

D E C I Z I E
BO2012_0450
Data: ■.2012

Prin contestația nr.■/08.06.2012, înregistrată la CNSC cu nr.■/08.06.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr.■, având CUI ■, reprezentată legal de administrator ■, împotriva fișei de date a achiziției, emisă de ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Reabilitare strada ■, pe traseul drumului de centură, din ■”, se solicită remedierea fișei de date a achiziției.

Prin contestația nr.■/08.06.2012, înregistrată la C.N.SC sub nr.■/08.06.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, având CUI ■, reprezentată legal de administrator ■, împotriva documentației de atribuire, emisă de aceeași autoritatea contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la pronunțarea deciziei pe fond și remedierea fișei de date a achiziției.

Făcând aplicarea dispozițiilor art.273 alin.1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să conexeze dosarele susmenționate, contestațiile urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. ■/2012 .

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■, cu sediul în ■.

Admite contestația depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■, dispune remedierea fișei de date a achiziției în sensul celor arătate în motivare.

Remedierea și publicarea, în SEAP, a modificărilor intervenite, se vor face în termen de 4 zile de la primirea prezentei, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de SC ■ SRL

Obligatorie.

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 înregistrată la C.N.SC cu nr. ■/08.06.2012, SC ■ SRL a criticat fișa de date a achiziției, emisă de ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Reabilitare strada ■, pe traseul drumului de centură, din ■”, solicitând remedierea actului atacat.

În motivarea contestației, SC ■ SRL arată că prevederile cap.III.3. - „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, cerința nr.3, restricționează participarea firmelor la licitație prin introducerea unei distanțe de maximum 45 de km la care trebuie să se afle stația de preparat mixturi asfaltice, cât și condiționarea capacității stației de preparat mixturi asfaltice de minim 160 to.

În drept, se invocă prevederile art.188 din OUG 34/2006 și art.1, subpct.1, 3 și 5 din anexa 1 a Ordinului nr. 509 al ANRMAP.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin contestația înregistrată la C.N.SC sub nr. ■/08.06.2012, depusă de către SC ■ SRL critică documentația de atribuire, respectiv fișa de date a achiziției, emisă de aceeași autoritatea contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, solicitând suspendarea procedurii de atribuire până la pronunțarea deciziei pe fond, în temeiul art.275¹ al.1 și 2 din OUG 34/2006 și remedierea fișei de date a achiziției în ceea ce privește distanța maximă admisă la care se află stația de preparare mixturi asfaltice și experiența similară, cerințe considerate disproporționate.

În susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, contestatorul arată că demersul său procesual se referă la două aspecte ale documentației de atribuire, astfel că suspiciunile de distorsionare/îngrădire a concurenței prin impunerea de condiții de calificare restrictive și disproporționate, justifică temeinic necesitatea de suspendare a procedurii de atribuire. Calificarea unui număr mic de ofertanți, după cum se arată, este legătura lipsă în relația cauză-efect, cauza fiind cele două condiții de calificare, iar, efectul, paguba iminentă pentru bugetul local, care se va produce dacă vor exista mai puține oferte admisibile.

Pe fond, SC ■ SRL susține că cerințele de calificare conform căreia stația de mixturi asfaltice să se afle la o distanță de maximum 45 de km față de ■ este vădit restrictivă fiind „exemplu de școală de condiție de calificare restrictivă” privind utilajele cuprinse în Anexa 1 a Ordinului ANRMAP nr.509/2011.

Pe cale de consecință, se solicită modificarea cerinței în sensul eliminării distanței maxime.

Într-o altă citică, contestatorul arată că cerința de calificare referitoare la experiența similară este restrictivă și disproporționată, pentru următoarele considerente:

a) obiectul contractului este compus din 4 obiective de investiție distincte, respectiv: „Obiectul 1: Str.■; Obiect 2: Str.■; Obiect 3: Reabilitare Pod; Obiect 4; Parcare autocamioane”;

b) prin această cerință de calificare se denaturează scopul OUG 34/2006, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, conform art.2 al.1 lit.a și încalcă principiile proporționalității și eficienței utilizării fondurilor publice, solicitându-se o experiență similară care nu poate fi susținută de valoarea estimată a celui mai mare/scump obiectiv de investiție din cadrul procedurii și care îngreșește accesul opratorilor economici interesați, limitând, astfel, concurența.

c) raportat la art.9 lit.a din HG 925/2006, autoritatea contractantă a respectat doar condiția ca experiența similară să se încadreze valoric în valoarea estimată a contractului previzionat, dar nu acceptă cumulul valoric a mai multe contracte. Se arată că, semantic, cuvântul „sumă” înseamnă adunare, adică a mai multor contracte de experiență similară.

d) cerința de calificare lipsește de efecte facilitarea pentru IMM-uri prevăzută la art.16 al.2 din Legea 346/2004, solicitându-se ca experiența similară de cel puțin 25.000.000 lei să fie dovedită prin prezentarea unui singur contract, coroborat cu plafonul cifrei de afaceri minimă solicitată de 50.000.000 lei și cu prevederile art.16 alin.2 din Legea 346/2004, rezultă că acest contract trebuie să fie cel puțin egal cu cifra de afaceri a IMM-ului participant, astfel facilitățile legale pentru IMM-uri fiind anulate de cerință;

e) autoritatea contractantă se află în conflict și cu prevederile imperative ale art.179 alin.2, art.293 lit.i din OUG 34/2006, coroborat cu art.7, art.8 al.1 lit.b, art.10 din HG 925/2006.

Pentru considerentele de mai sus, se solicită modificarea cerinței de calificare în sensul ca această să poată fi dovedită prin prezentarea a „unul sau mai multe contracte”.

În drept, se invocă prevederile legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr. ■/11.06.2012, înregistrat la CNSC sub nr. ■/13.06.2012, ■ a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației depusă de SC ■ SRL

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă a prezentat un scurt istoric al procedurii de atribuire de la inițierea acesteia, arătând, cu privire la cerința nr.3, că s-a făcut precizarea că în cazul în care ofertantul nu deține în dotare proprie instalație de preparare a mixturilor asfaltice sau aceasta este situată la o distanță mai mare de 45 de km față de ■ va prezenta, obligatorie, acte de asociere, colaborare sau subcontractare cu operatorii care dețin o astfel de stație.

Distanța de 45 de km, arată autoritatea contractantă, a fost calculată astfel încât materialele să respecte temperaturile conform STAS 174-2, precizându-se că pe distanțe mai mari de 45 de km

temperatura mixturii scade sub temperatura impusă la așternere, respectiv 145 grade, având drept consecință compactarea necorespunzătoare și o calitate nesatisfăcătoare a stratului de asfalt.

Autoritatea contractantă arată că pe distanțe cuprinse între 20 km și 45 km ofertanții sunt obligați să respecte caietul de sarcini, în conformitate cu prevederile Standardului Român de calitate SR 7970 aprobat de Președintele ASRO la 1 februarie 2001, unde la cap.3 – Prescripții generale de execuție, subcap.3.3. – Transportul mixturilor asfaltice este stipulat „mixturile asfaltice executate la cald se transportă cu autobasculante adecvate cu benere curățate și uscate, urmărindu-se ca pierderile de temperatură pe tot timpul transportului să fie minime. La distanțe de transport cu durata de peste 30 de minute sau pe vreme răcoroasă (+10 grade ----+15 grade), autobasculantele trebuie acoperite cu prelate speciale, imediat după încărcare.”

Referitor la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 din OUG 34/2006, autoritatea contractantă opinează că aceste nu sunt încălcate, deoarece toate acestea sunt stipulate în standardele de calitate specifice acestor lucrări.

Față de cele arătate, se susține că documentația de atribuire nu conține cerințe restrictive, că a fost avizată de ANRMAP, precum și că se dorește obținerea unor lucrări de calitate. Totodată, în susținerea punctului de vedere se invocă și Decizia CNSC nr. ■/■.04.2011, din conținutul căreia redă pasaje.

Pe de altă parte, se arată că cerința a fost motivată în cuprinsul notei justificative nr. ■/10.04.2012, document atașat spre verificate ANRMAP împreună cu documentația de atribuire.

Referitor la capacitatea minimă, se arată că a fost raportată la cantitățile de materiale necesare, cuprinse prin proiectul tehnic și detaliile de execuție, o capacitate mai mică determinând neasigurarea unei cantități suficiente de producție de asfalt și, implicit, riscuri în implementarea contractului.

În drept, se invocă prevederile art.274¹ din OUG 34/2006.

Prin punctul de vedere nr. ■/12.06.2012, înregistrat la CNSC sub nr. ■/13.06.2012, ■ a solicitat respingerea contestației depusă de SC ■ SRL, ca nefondată.

Referitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a arătat că solicitarea contestatorului nu cuprinde nicio justificare reală legată de necesitatea suspendării sau de indicare a vreunei pagube iminente care ar trebui prevenită. Astfel că nu sunt îndeplinite condițiile admiterii cererii de suspendare.

Pe fondul cauzei, în ceea ce privește critica legată de cerința nr.3, autoritatea contractantă a reiterat cele susținute în cadrul punctului de vedere referitor la contestația anterioară.

Cu privire la susținerile contestatorului legate de experiența similară, pct.a), se arată că obiectul contractului este unul singur, există un singur proiect tehnic cu scopul de a asigura punerea în operă a

obiectivului de investiții. Obiectul contractului, după cum se arată, nu este împărțit pe loturi, iar valoarea estimată nu este împărțită pe obiective, ci este raportată la valoarea întregului proiect, aceasta fiind calculată cu respectarea prevederilor art. 29 al. 2 din OUG 34/2006.

Autoritatea contractantă susține că nu a încălcat prevederile art.9 lit.a din HG 925/2006 și nici pe cele ale art.16 al. 2 din Legea 346/2004, deoarece reducerea de 50% se referă la criteriile de calificare legate de cifra de afaceri, de garanția de participare și de garanția de bună execuție, iar nu la experiența similară.

Invocând prevederile art. 44 al. 1 din OUG 34/2006, art.186 alin.1 și 3 din același act normativ și art.3 al. 1 din Legea 346/2004, cele expuse și definiția dată de lege IMM-urilor, se apreciază că o întreprindere mică și mijlocie se poate încadra în indicatorii tehnico-economici solicitați în documentația de atribuire, iar în situația în care nu a derulat astfel de contracte are la îndemână una dintre variantele de participare în asociere.

Pe de altă parte, se susține că execuția oricărei lucrări presupune din partea executantului o capacitate tehnică și economică, în caz contrar executarea contractului este compromisă, existând riscul neîndeplinirii contractului și al nerespectării principiului utilizării eficiente a fondurilor publice.

În concluzie, autoritatea contractantă arată că cerințele impuse în documentația de atribuire respectă prevederile legale, în acest sens fiind invocat și punctul de vedere al ANRMAP prezent pe site-ul acestei instituții.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

La ■.05.2012, ■ a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Reabilitare strada ■, pe traseul drumului de centură, din ■”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ■.

Documentația de atribuire a fost publicată sub formă de fișier electronic atașat anunțului de participare.

Împotriva fișei de date a achiziției, partea a documentației de atribuire, SC ■ SRL și SC ■ SRL au depus, în termen legal, prezentele contestații.

Din analiza contestațiilor, Consiliul constată că ambii contestatori formulează critici cu privire la subcap. III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, cerința nr.3, despre care arată că este restrictivă în raport cu prevederile Ordinului 509/2011 al ANRMAP.

În stabilirea legalității cerinței criticate, care în fapt reprezintă un criteriu de calificare, având următorul conținut:

„Ofertantul trebuie să facă dovada că are asigurate echipamentele, utilajele. Mijloacele de transport necesare pentru îndeplinirea contractului.

Ofertantul trebuie să demonstreze că are acces la următoarele utilaje necesare executării contractului de lucrări: (...); Instalație de preparate a mixturilor asfaltice autorizată – min.1 buc.

(...)

Instalația de preparare a mixturilor asfaltice trebuie să fie situată la o distanță de max.45 km față de ■ și să aibă o capacitate minimă de 160t/h.”,

Consiliul se va raporta la următoarele:

-prevederile art.188 al. 3 lit. f din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, conform căruia:

„În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, (...):

f) o declarație referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de lucrări .”,

-prevederile art.7 din HG 925/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora:

„Criteriile de calificare și selecție, (...), au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”

Relevante, se rețin a fi și prevederile Ordinului 509/2011 al ANRMAP, conform căruia reprezintă formulări restrictive, solicitări de tipul:

„Stație de betoane, asfalt etc. la 30 km distanță de locul execuției lucrării sau stație de betoane, asfalt etc. pe raza județului.”

Analizând cerința criticată prin prisma prevederilor legale susenunțate, Consiliul constată că aceasta nu are caracter restrictiv în ceea ce privește distanța maximă până la care poate fi situată stația de mixturi asfaltice, după cum susțin contestatorii, nici chiar prin raportare la prevederile Ordinului 509/2011, deoarece exemplul dat de acesta se referă la situația în care se indică strict ca stația să se afle la o anumită distanță (exemplu: la 30 km), ori în prezenta speță stația poate fi situată la orice distanță până la 45 de km față de ■.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă a dat eficiență dispozițiilor art.8 al. 2 din HG 925/2006, în sensul că a procedat la întocmirea notei justificative nr. ■/27.04.2012, în care a motivat impunerea cerinței în discuție, pe considerente legate de asigurarea unei anumite temperaturi a mixturii la momentul turnării, conform STAS 174-2.

Pe lângă cele de mai sus, se are în vedere și că autoritatea contractantă a prevăzut posibilitatea ca în cazul în care ofertantul nu

deține o stație de mixturi asfaltice sau aceasta este situată la mai mult de 45 de km față de ■, să prezinte contracte de asociere, colaborare sau subcontractare cu societăți care dețin o astfel de instalație, astfel că cerința nu apare ca fiind una care să restrângă participarea operatorilor economici la procedură, deoarece asigură, așa cum arată și autoritatea contractantă, păstrarea temperaturii mixturii asfaltice recomandată de standarde, astfel încât lucrarea realizată să fie una de calitate.

Criticile contestatorilor apar, așadar, ca nefondate, urmând a fi respinse.

De asemenea, în ceea ce privește critica SC ■ SRL cu privire la capacitatea stației de preparare a mixturii asfaltice, de minimum 160 to/h, Consiliul constată că acesta se limitează doar la a afirma că cerința este restrictivă, fără a motiva de ce anume consideră astfel.

Efectuând, totuși, o analiză și asupra acestui aspect, se observă că autoritatea contractantă a stabilit o capacitate minimă a stației, iar nu una fixă, precum și că respectiva cerință apare motivată în nota justificativă nr. ■/10.04.2012, pe considerente legate de cantitățile de materiale necesare realizării lucrărilor, în conformitate cu prevederile proiectului tehnic și a detaliilor de execuție.

Așadar, cerința nu apare ca fiind una care să restrângă participarea operatorilor economici la procedură, critica urmând a fi respinsă.

Relativ la ultima critică formulată că SC ■ SRL, referitoare la criteriul de calificare privind experiența similară, Consiliul constată următoarele:

La subcap. III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat, în cadrul cerinței nr.2 – „Experiența similară”, astfel: *„Ofertantul trebuie să facă dovada că are experiență similară în execuția lucrărilor ce fac obiectul contractului. Se va prezenta un contract similar din punct de vedere tehnic și economic cumulat, executat în ultimii 5 ani, în valoare de cel puțin 25.000.000 lei, fără TVA.”*

Așadar, autoritatea contractantă a impus ofertanților să facă dovada experienței similare prin prezentarea unui singur contract care să dovedească experiența similară în executarea lucrărilor ce fac obiectul contractului.

Lucările ce fac obiectul contractului, după cum rezultă din subcap.II.1.5) – „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor” din fișa de date a achiziției, constau în:

„Reabilitare strada ■, pe traseul drumului de centură, din ■

Obiectul 1: Str.■;

Obiectul 2: Str.■;

Obiectul 3: Reabilitare pod;

Obiectul 4: Parcare autocamioane”,

iar codurile CPV indicate de autoritatea contractantă sunt:

„45233000-9 Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor

*45221110-6 Lucrări de construcții de poduri
45223300-9 Lucrări de construcții de parcări
45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri”.*

De asemenea, se reține că valoarea estimată a contractului, este de ■ lei, fără TVA, precum și că nu s-a optat în sensul împărțirii pe loturi a contractului.

După cum rezultă din dispozițiile legale de la art.179, art.188 al. 3 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare și art.7 și 8 din HG 925/2006 cu modificările ulterioare, esențial în soluționare este să se verifice respectarea, de către autoritatea contractantă, a principiului proporționalității și să se stabilească dacă nu se restricționează participarea la procedură, în raport cu obiectul contractului, cu luarea în considerare a exigențelor specifice impuse de natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit.

Raportat la cele menționate în documentația de atribuire, dar și la prevederile legale susenunțate, Consiliul determină că, prin impunerea cerinței de a se prezenta un singur contract prin care trebuie să se probeze experiența similară în executarea unor lucrări de drumuri, poduri și parcări, autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, prevăzut de art.2 alin.2 lit.e din ordonanța de urgență și a adus atingere scopului pentru care se desfășoară procedura de achiziție publică, prevăzut la art.2 alin.2 lit.a din același act normativ. În aceste condiții obiectivul asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice poate să nu fie realizat cât timp, prin cerința restrictivă în discuție, se ajunge la eliminarea unor posibili ofertanți ce dețin capacitatea tehnică necesară executării contractului, cum, de altfel, nici cel al promovării concurenței între operatorii economici.

Scopul stabilirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară este atins, fără echivoc, și în situația în care ofertantul prezintă două sau mai multe contracte care însumate să atingă pragul valoric impus prin fișa de date a achiziției, sub condiția, însă, ca respectivele lucrări să fi fost executate în același timp. Aceste contracte, executate în același timp, relevă în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător nu este unul mai mare decât în situația în care dovada se realizează printr-un singur contract.

Ținând seama de scopul impunerii cerințelor minime de calificare și, în speță, de natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, stabilirea modalității de dovedire a experienței similare, aptitudinilor, eficienței și eficacității ofertanților, de natură a reduce riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător, prin prezentarea unui singur contract, are caracter restrictiv și disproporționat, limitând

în mod artificial competiția.

Este adevărat că pragul valoric de 25.000.000 lei, fără TVA, impus în cadrul cerinței, respectă prevederile art.9 lit.a din HG 925/2006 cu modificările ulterioare, însă la stabilirea criteriilor de calificare privind experiența similară trebuia să se aibă în vedere, pe lângă acest articol, și celelalte norme din materia achizițiilor publice, la care s-a făcut referire în cele ce preced, precum și specificitatea contractului ce se va atribui.

Pe cale de consecință, critica contestatorului se reține a fi întemeiată în sensul că experiența similară să poată fi dovedită nu numai print-un singur contract, ci și prin mai multe contracte care cumulate să atingă pragul impus de autoritatea contractantă (eventual contracte pe fiecare categorie de lucrări - drumuri, poduri, parcări sau combinate), însă se va preciza, în cadrul remedierii ce va fi efectuată, că respectivele contracte vor fi acceptate doar dacă au fost executate simultan.

Cu privire la dispozițiile art.16 alin.2 din Legii 346/2004, invocate de contestator, Consiliul constată că nu au relevanță în cauză, deoarece, așa cum susține și autoritatea contractantă, nu se referă și la experiența similară, ci doar la cifra de afaceri și garanțiile de participare și de bună execuție.

În soluționare Consiliul a avut în vedere și practica judiciară, elocventă fiind decizia nr. 3785/19.08.2009, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția de contencios administrativ și fiscal.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.278 al. 2, 5 și 6 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul va respinge contestația depusă de SC ■ SRL, ca nefondată. Contestația depusă de SC ■ SRL va fi admisă, ■ urmând să procedeze la remedierea fișei de date a achiziției în sensul celor arătate în motivare. Remedierea și publicarea, în SEAP, a modificării intervenite, se vor face în termen de 4 zile de la primirea prezentei, procedura urmând a fi continuată

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire va fi respinsă, ca rămasă fără obiect, având în vedere soluționarea cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 alin.3 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU

■

MEMBRU

■

Redactată în 5 exemplare originale, conține 9 (noua) pagini