

DECIZIE

BO2011_0564

Data: .2011

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ▪ din 18.01.2011, depusă de ▪, cu sediul în ▪, înregistrată la Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul ▪ cu nr. ▪ și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ▪, cu sediul în ▪, formulată împotriva anunțului de participare nr. ▪ din ▪.01. 2011, publicat în SEAP de către S.C. ▪ S.A., cu sediul în ▪, în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Implementarea instalației de desulfurare umedă a gazelor de ardere cu echipament comun pentru reactiv și produs final, la blocul energetic nr. 4”, s-a solicitat anularea anunțului de participare nr. ▪ din 08.01.2011, anularea tuturor actelor subsecvente acestui anunț și obligarea autorității contractante la emiterea unui nou anunț de participare.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, admite în parte contestația depusă de ▪ și anulează procedura de achiziție publică.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța evocată, pentru considerentele prezentate în motivare, respinge ca inadmisibil capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la emiterea unui nou anunț de participare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, să soluționeze contestația formulată.

Prin contestația depusă, ▪, în calitate de operator economic interesat de partici-para la procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată de autoritatea contractantă S.C. ▪ S.A. în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Implementarea instalației de desulfurare umedă a gazelor de ardere cu echipament comun pentru reactiv și produs final, la blocul energetic nr. 4”, a solicitat anularea anunțului de participare nr. ▪ din 08.01.2011, anularea tuturor actelor subsecvente acestui anunț și obligarea autorității contractante la emiterea unui nou anunț de participare.

Prin cererea de suspendare, fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ▪ din 18.01.2011, ▪ a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea pe fond a contestației sale.

Prin adresa nr. ▪/19.01.2011, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire de către ▪, la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, totodată, a solicitat autorității contractante trans-miterea unui punct de vedere cu privire la acest aspect, până la data de 20.01.2011, ora 9:00.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost soluționată prin decizia Consiliului nr. ▪ din 20.01.2011.

Prin adresa nr. ▪/19.01.2011, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ▪, la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, a copiei dosarului achiziției publice, inclusiv solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea, precum și punctul de vedere cu privire la contestație.

S.C. ▪ S.A. a transmis, prin fax, punctul său de vedere cu privire la contestație, nr. ▪/20.01.2011, înregistrat la Consiliu cu nr. ▪ din 20.01.2011.

Totodată, o parte din documentele solicitate au fost transmise prin firma de curierat ▪, fiind înregistrate la Consiliu cu nr. ▪ din 21.01.2011, iar cealaltă parte din documente au fost transmise prin fax, cu adresa de înaintare nr. ▪/09.02.2011, fiind înregistrate la Consiliul cu nr. ▪/09.02.2011.

În motivarea contestației sale, ▪ precizează că autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire în cauză prin publicarea anunțului de participare nr. ▪ din 08.01.2011.

Cu privire la acest anunț, contestatorul afirmă că, la Secțiunea IV - Procedura, punctul IV.3) - Informații administrative, subpunctul IV.3.4) - Termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, a constatat că termenul limită pentru depunerea ofertelor sau a cererilor de participare este stabilit pentru data de 16.02.2011, ora 9:00.

De asemenea, contestatorul mai arată că în fișa de date a achiziției, la Secțiunea VI - Prezentarea ofertei, punctul VI.1) - Limba de redactare a ofertei, se menționează că persoanele juridice străine vor prezenta toate documentele solicitate în limba țării în care ofertantul este rezident, însoțite de traducerile legalizate ale acestora în limba română de către un traducător autorizat.

În acest context, contestatorul consideră că anunțul de participare nr. ▪ din 08.01.2011, prin termenele stabilite pentru depunerea ofertelor de participare și a tuturor celorlalte documente solicitate prin documentația de atribuire, încalcă dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a), b) și f) din O.U.G. nr. 34/2006, care reglementează o parte dintre principiile de desfășurare a procedurii de achiziție publică, respectiv principiul nediscriminării, principiul tratamentului egal și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, precum și dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. a), din actul normativ enunțat mai sus, privind promovarea concurenței între operatorii economici.

Potrivit dispozițiilor legale mai sus invocate, contestatorul subliniază faptul că orice procedură de achiziție publică presupune asigurarea unui cadru egal și nediscriminatoriu pentru toți potențialii participanți la respectiva procedură de achiziție publică, astfel încât toți potențialii participanți, indiferent de naționalitate, română sau străină, la procedura achiziției publice să beneficieze de timpul necesar și suficient pentru pregătirea întregii documentații solicitate prin anunțul de participare și prin fișa de date a achiziției.

Din acest considerent, invocând prevederile art. 71 teza a II-a din OUG nr. 34/2006, contestatorul menționează că autoritatea contractantă are obligația de a stabili termenul de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici, indiferent de naționalitatea acestora, să poată beneficia de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire.

Apreciind că termenul de depunere a ofertelor precizat de către autoritatea contractantă a fost stabilit fără a se avea în vedere și situația persoanelor fizice sau juridice străine, potențiali participanți la procedura de atribuire în cauză, contestatorul susține că sunt încălcate principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal, întrucât nu se

asigură același „cadru” persoanelor fizice sau juridice străine cu cel al persoanelor fizice sau juridice române, acestea din urmă beneficiind de condiții mai favorabile de participare la procedura de achiziție publică.

Astfel, contestatorul consideră că sunt încurajați doar operatorii economici români să participe la procedura de achiziție publică, neasigurându-se un cadru concurențial, care implicit ar conduce și la obținerea unui preț mai bun pentru autoritatea contractantă.

Invocând volumul de documente solicitate de către autoritatea contractantă și care trebuie prezentate atât în limba de origine, cât și într-o limbă de circulație internațională (conform răspunsului la clarificări publicat la data de 13.01.2011), dar și în limba română, în traducere certificată, contestatorul afirmă că termenul inițial acordat, ar trebui extins cu cel puțin încă 6 săptămâni de zile.

Contestatorul mai susține că anunțul de participare nr. ▪ din 08.01.2011 încalcă dispozițiile art. 110 și ale art. 116 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, deoarece autoritatea contractantă poate utiliza procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în anumite cazuri prevăzute expres de art. 110 din OUG nr. 34/2006. În condițiile în care contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit nu se încadrează în vreunul din cazurile prevăzute, în mod expres și limitativ, de către art. 110 din OUG nr. 34/2006, contestatorul apreciază că nu poate fi utilizată procedura negocierii cu publicare prealabilă a unui anunț de participare.

De asemenea, analizând contractul de achiziție publică ce formează obiectul anunțului de participare în cauză, contestatorul observă că acesta nu se încadrează în niciuna dintre situațiile descrise de art. 110 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește anunțul de participare nr. ▪ din 08.01.2011, contestatorul învederează faptul că nu s-a menționat nici numărul minim, nici numărul maxim al candidaților pe care autoritatea contractantă intenționează să îi preselecteze, încălcându-se astfel principiul asigurării concurenței între operatorii economici.

În punctul său de vedere asupra contestației depusă de ▪, S.C. ▪ S.A. solicită respingerea acesteia ca nefondată și menținerea anunțului de participare, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia.

Raportat la susținerile contestatorului, autoritatea contractantă precizează că termenele stabilite în documentația de atribuire sunt în conformitate cu legislația privind achizițiile publice. Pentru motivele de celeritate, autoritatea contractantă consideră că are dreptul de a accelera aplicarea procedurii prin reducerea perioadei instituite ca regulă, drept de care nu s-a prevalat, având în vedere complexitatea contractului, tocmai pentru ca operatorii interesați de participarea la procedură să beneficieze de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin

documentația de atribuire, stabilind în acest sens ca termen de depunerea ofertelor pe cel instituit ca regulă, respectiv de 37 de zile.

Totodată, autoritatea contractantă menționează faptul că, așa cum reiese din modul de desfășurare al procedurii de atribuire prezentat în fișa de date a achiziției, în prima etapă, operatorii economici vor depune doar oferta din punct de vedere al documentelor de calificare, oferta tehnică și financiară depunându-se ulterior, în cadrul celei de a doua etape.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă apreciază că termenul stabilit pentru depunerea ofertelor este suficient și adecvat pentru toți operatorii economici potențiali ofertanți, persoane juridice române sau străine, respectându-se principiile instituite de legislația în domeniul achizițiilor publice.

Cu privire la dispozițiilor art. 116 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 și susținerile contestatorului, autoritatea contractantă precizează că macheta de SEAP unde se completează anunțul de participare nu prevede rubrică pentru număr minim al candidaților pe care intenționează să-i preselekteze, ci doar pentru selecția candidaților, dar totuși, în documentația de atribuire este menționat numărul minim al candidaților preselectați.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

S.C. ▪ S.A., în calitate de autori-tate contractantă, a inițiat procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Implementarea instalației de desulfurare umedă a gazelor de ardere cu echipament comun pentru reactiv și produs final, la blocul energetic nr. 4”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ▪ din ▪.01.2011, stabilind data pentru deschiderea ofertelor la 16.02.2011 și criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, valoarea estimată a contractului de lucrări fiind de 244.782.219 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție publică în cauză, ▪ a formulat prezenta contestație pentru motivele arătate anterior, solicitând anularea anunțului de participare nr. ▪ din 08.01.2011, anularea tuturor actelor subsecvente acestui anunț și obligarea autorității contractante la emiterea unui nou anunț de participare.

Prin contestația sa, ▪ critică unele prevederi ale anunțului de participare nr. ▪ din 08.01.2011 și ale documentației de atribuire referitoare la termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, limba de redactare a ofertei, utilizarea procedurii de atribuire în cauză, precum și la faptul că nu s-au menționat numărul

minim și numărul maxim al candidaților pe care autoritatea contractantă intenționează să îi preseleceze.

Astfel, cu privire la susținerile contestatorului referitoare la termenele stabilite pentru depunerea ofertelor de participare și a tuturor celorlalte documente solicitate prin documentația de atribuire, atât din cuprinsul anunțului de participare nr. ▪, publicat în SEAP la data de ▪.01.2011, capitolul IV - Procedura, subcapitolul IV.3) - Informații administrative, paragraful IV.3.4), cât și din cuprinsul fișei de date a achiziției, capitolul VI. - Prezentarea ofertei, subcapitolul VI.7, rezultă că autoritatea contractantă a stabilit data pentru deschiderea ofertelor la 16.02.2011, ora 9:00.

În acest context, Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele dispoziții legale:

- art. 47 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006: „Autoritatea contractantă are obligația de a asigura transparența atribuirii contractelor de achiziție publică și a încheierii acordurilor-cadru prin publicarea, în conformitate cu prevederile prezentului capitol, a anunțurilor de intenție, anunțurilor/invitațiilor de participare și anunțurilor de atribuire”;

- art. 48 din ordonanța de urgență: „(1) Cu excepția cazului prevăzut la art. 299, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare anunțurile prevăzute la art. 47 alin. (1) către operatorul SEAP, utilizând în acest sens numai mijloace electronice.

(2) În cazurile prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, operatorul SEAP are obligația de a asigura transmiterea în format electronic a anunțurilor spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene”;

- art. 71 din ordonanța evocată: „Fără a afecta aplicabilitatea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență referitoare la perioadele minime care trebuie asigurate între, pe de o parte, data transmiterii spre publicare a anunțurilor de participare sau data transmiterii invitațiilor de participare și, pe de altă parte, data limită pentru depunerea ofertelor/candidaturilor, autoritatea contractantă are obligația de a stabili perioada respectivă în funcție de complexitatea contractului și/sau de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire”;

- art. 113 alin. (1) din același act normativ: „Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a candidaturilor trebuie să fie de cel puțin 37 de zile”.

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la limba în care va fi prezentată oferta, Consiliul reține că în anunțul de participare nr. ▪, publicat în SEAP la data de ▪.01.2011, la paragraful IV.3.5) s-a specificat că redactarea ofertei se va face în limba română, iar în fișa de date a achiziției, la capitolul VI. – Prezentarea ofertei, subcapitolul VI.7 – Limba de redactare a ofertei, menționând „limba română”, autoritatea contractantă a precizat că: „Persoanele juridice străine vor prezenta toate documentele solicitate în limba țării în care ofertantul este rezident, legalizate, însoțite de traduceri legalizate ale acestora în limba română de către un traducător autorizat”.

Potrivit dispozițiilor art. 47 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, „în cazul contractelor a căror valoare estimată este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a include în anunțurile prevăzute la alin. (1) cel puțin informațiile cuprinse în anexa nr. 3A și, dacă este necesar, alte informații considerate utile de către autoritatea contractantă, prin utilizarea formularelor standard adoptate de Comisia Europeană”.

În acest sens, cu privire la anunțul de participare pentru contractele de achiziție publică, în cazul aplicării procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv, negociere, în anexa nr. 3A - Informații care trebuie incluse în anunțuri, la paragraful 12 (d) se precizează faptul că autoritatea contractantă are obligația de a specifica limba sau limbile în care trebuie redactate ofertele.

Față de cele mai sus prezentate, Consiliul apreciază ca fiind întemeiate criticile contestatorului vizând „volumul de documente solicitate de către autoritatea contractantă și care trebuie prezentate atât în limba de origine, cât și într-o limbă de circulație internațională ..., dar și în limba română, în traducere certificată”, deoarece se impune ca la stabilirea datei limită pentru depunerea candidaturilor autoritatea contractantă să aibă în vedere complexitatea contractului și cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire.

De asemenea, sunt întemeiate criticile contestatorului cu privire la faptul că „anunțul de participare nr. ▪ din 08.01.2011 încalcă dispozițiile art. 110 ... din OUG nr. 34/2006”, deoarece autoritatea contractantă nu a făcut dovada justificării alegerii procedurii de negociere cu publicare prealabilă a unui anunț de participare.

În acest context, Consiliul nu poate reține argumentele autorității contractante, din punctul său de vedere nr. ▪/20.01.2011, înregistrat la Consiliu cu nr. ▪ din 20.01.2011, prin care S.C. ▪ S.A. susține că are obligația de a organiza procedura de atribuire în cauză, „conform prevederilor art. 251 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și nu în

conformitate cu art. 110 alin. (1) din același act normativ”, întrucât, în temeiul art. 251 alin. (1), „autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul sectorial, de regulă, prin aplicarea procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă sau negociere cu publicare prealabilă a unui anunț de participare”.

În condițiile în care textul de lege evocat nu precizează derogări de la regulile general valabile privind aplicarea procedurilor de achiziție publică, așa cum sunt ele stabilite de art. 8 din OUG nr. 34/2006, rezultă că atât modalitatea de alegere a procedurii, cât și celelalte condiții relative la aceasta sunt cele reglementate de OUG nr. 34/2006 și de H.G. nr. 925/2006.

Astfel, dispozițiile art. 110 alin. (1) din ordonanța evocată, stipulează, în mod limitativ, cazurile în care autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, și anume:

„a) atunci când, în urma aplicării licitației deschise, licitației restrânse, dialogului competitiv sau a cererii de oferte, nu a fost depusă nicio ofertă sau au fost depuse numai oferte inacceptabile ori neconforme. Aplicarea procedurii de negociere în acest caz este posibilă numai după anularea procedurii inițiale de licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv sau cerere de oferte și numai dacă cerințele inițiale prevăzute în documentația de atribuire nu sunt modificate substanțial;

b) în situații excepționale, temeinic motivate, atunci când natura lucrărilor/produselor/serviciilor sau riscurile implicate de executarea/livrarea/prestarea acestora nu permit o estimare inițială globală a prețului viitorului contract de achiziție publică;

c) atunci când serviciile care urmează să fie achiziționate, îndeosebi serviciile financiare, astfel cum sunt acestea prevăzute în categoria 6 din anexa nr. 2A, sau serviciile intelectuale, cum ar fi cele care implică proiectarea lucrărilor, sunt de așa natură încât caietul de sarcini nu poate fi elaborat cu precizia pe care o impune atribuirea unui contract de achiziție publică prin aplicarea licitației deschise sau licitației restrânse;

d) atunci când lucrările ce urmează a fi executate sunt necesare exclusiv în scopul cercetării științifice, experimentării sau dezvoltării tehnologice, și numai dacă acestea nu se realizează pentru obținerea unui profit și nici nu urmăresc acoperirea costurilor aferente”.

Din cele evocate și din examinarea documentelor depuse la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, rezultă că aceasta nu evidențiază modul în care sunt respectate condițiile impuse de textul art. 110 alin. (1) din ordonanță cu privire la posibilitatea organizării procedurii de negociere cu publicare prealabilă a unui anunț de participare, astfel încât Consiliul nu poate verifica legalitatea alegerii de către S.C. ▪ S.A. a procedurii de achiziție publică aplicată.

De asemenea, sunt întemeiate criticile contestatorului referitoare la faptul că în anunțul de participare nr. ▪ din 08.01.2011, autoritatea contractantă nu a menționat nici numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi preselecteze, deoarece, conform prevederilor art. 116 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare criteriile de preselecție și regulile aplicabile, numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi preselecteze și, dacă este cazul, numărul maxim al acestora”.

Informația privind numărul minim de candidați ce urmează a fi preselecțate se regăsește în fișa de date a achiziției.

Date fiind cele evocate, Consiliul stabilește că este imposibilă continuarea procedurii prin luarea unor măsuri de remediere a aspectelor nelegale constatate referitor la modul de aplicare a procedurii de negociere, cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare și că se impune soluția anulării întregii proceduri de achiziție publică.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de ▪ și să anuleze procedura de achiziție publică.

În ceea ce privește capătul de cerere vizând obligarea autorității contractante la emiterea unui nou anunț de participare, Consiliul urmează a-l respinge ca fiind inadmisibil, deoarece, raportat la competențele conferite de legislația în vigoare în materia achizițiilor publice, Consiliul nu poate pronunța o decizie prin care să oblige autoritatea contractantă la organizarea unei proceduri de achiziție publică, această decizie fiind un act propriu al acesteia, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise în cadrul unei proceduri de atribuire și atacate prin contestație.

PREȘEDINTE COMPLET,

▪

MEMBRU COMPLET,

▪

MEMBRU COMPLET,

▪

Redactată în 4 exemplare originale, conține 9 (nouă) file.