contractante pentru descrierea obiectului achiziției.

În acest sens, astfel cum rezultă din fișa de date a achiziției, fila ■, autoritatea contractantă a utilizat 3 coduri CPV, respectiv: 45453000-7, 71220000-6, 33100000-1, a căror semnificație este următoarea:

- codul 45453000-7 se încadrează în clasa 45.4, care cuprinde lucrările de finisare (tencuire, tâmplărie și dulgherie, îmbrăcarea podelelor și a pereților, vopsitorie și montare de geamuri, alte lucrări de finisare);
- codul 71220000-6 cuprinde servicii de arhitectură, servicii de inginerie și servicii integrate de inginerie, servicii de amenajare urbană și servicii de arhitectură peisagistică, servicii conexe de consultanță științifică și tehnică, servicii de testare și analiză tehnică;
- codul 33100000-1 este aferent echipamentelor medicale.

Deși, cel puțin aparent, nu se poate stabili vreo anume legătură între lucrările de tencuire sau serviciile de arhitectură, spre exemplu și echipamentele medicale, astfel cum reiese din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a decis că atribuirea contractului de achiziție publică în cauză nu se va face pe loturi, deoarece, după cum afirmă aceasta din urmă în cadrul punctului de vedere nr. ■/20.12.2010, înregistrat la CNSC sub nr. ■/21.12.2010, conform studiului de fezabilitate „realizat pentru promovarea acestei investiții la cheie, sunt prevăzute servicii de proiectare, lucrări de intervenție, lucrări de consolidare, lucrări de recompartimentare pentru asigurarea funcționării fluxurilor specifice unui ■, înlocuirea instalațiilor (electrică, termică, sanitară, fluide medicale), precum și dotarea la cheie a ■, conform listei de dotări indicate prin caietul de sarcini”.

Consiliul apreciază că o importanță deosebită în cadrul proceselor de atribuire a contractelor de achiziție publică o are codul CPV, deoarece acesta definește cu mare acuratețe produsul/serviciul solicitat de către autoritatea contractantă sau oferit de către operatorul economic.

Prin urmare, ulterior încadrării (lucrării/serviciului/produsului), în funcție de codurile CPV, autoritatea contractantă, ținând cont de legătura de cauzalitate dintre acestea, decide sau nu dacă atribuirea contractului de achiziție publică se va face sau nu pe loturi.

Ori, astfel cum reiese din cele de mai sus, dacă între lucrările de reabilitări în construcții și serviciile de arhitectură există o legătură logică și funcțională, nu același lucru se poate spune despre lucrările de reabilitare în construcții și furnizarea de echipamente medicale.

Cu alte cuvinte, astfel cum este precizat în cadrul caietului de sarcini, ofertantul desemnat drept câștigător va trebui, spre exemplu, „să proiecteze și să construiască o clădire nouă în curtea ■, să execute pereți din beton armat și să furnizeze pentru salonul rezervă rooming-in, un pat electric - 4 secțiuni, înălțime variabilă, telecomandă, saltea, suport soluții”.

■ motivează, în cadrul punctului de vedere menționat mai sus, această combinație inedită de lucrări și servicii în construcții și furnizare de echipament medical în felul următor: „în cauză are prioritate principiul asumării răspunderii în virtutea căreia autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, cenzurabilă fiind doar încălcarea normelor legale și nu uzarea de una ori alta din modalitățile de aplicare a legii”.

În primul rând, Consiliul ține să precizeze că simpla invocare, de către autoritatea contractantă, a principiului asumării răspunderii este irelevantă, în condițiile în care, a priori (adică înaintea oricăror demersuri procedurale), se prezumă că fiecare autoritate contractantă respectă, în mod necondiționat, toate principiile consacrate de art. 2 al. 2) lit.a)-g) din OUG 34/2006.

Raționamentul de mai sus este consolidat și de prevederile art. 17 din ordonanța de urgență, conform căreia „autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 al. 2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire”.

De asemenea, Consiliul apreciază că în cauză sunt incidente și dispozițiile art. 93 al. 1) din HG9 25/2006, potrivit căreia „autoritatea contractantă are obligația de a finaliza procedura de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică”.

Cu alte cuvinte, aceasta din urmă trebuie să depună toate diligențele necesare în a se asigura de faptul că ofertantul desemnat câștigător va fi capabil, ca simultan, să proiecteze clădiri, să execute lucrări de construcții și să furnizeze echipamente medicale, fapt ce este improbabil și asupra căruia autoritatea contractantă nici măcar nu a schițat o tentativă de argument.

Ori, din această perspectivă, Consiliul apreciază că alături de principiul asumării răspunderii, precizat la art. 2 al. 2) lit.g) din OUG 34/2006, de o importanță egală, se regăsește și cel al eficienței utilizării fondurilor publice, menționat la lit.f) a aceluiași articol.

Întrădevar, la art. 10 al. 1) din HG 925/2006 se menționează faptul că autoritatea contractantă „are dreptul de a recurge la atribuirea contractului

pe loturi...”, însă, atunci când este vorba despre utilizarea fondurilor publice, acest drept se transformă într-o obligație corelativă.

Totodată, Consiliul apreciază că divizarea, pe loturi, a contractului de achiziție publică în cauză, va permite autorității contractante să aplice, în mod corespunzător și dispozițiile art. 13 al. 1) din HG 925/2006, care menționează că „în cazul în care criteriul utilizat este – prețul cel mai scăzut...stabilirea ofertei câștigătoare se realizează numai prin compararea prețurilor prezentate în cadrul ofertelor admisibile, fără să fie cuantificate alte elemente de natură tehnică sau alte avantaje care rezultă din modul de îndeplinire a contractului de către operatorii economici participanți la procedură”.

Cât despre „siguranța realizării unei investiții la cheie”, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă are la dispoziție o serie de instrumente, care reprezintă rezultatul unei aplicări corespunzătoare a dispozițiilor art. 176 din OUG 34/2006, conform cărora aceasta „are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare la:...situația economică și financiară...capacitatea tehnică și/sau profesională”.

În acest sens, autoritatea contractantă susține că a introdus la pct. V.4.4) – pct. 28 din fișa de date a achiziției și cerința potrivit căreia „candidatul trebuie să prezinte autorizație de livrare (formular 10), eliberată de producător din care să reiasă denumirea autorității contractante, denumirea și data procedurii pentru care se eliberează autorizația, produsul/produsele pentru care se primește autorizație, confirmarea cantității solicitate; în cazul în care autorizația este dată de către reprezentanța din România a producătorului, atunci autorizația de livrare va fi însoțită și de autorizația emisă de producător pentru reprezentanță...”.

Necesitatea cerinței de mai sus este justificată, de către autoritatea contractantă, în cadrul punctului său de vedere, astfel: „s-a indicat obligativitatea candidatului de a demonstra capacitatea de îndeplinire a contractului, prin demonstrarea posibilității concrete de furnizare a echipamentelor și dotărilor medicale cu care urmează a se utiliza ■...”.

Ori, pentru „demonstrarea posibilității concrete de furnizare a echipamentelor”, deja s-a solicitat operatorilor economici participanți, la pct. V.4.1 din fișa de date a achiziției, demonstrarea „furnizării de echipamente medicale, în valoare de minim 1.000.000 lei, demonstrabil prin maxim 3 contracte similare finalizate în ultimii 3 ani” și prezentarea „listei contractelor de furnizare, executate în ultimii 3 ani”.

Unul din punctele de referință ale legislației în domeniul achizițiilor publice, îl reprezintă mențiunea din cadrul art. 178 al. 2) din cadrul OUG 34/2006, potrivit căreia „autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și

financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

Din acest punct de vedere, Consiliul apreciază că, eventual, cerința privind posesia unei autorizații de livrare ar putea fi transpusă sub forma unei clauze contractuale, care să incumbe exclusiv ofertantului desemnat câștigător, lăsându-se în acest fel deschisă posibilitatea depunerii candidaturii de către oricare operator economic interesat.

Nu în ultimul rând, Consiliul apreciază că menținerea cerinței respective în cadrul fișei de date a achiziției, pe lângă faptul că restricționează participarea la procedura de atribuire în cauză, este și inutilă, atâta timp cât la pct. 29 s-a prevăzut, în mod întemeiat, obligativitatea prezentării „autorizației de la producător...pentru operatorul economic care va asigura service-ul în perioada de garanție pentru fiecare din echipamentele ce vor fi livrate”.

Luând în considerare cele de mai sus, în temeiul art. 278 al. 2), 4) și (6) din OUG 34/2006, urmează să admită contestația formulată de SC ■ SRL în contradictoriu cu ■.

Pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, în sensul precizării loturilor aferente, cu posibilitatea ofertării de către operatorii economici participanți a unuia sau mai multor loturi și eliminarea cerinței de la pct. V.4.4) – pct. 28, astfel cum s-a precizat în motivarea anterioară și respectarea, pe întreg parcursul derulării procedurii de atribuire în cauză a principiilor consacrate la art. 2 al. 2) din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactat în 3 (trei) exemplare originale, conține 9 (nouă) file