

DECIZIE

BO2011_0214

Data: .2011

Prin contestația nr. ▫/25.11.2010, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▫/25.11.2010, depusă de către S.C. ▫ S.A., cu sediul în ▫, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ▫, având Cod Unic de Înregistrare ▫, împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări, emis de către PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▫, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ▫, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare magistrală de legătură DN 1100 – înlocuirea izolației termice cu cochilii din spumă poliuretanică pe o lungime de 1900 ml (fir tur, tronson cuprins între CET II și CET I)”, s-a solicitat anularea răspunsurilor nelegale, obligarea autorității contractante de a răspunde la clarificările solicitate în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▫/03.12.2010, depusă de către S.C. ▫ S.R.L., cu sediul în satul ▫, comuna ▫, județul ▫, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ▫, având Cod Unic de Înregistrare ▫, împotriva adresei nr. ▫/26.11.2010, emisă de către PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▫, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ▫, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare magistrală de legătură DN 1100 – înlocuirea izolației termice cu cochilii din spumă poliuretanică pe o lungime de 1900 ml (fir tur, tronson cuprins între CET II și CET I)”, s-a solicitat:

- anularea tuturor modificărilor aduse caietului de sarcini prin clarificarea transmisă prin adresa nr. ▫/26.11.2010, precizările/remedierile 1 și 2;
- obligarea autorității contractante de a continua procedura cu respectarea prevederilor caietului de sarcini publicat inițial în SEAP;
- declararea ca neconforme a ofertelor ce nu corespund cerințelor solicitate în caietul de sarcini realizat inițial, publicat în SEAP în data de 04.11.2010;
- respingerea contestației nr. ▫/25.11.2010 formulate de S.C. ▫ S.A., transmisă prin adresa de informare nr. ▫/26.11.2010, ca neîntemeiată.

În temeiul art. 273 alin. (1) din O.U.G. 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, cele două contestații au fost conexe.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția invocată de autoritatea contractantă cu privire la faptul că, contestația formulată de S.C. ▪ S.R.L. a fost „introdusă de o persoană fără calitate sau neîmputernicită să formuleze contestația”.

Respinge ca nefondate contestațiile formulate de S.C. ▪ S.A. și de S.C. ▪ S.R.L., ambele în contradictoriu cu PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▪.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 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:

Prin contestația formulată, S.C. ▪ S.A. contestă răspunsul la solicitarea de clarificări, emis de către PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▪, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare magistrală de legătură DN 1100 – înlocuirea izolației termice cu cochilii din spumă poliuretanică pe o lungime de 1900 ml (fir tur, tronson cuprins între CET II și CET I)”, solicitând anularea răspunsurilor nelegale, obligarea autorității contractante de a răspunde la clarificările solicitate în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Contestatorul precizează că a descărcat de pe SEAP documentația de atribuire și a transmis către autoritatea contractantă solicitarea de clarificări nr. ▪/▪.11.2010. Autoritatea contractantă a întârziat cu răspunsul, contestatorul luând cunoștință de răspunsul autorității contractante în data de 25.11.2010.

Contestatorul consideră că o parte din răspunsurile pe care le-a dat autoritatea contractantă nu sunt clare, complete, arătând că la întrebarea dacă se pot prezenta contracte de experiență similară care au avut ca obiect lucrări de modernizare a conductelor de termoficare și în cadrul cărora s-au efectuat izolații clasice a conductelor cu vată minarală, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▪ a

răspuns: „Se vor respecta cerințele prevăzute în documentația de atribuire”.

Deasemenea, la solicitarea privind „înlocuirea cerinței privind asigurarea a două instalații de spumare cu o singură instalație”, autoritatea contractantă a precizat că, dacă o instalație asigură capacitatea de lucru se poate și cu o singură instalație, iar pentru fiecare zi în care se constată că aceasta nu funcționează (este defectă) se va aplica penalizări de 1,5% din valoarea contractului/zi.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 78 alin. (2) și ale art. 1 din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul subliniază că în niciun document din documentația de atribuire nu se face trimitere la cuantumul de penalizare de 1,5%.

Stabilirea cuantumului de penalizare se stipulează în contractul de lucrări, iar în modelul de contract publicat de autoritatea contractantă nu este stabilit cuantumul penalizărilor.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ▫/26.11.2010, autoritatea contractantă precizează că la cerințele din documentația de atribuire și răspunsurile la solicitarea de clarificări, care sunt contestate, se aduc următoarele precizări/remedieri:

„1. Dacă lucrările prestate se încadrează în codul CPV menționat de autoritatea contractantă, respectiv 45321000-3 – Lucrări de izolație termică, se pot prezenta ca și experiență similară contracte care au avut ca obiect lucrări de modernizare a conductelor de termoficare și în cadrul cărora s-au efectuat izolații clasice a conductelor cu vată minerală.

2. Se elimină din Caietul de sarcini și din Fișa de date a achiziției cerința care specifică «Asigurarea (în dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere etc.) cu: - minim două instalații de spumare pentru cochilii din poliuretan (se va prezenta o copie a cărții tehnice).»

3. Contractul atașat la documentația de atribuire este orientativ, operatorul economic care depune oferta menționează dacă își însușește modelul de contract.

Față de cele precizate se elimină din clarificarea nr. ▫/ ▫.11.2010, postată pe SEAP, cerința «Dacă o instalație asigură capacitatea de lucru se poate și cu o singură instalație. Precizăm că pentru fiecare zi în care se constată că aceasta nu funcționează (este defectă) se va aplica penalizări de 1,5% din valoarea contractului/zi.»”

Prin contestația formulată, S.C. ▫ S.R.L. contestă adresa nr. ▫/26.11.2010, emisă de către PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▫, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție

publică de lucrări având ca obiect „Modernizare magistrală de legătură DN 1100 – înlocuirea izolației termice cu cochilii din spumă poliuretanică pe o lungime de 1900 ml (fir tur, tronson cuprins între CET II și CET I)”, solicitând:

- anularea tuturor modificărilor aduse caietului de sarcini prin clarificarea transmisă prin adresa nr. ▫/26.11.2010, precizările/remedierile 1 și 2;
- obligarea autorității contractante de a continua procedura cu respectarea prevederilor caietului de sarcini publicat inițial în SEAP;
- declararea ca neconforme a ofertelor ce nu corespund cerințelor solicitate în caietul de sarcini realizat inițial, publicat în SEAP în data de 04.11.2010;
- respingerea contestației nr. ▫/25.11.2010 formulate de S.C. ▫ S.A., transmisă prin adresa de informare nr. ▫/26.11.2010, ca neîntemeiată.

Contestatorul consideră că prin precizarea nr. 1, transmisă prin adresa nr. ▫/26.11.2010 schimbă radical cerințele de calificare cuprinse în documentația de atribuire, deși aceste cerințe nu erau restrictive, respectiv:

„1. Dacă lucrările prestate se încadrează în codul CPV menționat de autoritatea contractantă, respectiv 45321000-3 – Lucrări de izolație termică, se pot prezenta ca și experiență similară contracte care au avut ca obiect lucrări de modernizare a conductelor de termoficare și în cadrul cărora s-au efectuat izolații clasice a conductelor cu vată minerală.”

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a eliminat neîntemeiat anumiți factori de calificare, dovedirea experienței similare, a capacității tehnice și/sau profesionale ca cerință minimă obligatorie, factori care nu erau restrictivi.

Contestatorul menționează că Acordul tehnic pentru producerea de cochilii din spumă poliuretanică, just solicitat inițial în caietul de sarcini, nu poate fi asimilat cu Acordul tehnic pentru producerea de conducte și elemente preizolate cu spumă poliuretanică (acorduri emise pentru două produse complet diferite). Conform acordurilor tehnice pentru semicochilii din spumă poliuretanică, acestea au și o perioadă de maturare, ceea ce necesită spații mari de depozitare în incinta producătorului, necesitând o anumită temperatură în hala pentru maturare, fiind interzise transportul și depozitarea în alte condiții decât cele specificate în acordul tehnic și manualul calității.

Ca urmare, producătorul de spumă poliuretanică ar trebui să facă dovada condițiilor și a spațiilor de depozitare necesare acestui proiect. Impunerea acordurilor tehnice pe fiecare produs în parte, respectiv țeavă preizolată și semicochilii, eliberate de

autorități competente, evidențiază faptul că cele două produse nu pot fi asimilate.

Deasemenea, autoritatea contractantă modifică în mod abuziv cerințele minime de calificare, încălcând astfel prevederile art. 2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul consideră că realizarea izolațiilor termice cu vată minerală este complet diferită de izolarea cu cochilii din spumă poliuretanică, materialele și procedeele de aplicare fiind complet diferite, tehnologia utilizării la termoizolații a cochiliilor din spumă poliuretanică fiind una mult mai complexă, modul de montare al cochiliilor trebuind să țină cont de dilatățile diferite dintre conducta utilizată pentru transportul agentului termic și cea a cochiliilor, fapt care nu se întâmplă în cazul utilizării vatei minerale. Nici stratul de 20-30 mm de vată minerală cu care vor fi prevăzute cochiliile solicitate de autoritatea contractantă nu va compensa în totalitate aceste diferențe, deoarece semicochilia cu vată minerală și spumă poliuretanică este un alt produs unitar. Deasemenea, modul de asigurare a integrității termoizolației realizată din cochilii din spumă poliuretanică, este complet diferită față de cea realizată cu vată minerală. Protecția mecanică a acestora este complet diferită, deoarece rășinile poliesterice împreună cu stratul de pânză armată cu fibră trebuie dozat și omogenizat după anumite normative, altfel aceasta devine inefficientă.

Contestatorul arată că prin răspunsul la clarificări – întrebarea nr. 2, autoritatea contractantă a demonstrat cunoașterea normelor europene în domeniu, respectiv SR EN 13165 – pentru montajul cochiliei pe conductă și protejarea acesteia, standard care nu se referă la vată minerală acoperită cu tablă. Contestatorul nu consideră admiterea ca și lucrări similare a contractelor a căror soluție tehnică a fost alta decât cea propusă în caietul de sarcini, respectiv vată protejată cu un alt material.

Contestatorul precizează că procedeul de protecție a semicochiliilor din spumă poliuretanică cu soluția cerută în caietul de sarcini este total diferit de acoperirea cu tablă a altei izolații pe care autoritatea contractantă o acceptă ca și experiență similară.

Deasemenea, forța de muncă pentru executarea celor două tipuri de protecție este diferită.

Lucrările de izolare a magistralei de termoficare sunt diferite în funcție de soluția tehnică propusă, iar societățile care participă la această procedură nu vor putea executa o lucrare de calitate fără experiență în domeniu.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a fi de acord cu prezentarea în cadrul licitației și a altui agreement cum este cel pentru conducte și elemente preizolate, acestea fiind alte produse.

Contestatorul subliniază că prin remedierea nr. 2, transmisă prin adresa nr. ▫/26.11.2010, autoritatea contractantă face posibilă participarea unor ofertanți cu un produs total diferit, care se poate fabrica și fără instalații speciale de spumare, instalații fără de care realizarea de cochilii de calitate este imposibilă.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a eliminat nefondat cerința cu privire la instalațiile de spumare, facilitându-se posibilitatea participării unor ofertanți fără experiență în executarea lucrărilor specifice de realizare a termoizolației cu cochilii din spumă poliuretanică și protecție mecanică cu rășini epoxidice armate. Prin această modificare a caietului de sarcini, participanții la procedură nu mai trebuie să facă dovada existenței unui minim de necesar de utilaje.

Contestatorul menționează că pentru realizarea semicochiliilor din spumă poliuretanică și protecția acestora nu sunt necesare numai două instalații de spumare, ci și matrițe pentru tipodimensiunea respectivă, utilaje de debitat cu un anumit tip de pânză pentru dimensiunea solicitată (1100 mm), utilaj automat pentru realizarea protecției din fibră de sticlă. Astfel dotarea cu un „minim de 2 instalații de spumare” nu reprezintă o cerință restrictivă de participare.

S.C. ▫ S.R.L. consideră neîntemeiată contestația nr. 4789/25.11.2010 formulată de S.C. ▫ S.A. ținând cont că motivul acesteia este neclaritatea răspunsurilor autorității contractante, arătând că în toate solicitările de clarificare trimise, autoritatea contractantă a răspuns punctual și explicit, chiar dacă acestea au condus uneori la neconcordanțe cu legile în vigoare.

În punctul de vedere cu privire la contestația formulată de S.C. ▫ S.A., comunicat prin adresa nr. ▫/06.01.2011, înregistrată la Consiliu sub nr. ▫/06.11.2011, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și lipsită de obiect, precum și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă subliniază că art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 nu precizează într-un mod imperativ că termenul de 3 zile pentru a răspunde la clarificări, trebuie respectat, iar întârzierea răspunsurilor nu a fost de natură să cauzeze niciun prejudiciu potențialilor participanți la licitație, ofertele putându-se depune până la data de 29.11.2010 ora 10.

Referitor la solicitarea de clarificări nr. ▫/18.11.2010, autoritatea contractantă arată că a făcut remediile pe care S.C. ▫ S.A. le solicitase prin contestație.

Remediind solicitările formulate de către S.C. ▫ S.A. înainte de depunerea ofertelor, autoritatea contractantă consideră contestația ca lipsită de obiect, invocând dispozițiile art. 255 alin. (2) din o.U.G. nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă subliniază că, chiar dacă a remediat cele menționate de S.C. ▪ S.A., contestatorul nu a participat la licitație. Ca urmare, autoritatea contractantă consideră că nu s-a adus niciun prejudiciu S.C. ▪ S.A., solicitând respingerea contestației ca nefondată, respectiv lipsită de obiect.

În punctul de vedere cu privire la contestația formulată de S.C. ▪ S.R.L., comunicat prin adresa nr. ▪/06.01.2011, înregistrată la Consiliu sub nr. ▪/06.11.2011, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și introdusă de o persoană fără calitate sau neîmputernicită să formuleze contestația, precum și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că S.C. ▪ S.R.L. a participat la licitație în asociere cu S.C. ▪ S.R.L., iar din acordul de asociere reiese faptul că liderul asociației este S.C. ▪ S.R.L. Conform acordului, liderul asociației este împuternicit să semneze oferta, să obțină și să prezinte scrisoarea de garanție bancară, în vederea participării la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, în numele asociației și pentru asociație.

Contestația depusă la Consiliu este semnată doar de S.C. ▪ S.R.L., prin reprezentant legal Director General ▪, fără a mai fi semnată și de liderul asociației S.C. ▪ S.R.L.

Autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006, precizând că operatorul economic care se poate considera vătămat este asociația și nu S.C. ▪ S.R.L.

Ca urmare, contestația trebuia introdusă de orice persoană împuternicită de ambele societăți.

Dacă asociația se considera vătămată de clarificările făcute de autoritatea contractantă, avea posibilitatea de a notifica autoritatea contractantă cu privire la pretinsa încălcare a dispozițiilor legale, neașteptând deschiderea ofertelor.

Autoritatea contractantă subliniază că garanția de participare a fost plătită de S.C. ▪ S.R.L., iar în cazul în care Consiliul respinge contestația depusă de S.C. ▪ S.R.L., autoritatea contractantă nu va putea reține contestatorului din garanția de participare, deoarece S.C. ▪ S.R.L. nu și-a însușit în mod legal această contestație.

Pe fond, autoritatea contractantă arată că remediile făcute prin adresa nr. ▪/26.11.2010 au fost făcute respectând O.U.G. nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă arată că a respectat principiile enunțate la art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă consideră că nu s-a adus niciun prejudiciu S.C. ▪ S.R.L., solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă menționează că în ziua în care a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, la registratura primăriei a fost înregistrată adresa S.C. ▪ S.R.L. nr. ▪/29.11.2010, înregistrată la

autoritatea contractantă sub nr. ▫/29.11.2010, prin care aceasta a fost înștiințată că firma a depus la Curtea de Apel ▫ contestație cu privire la procedura de atribuire în cauză.

Până la data formulării punctului de vedere, autoritatea contractantă nu a primit nicio citație din partea Curții de Apel ▫.

Prin adresa nr. ▫/07.01.2011, înregistrată la Consiliu sub nr. ▫ din 07.01.2011, S.C. ▫ S.R.L. menționează că nu a depus contestația la Curtea de Apel ▫.

Prin adresa nr. ▫/10.01.2010, înregistrată la Consiliu sub nr. ▫/10.01.2011, S.C. ▫ S.A. formulează un punct de vedere, arătând că măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă răspund solicitării de clarificări nr. ▫/18.11.2010, deci puteau fi transmise în timp util.

Prin măsurile de remediere adoptate sunt modificate criteriile de calificare și/sau selecție (Capacitatea tehnică și/sau profesională – Experiența similară, Informații privind dotările tehnice), fără ca autoritatea contractantă să dispună prelungirea termenului de depunere a ofertelor pentru a da posibilitatea și altor operatori economici să participe la procedura de atribuire.

Contestatorul consideră că de la data adoptării precizărilor/remedierilor de către autoritatea contractantă față de contestație, respectiv vineri 26.11.2010, având în vedere modificările substanțiale ale documentației de atribuire, niciun operator economic interesat nu ar fi avut timpul necesar pentru a pregăti oferta cu respectarea fișei de date, pentru ca luni 29.11.2010 ora 10 să depună o ofertă conformă și acceptabilă.

Contestatorul solicită anularea răspunsurilor nelegale, obligarea autorității contractante de a răspunde la clarificările solicitate în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

În drept, S.C. ▫ S.A. invocă dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 și ale H.G. nr. 925/2006.

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

PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▫, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare magistrală de legătură DN 1100 – înlocuirea izolației termice cu cochilii din spumă poliuretanică pe o lungime de 1900 ml (fir tur, tronson cuprins între CET II și CET I)”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP, în data de ▫.11.2010, anunțul de participare nr. ▫, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Valoarea estimată a contractului de lucrări, fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. 1/04.11.2010, este de 1.825.000 lei.

Analizând contestația formulată de S.C. 1 S.A., Consiliul constată că aceasta vizează răspunsul la solicitarea de clarificări, primit de la autoritatea contractantă în data de 25.11.2010.

La întrebarea nr. 1: „Se pot prezenta contracte de experiență similară care au avut ca obiect lucrări de modernizare a conductelor de termoficare și în cadrul cărora s-au efectuat izolații clasice a conductelor cu vată minerală?”, autoritatea contractantă a răspuns: „Se vor respecta cerințele prevăzute în documentația de atribuire.”, răspuns pe care contestatorul îl consideră ilegal.

Referitor la această critică, Consiliul reține faptul că societatea contestatoare a luat la cunoștință despre această cerință din cadrul fișei de date a achiziției, despre care a luat la cunoștință la data de 1.11.2010, data publicării în SEAP, văzând că data depunerii contestației atât prin fax cât și prin poștă este 25.11.2010 și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.....*”, Consiliul va analiza acest capăt de cerere din punct de vedere al termenului la care a fost depusă contestația, astfel:

Prin contestația transmisă prin fax și prin poștă la Consiliu, potrivit raportului de fax și plicului cu ștampila de poștă existente la dosarul cauzei, la data de 25.11.2010, S.C. 1 S.A. a solicitat „Anularea răspunsurilor nelegale, obligarea autorității contractante de a răspunde la clarificările solicitate în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice”.

Având în vedere valoarea estimată a contractului de 1.825.000 lei, deci sub pragul prevăzut de art. 55 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 256² alin. (1) coroborat cu alin. (2) din aceeași ordonanță este de cel mult 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal, respectiv data publicării pe SEAP a documentației de atribuire.

Calculând termenul legal în care S.C. 1 S.A. putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de 1.11.2010.

La data de 18.11.2010, ora 15:58, deci după 14 zile de la luarea la cunoștință a cerințelor din fișa de date a achiziției, contestatorul a înaintat pe fax adresa nr. 1/18.11.2010, prin care solicită justificarea unor cerințe.

La data de 1.11.2010, autoritatea contractantă a postat pe SEAP răspunsul la clarificări nr. 1/25.11.2010, în care menționează

care a fost rațiunea introducerii și aduce explicații cu privire la cerințele vizate.

Ca urmare a răspunsului primit de contestator din partea autorității contractante și ulterior postat pe SEAP, S.C. ▪ S.A. a investit Consiliul prin contestația de față, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerința cu privire la experiența similară contestată la data de 04.11.2010, data publicării în SEAP a documentației de atribuire.

Conform art. 256² alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul fișei de date a achiziției publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță 04.11.2010, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care face parte integrantă și fișa de date a achiziției și caietul de sarcini) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 și de cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ, rezultă așadar, ca data de 04.11.2010 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva cerințelor din documentația de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației împotriva documentației de atribuire, respectiv la data de 25.11.2010.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor privind experiența similară din documentație, este 04.11.2010, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 25.11.2010, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea criticilor privind această cerință din documentația de atribuire, postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o solicitare de clarificare făcută în temeiul prevederilor art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006 întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel solicitarea unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

Potrivit art. 78 din ordonanță „operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări”, astfel această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat contestația în termen la documentația de atribuire și nici nu suspendă acest termen.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 din OUG nr. 34/2006, prin cererea de clarificare formulată la o documentație de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințele impuse de către autoritatea contractantă.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din fișa de date a achiziției încă de la data publicării ei – 04.11.2010 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificare formulate ea însăși la distanță de 14 zile de la cunoașterea cerințelor din fișa de date a achiziției, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din fișă, invocând curgerea termenului de la data transmiterii acesteia.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 137 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării criteriilor din documentația de atribuire.

În contextul în care contestatorul declară că atacă doar răspunsul la clarificări al autorității contractante, Consiliul va ține seama că acesta a fost emis în data de 25.11.2010 și a fost postat pe SEAP.

De asemenea, prin necontestarea în termenul legal a fișei de date a achiziției, toate cerințele din cadrul acesteia și-au consolidat forța obligatorie.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința cerinței în discuție, referitoare la prezentarea unor contracte de experiență similară care au avut ca obiect lucrări de modernizare a conductelor de termoficare în cadrul cărora s-au efectuat izolații clasice a conductelor cu vată minerală, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Urmare celor antemenționate, Consiliul constată că critica cu privire la experiența similară este tardiv introdusă.

Referitor la întrebarea „(...) dacă pentru îndeplinirea cerinței din fișa de date a achiziției de la cap. V.4) Capacitatea tehnică și/sau profesională: cerințe minime obligatorii – Informații privind dotările tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea contractului: «Asigurarea (dotare proprie, contracte sau convenții de închiriere, etc.) cu:

- minim 2 instalații de spumare pentru cochilii din poliuretan (se va prezenta o copie după cartea tehnică)», se poate prezenta oferta de preț de la producători/furnizori pentru cochilii din spumă poliuretanică, căptușite la interior cu un strat de vată minerală de 20-30 mm, cu diametrele corespunzătoare proiectului tehnic și caietului de sarcini?”, la care autoritatea contractantă a dat un răspuns considerat nelegal de către S.C. ▪ S.A., respectiv:

„Dacă o instalație asigură capacitatea de lucru se poate și cu o singură instalație. Precizăm că pentru fiecare zi în care se constată că aceasta nu funcționează (este defectă) se va aplica penalizări de 1,5% din valoarea contractului/zi”, Consiliul constată că în urma depunerii contestației în discuție, autoritatea contractantă a emis adresa nr. ▪ din 26.11.2010 ca măsură de remediere, în care precizează:

„Având în vedere contestația, înaintată prin fax, nr. ▪/25.11.2010 (nr. înregistrare Municipiul ▪ ▪/ 25.11.2010), în conformitate cu prevederile O.U.G. 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, (...) vă comunicăm că la cerințele din documentația de atribuire și răspunsurile la solicitarea de clarificări care sunt contestate, se aduc următoarele precizări/remedieri:

1. Dacă lucrările prestate se încadrează în codul CPV menționat de autoritatea contractantă, respectiv 45321000-3 – Lucrări de izolație termică, se pot prezenta ca și experiență similară contracte care au avut ca obiect lucrări de modernizare a conductelor de termoficare și în cadrul cărora s-au efectuat izolații clasice a conductelor cu vată minerală.

2. Se elimină din Caietul de sarcini și din Fișa de date a achiziției cerința care specifică «Asigurarea (în dotare proprie, prin contracte sau convenții de închiriere etc.) cu: - minim două instalații de spumare pentru cochilii din poliuretan (se va prezenta o copie a cărții tehnice).»

3. Contractul atașat la documentația de atribuire este orientativ, operatorul economic care depune oferta menționează dacă își însușește modelul de contract.

Față de cele precizate se elimină din clarificarea nr. ▪/ 25.11.2010, postată pe SEAP, cerința «Dacă o instalație asigură capacitatea de lucru se poate și cu o singură instalație. Precizăm că pentru fiecare

zi în care se constată că aceasta nu funcționează (este defectă) se va aplica penalizări de 1,5% din valoarea contractului/zi.»

Având în vedere cele antemenționate, Consiliul constată că solicitarea S.C. ▪ S.A. cu privire la anularea răspunsurilor nelegale la solicitările de clarificări rămâne fără obiect prin măsura de remediere luată de autoritatea contractantă în temeiul prevederilor art. 256³ din O.U.G. nr. 34/2006.

Procedând la verificarea excepției invocată de autoritatea contractantă cu privire la contestația depusă de S.C. ▪ S.R.L. respectiv faptul că a fost introdusă de o persoană fără calitate sau neîmputernicită să formuleze, Consiliul constată că acestea sunt neîntemeiate din următoarele considerente:

Din conținutul contestației rezultă în mod evident că actul atacat și considerat nelegal este adresa de răspuns la clarificări nr. ▪/26.11.2010 și declararea ce neconforme a ofertelor care nu corespond cerințelor solicitate în caietul de sarcini.

De asemenea în soluționarea excepției, Consiliul reține prevederile art. 255 alin. (1) coroborat cu alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, care fac referire expresă la posibilitatea depunerii unei contestații de către orice persoană, care se consideră vătămată. În speță contestația a fost formulată de S.C. ▪ S.R.L. în numele său de operator economic interesat și nu în numele asocierii care a depus oferta.

Procedând la soluționarea pe fond a contestației formulate de către acest contestator, Consiliul reține faptul că prin remediile făcute ulterior de către autoritatea contractantă, aceasta a dorit ca în cadrul prezentei proceduri să participe cât mai mulți operatori economici, respectând astfel dispozițiile art. 2 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, care stipulează că: *„Scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie:*

a) promovarea concurenței între operatorii economici; (...)

d) asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplica-rea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante”.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, prin stabilirea unor cerințe limitative/restrictive, ar fi încălcat atât scopul achizițiilor publice, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici cât și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice. Limitarea demonstrării experienței similare la un singur tip de contracte sau deținerea unui anumit număr și tip de utilaje, ar fi fost contrară principiilor nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității (art. 2 alin. (2) din OUG 34/2006).

Exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale de elaborare a documentației de atribuire nu trebuie să conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul

fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Prin extinderea posibilității demonstrării experienței similare și cu alte categorii de contracte și eliminarea cerinței cu privire la deținerea a minim două instalații de spumare pentru cochilii de poliuretan, autoritatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi oferte mai multe, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Întrucât este prioritară respectarea scopului și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică/încheierii acordului-cadru, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a procedat în mod legal prin stabilirea remediilor efectuate.

Acest aspect este subliniat și de faptul că în cadrul procedurii de atribuire au depus oferta un număr de 5 operatori economici astfel cum rezultă din procesul verbal de ședință de deschidere nr. 4/29.11.2010.

De asemenea Consiliul reține faptul că potrivit prevederilor art. 33 alin. (1) și (2) documentația de atribuire trebuie să conțină informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă, și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea stabilirii anumitor cerințe de calificare și selecție, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de natura și complexitatea contractului de achiziție ce urmează a fi atribuit, comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 7 și urm. din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebările. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă

pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce sau nu modificări cerințelor de calificare ori altor prevederi ale documentației.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul fișei de date a achiziției nu au fost impuse participanților anumite cerințe de calificare și selecție, aparține autorității contractante.

Dispozițiile art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006 stabilește în sarcina autorității contractante dreptul și nu obligația de a aplica criteriile de calificare și selecție.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondate contestațiile formulate de S.C. ▪ S.A. și de S.C. ▪ S.R.L., ambele în contradictoriu cu PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ▪, iar pe cale de consecință va dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

▪

MEMBRU COMPLET

▪

MEMBRU COMPLET

▪

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) file.