

BO2013_0004

Prin contestația nr. ■/26.11.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/26.11.2012, S.C. ■ C.F. S.A. cu sediul în ■, CUI ■, îndreptată împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări "Eliminare puncte periculoase prin amplasare dispozitiv de reținere vehicule de tip New Jersey prefabricat pe zona mediană ce separă sensurile de mers pe DN ■", organizată de ■ S.A., cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat obligarea autorității contractante să revizuiască documentația de atribuire în conformitate cu dispozițiile legale și conform standardelor tehnice existente.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ■/26.11.2012, S.C. ■ S.R.L. cu sediul în ■, CUI ■ și cu sediul procesual ales la Cabinet de avocat ■ cu sediul în ■, îndreptată împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări "Eliminare puncte periculoase prin amplasare dispozitiv de reținere vehicule de tip New Jersey prefabricat pe zona mediană ce separă sensurile de mers pe DN ■", organizată de ■ SA, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea în parte a acestei documentații;
- completarea documentației cu toate criteriile prevăzute de SR EN 1317-2;
- obligarea autorității contractante de a emite o documentație în conformitate cu legislația achizițiilor.

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. ■/07.12.2012, S.C. ■ S.R.L. cu sediul în ■, CUI ■, îndreptată împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul aceleiași procedurii de licitație deschisă, organizată de ■ SA, contestatorul a solicitat obligarea autorității contractante să revizuiască documentația de atribuire conform cu dispozițiile legale și a standardelor tehnice în vigoare.

Prin contestația nr. ■/07.12.2012, înregistrată la CNSC nr. ■/10.12.2012, S.C. ■ S.R.L. cu sediul în ■, CUI ■, îndreptată împotriva răspunsului autorității contractante nr. ■/07.12.2012, emis în cadrul aceleiași proceduri de licitație deschisă, organizată de ■ S.A., contestatorul a solicitat anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația înregistrată la CNSC nr. ■/10.12.2012, ■ GmbH, persoană juridică austriacă cu sediul în ■, cod fiscal ■, reprezentată de SCA ■ cu sediul în ■, îndreptată împotriva

documentației de atribuire, elaborată în cadrul aceleiași proceduri de licitație deschisă, organizată de ■ SA, contestatorul a solicitat:

-suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționare irevocabilă a fondului contestației;

-să se constate nulitatea documentației de atribuire și pe cale de consecință a întregii proceduri de achiziție publică;

-obligarea autorității contractante să reia procedura de atribuire, remediind cauzele de nelegalitate constatate.

-obligarea autorității contractante la plata către societatea sa a cheltuielilor de judecată.

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

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Ia act de renunțarea la contestația formulată de către S.C. ■ C.F. S.A. cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ SA, cu sediul în ■.

Admite excepția tardivității contestației formulată de S.C. ■ S.R.L. invocată de către autoritatea contractantă, și, pe cale de consecință, respinge contestația S.C. ■ S.R.L. cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ S.A., cu sediul în ■, ca tardivă.

Admite excepția tardivității contestației formulată de ■ GmbH invocată de către autoritatea contractantă, și, pe cale de consecință, respinge contestația ■ GmbH, persoană juridică austriacă cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ S.A., cu sediul în ■, ca tardivă.

Respinge contestația formulată de S.C. ■ S.R.L. cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ S.A., cu sediul în ■, ca nefondată.

Admite contestația formulată de S.C. ■ S.R.L. cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ S.A., cu sediul în ■.

Dispune anularea procedurii de atribuire.

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:

I. Prin contestația nr. ■/26.11.2012, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ■/26.11.2012, S.C. ■

S.A. a solicitat obligarea autorității contractante să revizuiască documentația de atribuire în conformitate cu dispozițiile legale și conform standardelor tehnice existente.

Prin adresa nr. ■/27.11.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/27.11.2012, S.C. ■ C.F. S.A. a adus la cunoștința Consiliului faptul că renunță la contestația sa din data de 26.11.2012, care face obiectul prezentei cauze.

Conform dispozițiilor art. 278 alin. (7) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare *"Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator"*.

Având în vedere dispozițiile legale invocate, Consiliul va face aplicarea acestora, luând act de renunțarea la contestația nr. ■/26.11.2012, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ■/26.11.2012, formulată de către S.C. ■ S.A., în contradictoriu cu ■ SA.

II. Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ■/26.11.2012, S.C. ■ S.R.L. susține că documentația de atribuire (caietul de sarcini), având ca obiect „Eliminare puncte periculoase prin amplasare dispozitiv de reținere vehicule de tip New Jersey prefabricat pe zona mediană ce separă sensurile de mers pe DN ■", publicată în SEAP sub nr. ■/20.11.2012, este nelegală întrucât conține criteriile de calificare și selecție care restricționează participarea la procedura de atribuire la contractul de achiziție publică și care pot favoriza anumiți participanți.

Contestatorul adaugă că în cuprinsul Caietului de sarcini, pct. II - Condiții tehnice generale și specifice ale produselor - Caracteristici tehnice pentru elementele din beton prefabricat tip New Jersey, autoritatea contractantă a inclus ca și criteriu obligatoriu de calificare, o lungime specifică de 6 m (600 cm).

Procedând în aceasta manieră, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă crează în mod nejustificat, un avantaj în favoarea unora dintre posibii participanți, procedând la discriminare în favoarea altora.

Astfel, contestatorul susține că solicitarea expresă de a se prezenta doar societăți care produc aceste elemente prefabricate de tip New Jersey, cu protecție ridicată H2, având o lungime de numai 6 m (600 cm), apare atât discriminatorie, cât și restrictivă.

S.C. ■ S.R.L. arăta că obiectul contractului care urmează a fi atribuit prin procedura din speță, și care se referă la dispozitive prefabricate de eliminare puncte periculoase prin amplasarea pe zona mediană ce separă sensurile de mers pe DN ■, nu necesită

îndeplinirea acestui criteriu special, în ceea ce privește lungimea lor, această lungime putând varia între 2 m și 3 m.

De asemenea, contestatorul precizează că aceste dispozitive de 6 m (600 cm), solicitate în mod expres de către autoritatea contractantă, presupun dotarea în baza tehnico -materială a oferantului, a unor piste de turnare cu lungime de 6 m. Or, aceste piste de turnare, de lungime de 6 m, nu permit decât producerea unor asemenea dispozitive cu o aplicabilitate redusă, fiind în realitate, destinate unor întrebuințări rare.

Însă, contestatorul arată că, în mod explicit, dispozițiile art. 38 alin. (1) interzic definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice, respectiv, care să indice o anumită producție, procedeu special, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici.

Totodată, contestatorul menționează că art. 39 din Legea achizițiilor publice, indică explicit care este excepția de la regula prevăzută anterior, respectiv aceea că, autoritatea contractantă are dreptul de a impune în cadrul documentației de atribuire, condiții speciale de îndeplinire a contractului, prin care se urmărește obținerea unor efecte de ordin social sau în legătură cu promovarea dezvoltării durabile, situație care însă, nu se regăsește în cazul din speță, întrucât nu există astfel de indicații exprese.

S.C. ■ S.R.L. precizează că deși documentația elaborată de către autoritatea contractantă se află sub incidența O.U.G. nr. 34/2006, fiind aplicabile în consecință principiile care stau la baza procedurii, între aceste principii regăsindu-se și cel al nediscriminării, tratamentului egal și cel al proporționalității, totuși, prin aceste criterii restrictive, sunt încălcate cele trei principii.

Astfel, conform dispozițiilor art 179 din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul arată că, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității, atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit.

În acest sens, contestatorul apreciază că nivelul cerințelor solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe, ar trebui să se limiteze la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigentele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Raportat la aceste prevederi legale, precum și la dispozițiile art. 7 din H.G. nr. 925/2006, criteriile de calificare și selecție, astfel

cum sunt prevăzute la art 176 din Ordonanța de urgență, ar avea 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 contractului în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

În consecință, conform dispozițiilor art 8. din HG 925/2006, alin. (1) *"Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:*

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

(2) Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției".

Referitor la principiul tratamentului egal, contestatorul arată că CJCE a stabilit că principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la procedura de atribuire să beneficieze de o analiză obiectivă a ofertelor.

Mai mult, potrivit susținerilor S.C. ■ S.R.L., Curtea consideră că procedura de comparare a ofertelor trebuie să respecte, în fiecare etapă, principiul egalității de tratament și principiul transparenței, astfel încât să permită egalitatea de oportunitate fiecărui participant în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

În ceea ce privește respectarea principiului nediscriminării, se consideră că discriminarea este realizată de către autoritatea contractantă atunci când se stabilește că respectivul participant nu îndeplinește o anumită condiție neobiectivă.

Raportat la conținutul acestor principii expres prevăzute de O.U.G. 34/2006 pentru a fi respectate, cerința autorității contractante, în speță, de a solicita aceste elemente prefabricate de tip New Jersey, cu protecție ridicată H2, având o lungime de numai 6 m (600 cm), apare ca fiind restrictivă și discriminatorie nejustificat.

Nu în ultimul rând, contestatorul arată că elementele din beton prefabricat tip New Jersey (parapeți de protecție) se clasifică după criteriile stabilite conform SR EN1317-2.

În speță, prin documentația care face obiectul prezentei contestații, au fost prevăzute doar două criterii referitoare la aceste elemente din beton prefabricat, respectiv, nivelul de protecție și încercările de acceptare.

Conform SR EN 1317-2, contestatorul precizează că pentru aceste elemente din beton prefabricat este obligatoriu a se specifica și nivelul de severitate al socului, precum și nivelurile lățimii de lucru.

Întrucât, cele două criterii prevăzute deja (nivelul de protecție și încercările de acceptare), nu determină anumite valori pentru celelalte două criterii, contestatorul susține că în mod automat se impune completarea documentației de atribuire și cu celelalte două criterii, respectiv;

1. Nivelul de severitate al socului (ex: A sau B);
2. Nivelurile lățimii de lucru (ex: W1, W2 și W8).

Contestatorul susține că în absența acestor prevederi, documentația este incompletă, lasând loc arbitrariului la selecția ofertelor, fiind din nou eludate principiile proportionalității, al tratamentului egal și al nediscriminării.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ■/04.12.2012, S.C. ■ S.R.L. a adus precizări la contestația sa prin care susține că prin "măsura corectivă" adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați, prin publicarea pe SEAP, ca urmare a contestației formulate de către societatea sa, ■ SA a înțeles să completeze lungimea elementelor prefabricate fie tip New Jersey cu lungimi de 300 cm și respectiv 400 cm, însă, a omis să completeze și cu ultima lungime posibilă, respectiv, cea de 800 cm (8 m).

Contestatorul arată că prin precizările aduse de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE AUTOSTRAZI ȘI DRUMURI NAȚIONALE SA prin cuprinsul măsurii de remediere adoptate, aceasta a precizat motivul pentru care, inițial, a solicitat doar o lungime de 600 cm (6m): *"impactul la șoc produs de un autovehicul greu sau articulat, în momentul impactului deformarea fiind pe lungime mare a elementului iar la elementele mai scurte deformarea fiind punctuală putând devia separatorul pe sensul opus circulației devenind fatal la impactul frontal cu autovehiculele ce circula în sens opus"*.

Însă, tocmai față de acest motiv, care se referă la urmările pe care le poate avea impactul cu un asemenea prefabricat de

lungime mai mică de 600 cm (6 m), contestatorul apreciază că autoritatea contractantă putea și era dator să completeze și cu o lungime mai mare, respectiv cea de 800 cm (8m), lungime care nu expune la riscurile indicate.

Astfel, prin neprecizarea și a acestei lungimi de 800 cm (8m) prin măsurile de remediere adoptate, contestatorul susține că autoritatea contractantă menține posibilitatea creerii un avantaj în favoarea unora dintre posibiii participanți, procedând la discriminare în favoarea altora.

În consecință, față de măsura de remediere adoptată de către autoritatea contractantă, respectiv, față de completarea caietului de sarcini cu lungimile de 300 cm (3m) și 400 cm (4m) și, față de precizarea și a celorlalte două criterii prevăzute în SR EN 1317-2, S.C. ■ S.R.L. precizează că își menține contestația și solicită admiterea acesteia așa cum a fost formulată și ulterior precizată.

În punctul de vedere nr. ■/29.11.2012, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/29.11.2012, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depuse de S.C. ■ S.R.L. ca nefondată și lipsită de obiect.

Referitor la critica contestatorului cu privire la Caietul de sarcini - Caracteristici tehnice, "[...] Autoritatea a inclus, ca și criteriu obligatoriu, o lungime specifică de 6 m (600 cm) [...]", autoritatea precizează că acest aspect, a fost remediat prin publicarea în SEAP a unei măsuri de remediere, care completează caietul de sarcini cu act nr. ■/■.11.2012, prin care a fost completat caietul de sarcini cu lungimile specifice potrivite scopului pentru care autoritatea intenționează să contracteze execuția și montarea elementelor de siguranță.

Cu privire la solicitarea contestatorului de a introduce în caietul de sarcini a execuției și montării dispozitivelor de reținere vehicule de tip New Jersey în lungime de 800 cm (8m), autoritatea precizează că prin caietul de sarcini s-au cerut elemente de lungime 6 m, în conformitate cu Normativul pentru sisteme de protecție pentru siguranța circulației pe drumuri, poduri și autostrăzi, INDICATIV AND 593/2012, Anexa 2/1-*Caracteristici minime orientative pe care trebuie să le îndeplinească parapetele*, care stabilește prescripțiile generale de proiectare, performanță și punere în operă a sistemelor de protecție pentru sporirea siguranței circulației pe autostrăzi, drumuri și lucrări de artă (poduri, ziduri de sprijin) ce se vor realiza conform prevederilor SR EN 1317/1, 2, 3, 4, 5. Normativul s-a întocmit în vederea armonizării

reglementărilor aflate în vigoare în prezent în România, cu prevederile standardului european comun.

Autoritatea adaugă că lungimile de 6 m, s-au ales având în vedere impactul la șoc produs de un autovehicul greu sau articulat, în momentul impactului deformarea fiind pe lungimea mare a elementului. La elemente mai scurte deformarea este punctuală, iar în urma impactului separatorul poate fi deviat pe sensul opus circulației, devenind fatal pentru autovehiculele ce circulă în sens opus. Elemente în lungime de 400 cm, acceptate prin măsura de remediere, vor constitui în cadrul contractului supus procedurii de atribuire, completări ale lungimilor sectoarelor din zona intersecțiilor, iar cele de 300 cm în zona podului, deoarece trecerea de la o lățime mai mare de lucru la una mai mică se poate face numai cu ajutorul unor elemente speciale de tranziție funcție de sistemul folosit.

Având în vedere că aceste elemente se vor monta pe aliniament, evitându-se intersecțiile, iar curbele pe care se vor monta au un unghi mai mic sau egal cu 60° , rezulta că din punct de vedere tehnic sunt necesare elemente 600 cm.

Lățimea de lucru optimă pentru $L = 600$ este $W5$, conform Anexa 2/1, avându-se în vedere montarea pe o parte carosabilă existentă, deoarece banda 2 pe un sens sau pe celălalt va fi îngustată de la existentul părții carosabile de 3.75 m la 3.50 m, o lățime mai mare ar modifica întreg sistemul rutier.

Autoritatea contractantă susține că parapetul în lungime de 8 m solicitat de S.C. ■ S.R.L., nu este prevăzut de Normativul indicativ AND 593/2012 și în consecință nu a fost montat pe nici un drum național sau autostradă de pe cuprinsul României.

Având în vedere că fundamentarea contestației depuse de S.C. ■ S.R.L are la baza SR EN 1317/1-2 -Clase de performanță, criteriile de acceptare a încercărilor la șoc și metode de încercare a parapetelor de siguranță, autoritatea menționează că acest SR este cuprins și înglobat în Normativul indicativ AND 593/2012 care a constituit baza elaborării caietului de sarcini.

În consecință, ■ S.A. consideră solicitarea contestatorului ca nejustificată și improprie necesităților sale.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, S.C. ■ S.R.L. a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ■/04.12.2012 prin care arată că ■ S.A. face trimitere la Normativul indicativ AND 593/2012.

Contestatorul precizează că în caietul de sarcini nu se face nici un fel de trimitere la Normativul indicativ AND 593/2012.

De asemenea, din cuprinsul Anexei 2/1, anexată la răspunsul ■, contestatorul apreciază că aceasta se referă la "Caracteristici minime orientative pe care trebuie să le îndeplinească parapetele", iar nu la caracteristici obligatorii, cu caracter restrictiv.

Pe de altă parte, contestatorul învederează aspectul potrivit căruia, S.C. ■ S.R.L. deține un certificat de conformitate CE, eliberat de un organism de certificare (ICECON), pentru un element din beton prefabricat tip New Jersey (parapete) cu lungimea de 800 cm (8 m).

În consecință, contestatorul susține că aceste elemente din beton prefabricat tip New Jersey pot să fie produse și ulterior, livrate și montate în România și pe tot teritoriul Comunității Europene.

Față de aspectele invederate atât prin cuprinsul contestației, cât și prin răspunsurile ulterioare, precum și față de argumentele oferite de către autoritatea contractantă, raportat și la modificările aduse caietului de sarcini, S.C. ■ S.R.L. susține că documentația aferentă procedurii este restrictivă și nelegală și, în consecință, solicită admiterea contestației sale așa cum a fost formulată.

III. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ■/07.12.2012, S.C. ■ S.R.L. precizează că se referă la tipul contractului ce urmează a se încheia și durata contractului.

Contestatorul menționează că în data de 20.11.2012 a fost publicat pe SEAP anunțul de participare nr. ■/■.11.2012, cu atașarea documentației de atribuire nr. ■, pentru contractul "*Eliminare puncte periculoase prin amplasare dispozitiv de reținere vehicule de tip New Jersey prefabricat pe zona mediană ce separa sensurile de mers pe DN ■*".

S.C. ■ S.R.L. arată că tipul menționat al contractului este "contract de lucrări" și consideră că autoritatea contractantă a menționat în mod greșit că tipul contractului este de lucrări, acesta fiind "de furnizare", așa cum este definit la art. 5 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv "*Contractul de achiziție publică ce are ca obiect principal furnizarea de produse și, cu titlu accesoriu, operațiuni/lucrări de instalare și punere în funcțiune este considerat un contract de furnizare*".

Prin urmare, contestatorul solicită autorității contractante să modifice fișa de date a achiziției, raportat la tipul de contract de furnizare.

Totodată, S.C. ■ S.R.L. precizează că durata menționată a contractului, conform anunțului tip erată nr. ■ este de 60 zile.

Contestatorul apreciază că acest termen nu se poate menține în practică, deoarece parapeții solicitați sunt din beton prefabricate, care se pot livra după circa 28 zile de la turnare, și că doar o companie care ar deține deja pe stoc aceste produse s-ar putea încadra în acest termen.

Deasemenea, contestatorul menționează că pentru transportul și instalarea acestor elemente ar fi necesare circa 1700-2000 camioane, iar la 60 zile calendaristice de fapt sunt circa 45 zile lucrătoare.

Practic, în fiecare zi un număr de 38-45 camioane ar trebui să fie descărcate simultan, operațiune care presupune blocarea a cel puțin două benzi, instituirea de restricții și devieri de circulație, fapt ce ar cauza prejudicii majore.

Prin urmare, S.C. ■ S.R.L. solicită autorității contractante să modifice durata contractului, astfel încât să poată fi realizat în condiții optime.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată și obligarea autorității contractante să revizuiască documentația de atribuire.

În punctul de vedere nr. ■/07.12.2012, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/07.12.2012, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depuse de S.C. ■ S.R.L. ca tardivă.

Autoritatea contractantă apreciază contestația formulată de S.C. ■ S.R.L. ca fiind depusă în afara termenului prevăzut de articolul 256² alin. (1) lit. b) în condițiile alin. (2) ale aceluiași articol din O.U.G. nr. 34/2006, care precizează că "în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5) [...] art. 89 alin (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire".

Având în vedere că documentația de atribuire a fost disponibilă pe www.e-licitatie.ro în data de 20.11.2012, iar termenul de 5 zile prevăzut la art. 256² alin. (1) a expirat în 26.11.2012, în temeiul art. 271 alin. (1), ■ SA solicită respingerea contestației formulată de S.C. ■ S.R.L. ca fiind tardivă.

IV. Prin contestația nr. ■/07.12.2012, înregistrată la C.N.S.C. nr. ■/08.12.2012, S.C. ■ S.R.L. contestă răspunsul autorității contractante nr. ■/07.12.2012 publicat în SEAP.

Contestatorul precizează că în data de 06.12.2012 a solicitat clarificări conform adresei nr. ■, în calitate de operator economic interesat să participe și să depună ofertă la procedura de achiziție publică în cauză prin care se solicita:

-1.Care este durata de realizare a lucrărilor? Deoarece există discrepanță între anunțul de participare nr. ■/20.11.2012 modificat prin anunțul tip erată ■/29.11.2012, fișa de date și modelul de contract în ceea ce privește durata contractului deoarece în anunțul tip erată se modifica punctul II.3) Durata contractului/acordului cadru sau termenul pentru finalizare de la 30 zile la 60 zile, iar în anunțul de participare și în fișa de date apare la punctul V.I.3) Alte Informații3. Durata contractului: 30 zile de la predarea amplasamentului și data emiterii ordinului de începere, iar în modelul de contract la Capitolul IV - Termenul de Execuție. Durata Contractului - Art.6(1) Termenul de execuție a Lucrărilor este de 30 de zile calendaristice....

-față de aspectele semnalate mai sus cum se va calcula durata contractului având în prevederile caietului de sarcini punctul 5 Obligațiile și responsabilitățile beneficiarului prevede că beneficiarul este obligat "să emită comenzile aferente în baza contractului învheiat și să stabilească programul de desfășurare a lucrării"

-2.Care este domeniul de atestare pentru responsabilul tehnic cu execuția solicitat potrivit prevederilor punctului III.2.3.a din Fișa de date?

-3.Având în vedere că elaborarea documentației de atribuire este potrivit art. 3 alin. (1) în H.G. 925/2006 atribuția autorității contractante și privitor la conținutul acesteia, legislația în domeniu precizează că aceasta trebuie să fie clară și să conțină toate informațiile necesare pentru elaborarea corespunzătoare a ofertei, întrucât formularea "cel puțin un contract sau prin cumularea a cel mult două contracte cu obiecte similare prezentei proceduri.." și "Dovada similitudinii lucrărilor prezentate, cu cele supuse procedurii revine operatorului economic" de la punctul III.2.3.a-experiența similară este ambiguă și tendențioasă afectând modul uniform de comparare a ofertelor, cu atât mai mult cu cât există neconcordanță între prevederile punctului II.1.2. -Tipul contractului "lucrări" și punctul II.2.1 cantitatea totală sau domeniul - "montare și procurare", vă solicităm definirea în mod clar, concret și fără ambiguități a obiectului contractelor "similare" și modul concret prin care înțelegeți îndeplinirea cerinței privind experiența similară inclusiv în ceea ce privește "Dovada similitudinii lucrărilor"

prezentate, cu cele supuse procedurii, revine operatorului economic"

-4.Întrucât cerința din caietul de sarcini punctul VII Cerințe Obligatorii – "Antreprenorul să dețină Certificatul de Conformitate CE și Declarația de Conformitate, precum și rapoartele testelor de încercare la șoc în conformitate cu SREN 1317/1-5 și CRASHTEST-ul; de asemenea se va prezenta, după caz, Acordul tehnic emis de Consiliul Tehnic Permanent pentru Construcții este restrictivă îngrijind accesul operatorilor economici la procedura în cauză, solicităm eliminarea cerinței referitoare la rapoartele testelor de încercare la șoc în conformitate cu SREN 1317/1-5 și CRASHTEST-ul, deoarece în faza de ofertare nu prezintă relevanță raportat la obiectul contractului execuție lucrări.

S.C. ■ S.R.L. menționează că urmare a solicitării sale de clarificări, autoritatea contractantă a postat în SEAP în 07.12.2012 următoarele răspunsuri:

La întrebarea 1. "Durata contractului este de 60 de zile după predarea de amplasament, obținerea acordurilor restricțiilor de circulație și emiterea ordinului de începere. Erata modifică informațiile originale oferite de autoritatea contractantă în anunțul original și în documentele de licitație corespunzătoare (contract, fișa de date etc.)".

Contestatorul susține că în primul rând întrebarea sa se referă la *durata de realizare a lucrărilor* și autoritatea răspunde cu durata contractului, astfel, S.C. ■ S.R.L. consideră că aceasta a fost în mod intenționat pentru a induce în eroare și oricum cu nerespectarea prevederilor legale în speță prevederile art. 78 alin. (2) din OUG 34/2006, conform cărora "Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic".

În al doilea rând, contestatorul menționează că explicația prezentată cu privire la discrepanța prezentată de societatea sa nu este pertinentă și nu respectă prevederile legale deoarece erata modifică doar punctul II.3) din anunțul original și nu toate documentele invocate.

În cel de al treilea rând, contestatorul precizează că autoritatea nu răspunde la modul cum se va calcula durata contractului în cazul în care așa cum este menționat în caietul de sarcini se emit mai multe comenzi - informație foarte importantă pentru a putea întocmi oferta.

La întrebarea 2 - autoritatea contractantă răspunde: "Responsabilul tehnic cu execuția va fi atestat în domeniul Construcții rutiere, drumuri, poduri, tunele și piste de aviație", contestatorul apreciază că sunt incidente prevederile art. 179 alin. (4) din O.U.G. 34/2006: "(4) Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate conform alin. (3) conduce la anularea procedurii de atribuire, cu excepția modificărilor dispuse prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor" deoarece completează criteriile de calificare și selecție.

La întrebarea 3 - Autoritatea contractanta răspunde: "Experiența similară poate fi dovedită prin prezentarea unui contract de valoarea celui solicitat al cărui obiect să fi fost montarea de parapete tip New Jersey, Plafonul solicitat poate fi îndeplinit și prin cumularea a două contracte dintre care unul să aiba ca obiect montarea de parapete și celălalt furnizarea de parapete".

Contestatorul apreciază că în acest caz sunt incidente prevederile art. 179 alin. (4) din O.U.G. 34/2006, deoarece completează criteriile de calificare și selecție în sensul că prin clarificarea formulată se solicită ca experiența similară să fie îndeplinită prin prezentarea unor contracte identice cu cel ce urmează a se executa, încălcându-se astfel prevederile Ordinului 509 al președintelui ANRM - în fișa de date se solicită "copia contract de lucrări", iar prin răspuns se modifică cerința minimă în sensul că se pot prezenta și contracte de furnizare (furnizare + montaj).

La întrebarea nr.4 - Autoritatea contractantă răspunde: "Aceste documente garantează autorității contractante calitatea prefabricatelor ce vor fi puse în operă, de către Antreprenor. Antreprenorul va prezenta Certificatul de Conformitate CE și Declarația de Conformitate, precum și rapoartele testelor de încercare la șoc în conformitate cu SREN 1317/1-5 și CRAHTEST-ul de la Producătorul prefabricatelor", contestatorul solicită conform prevederilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. 34/2006 eliminarea acestora din caietul de sarcini întrucât obiectul contractului nu este de furnizare.

Având în vedere gravele abateri, inclusiv încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din O.U.G. 34/2006 care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică și în conformitate cu prevederilor art. 179 alin. (4), art. 255 alin. (1), art. 256 alin. (1), în termenul legal prevăzut de prevederile ordinului Președintelui

ANRMAP nr. 171/2012 și prevederile art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006, S.C. ■ S.R.L. solicită anularea procedurii de achiziție publică.

Prin adresa nr. ■/14.12.2012, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ■/14.12.2012, autoritatea contractantă afirmă că „Referitor contestație formulată de SC ■ SRL act FN, înregistrat la ■ sub nr. ■/10.12.2012, autoritatea contractantă nu a formulat punct de vedere”.

V. Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. nr. ■/10.12.2012, ■ GmbH precizează că nefiind publicat niciun anunț despre această procedură în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (în continuare „JOUE”), nu a putut afla în mod direct despre această licitație.

Mai mult, contestatorul menționează că nedispunând de un sediu în România, societatea sa nu putea fi prezumată a fi avut cunoștință de conținutul înregistrărilor în baza de date "SEAP", cu acoperire strict națională, și ca atare nu a putut afla nici pe această cale despre existența acestei proceduri de licitație publică, astfel că împotriva sa termenul prevăzut la art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 pentru depunerea contestației nu a început să curgă, în ceea ce o privește societatea sa, decât în data de 10.12.2012.

Conform art. 275¹ din O.U.G. 34/2006, ■ GmbH solicită Consiliului să suspende procedura de achiziție publică, apreciind că, condițiile statornicite de textul legal sus-arătat sunt îndeplinite.

În cazul de față, contestatorul arată că o privire sumară asupra motivelor de nelegalitate invocate mai jos va conduce Consiliul să constate că este improbabil ca procedura de achiziție publică să fie considerată ca legală în urma analizei aprofundate a fondului contestației.

■ GmbH consideră că au fost încălcate normele juridice privind calificarea contractelor de achiziție publică și estimarea valorii acestora, cu consecința eludării unor obligații ale autorității contractante ce ar fi fost determinate de anumite praguri valorice.

Contestatorul susține că suspendarea procedurii de achiziție publică este necesară pentru prevenirea unei pagube iminente, ce va fi evitată prin suspendarea procedurii, constă tocmai în pierderea șansei de participare la o licitație interesantă din punct de vedere economic, cu șanse mici de a se repeta în viitorul apropiat, al cărui termen de depunere a ofertelor expiră în data de 11.12.2012, ora 09:00.

În speța de față, contestatorul apreciază că suspendarea procedurii nu ar avea niciun impact negativ asupra interesului public, ci chiar dimpotrivă dacă s-ar trece, în mod prematur, la

etapa evaluării ofertelor, înainte de pronunțarea deciziei Consiliului asupra cererii de anulare a procedurii, este posibil ca toate demersurile autorității contractante să fie zădărnice.

Contestatorul susține că în mod nelegal autoritatea contractantă a calificat contractul ca fiind unul de lucrări, cu consecința eludării obligației de publicare a anunțului în JOUE.

Conform art. 5 alin. (2), *"Contractul de achiziție publică ce are ca obiect principal furnizarea de produse și, cu titlu accesoriu, operațiuni/lucrări de instalare și punere în funcțiune a acestora este considerat contract de furnizare"*.

Totodată, ■ GmbH invocă dispozițiile art. 7 din O.U.G. nr. 34/2006 care prevede că: *"Contractul de achiziție publică care are ca obiect atât furnizarea de produse, cât și prestarea de servicii este considerat: a) contract de furnizare, dacă valoarea estimată a produselor este mai mare decât valoarea estimată a serviciilor prevăzute în contractul respectiv"*.

Or, în speță, contestatorul arată că valoarea produselor furnizate este de aproximativ 80% din valoarea contractului, în timp ce numai 20% din valoare corespunde transportului și montajului.

Această împrejurare ar fi trebuit fără îndoială să determine calificarea contractului ca fiind unul de furnizare, și nu de lucrări, cu toate consecințele ce decurg din aceasta.

Astfel, conform art. 55 alin. (2) din O.U.G. 34/2006, *"publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie în toate situațiile în care:*

a) autoritatea contractantă se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 8 lit. a)-c), iar valoarea estimată a contractului de furnizare sau de servicii care urmează să fie atribuit este egală ori mai mare decât echivalentul în lei al 125.000 euro"

Conform anunțului de participare, valoarea estimată a contractului fără TVA este de 22.413.103,44 lei. Or, cursul de referință lei/euro al BNR la data publicării anunțului de participare (20.11.2012) este de 4.5342 lei/euro, ceea ce determină o valoare estimată a contractului, exprimată în euro, de 4.943.121,92 euro, în mod evident mult peste pragul valoric de 125.000 euro prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. a) din O.U.G. 34/2006.

Cât privește autoritatea contractantă, conform calificării date chiar de aceasta la secțiunea 1.1 din anunțul de participare *"Minister sau orice altă autoritate națională sau federală, inclusiv subdiviziuni regionale sau locale ale acestora"*, contestatorul susține că nu există niciun dubiu că ■ se încadrează în categoria

prevăzută la art. 8 lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006: "oricare organism al statului - autoritate publică sau instituție publică - care acționează la nivel central ori la nivel regional sau local".

Având în vedere cele de mai sus, în lumina art. 55 alin. (2) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul apreciază că se impune constatarea că autoritatea contractantă, prin calificarea abuzivă a tipului de contract de achiziție publică, și-a încălcat obligația de a publica un anunț de participare în JOUE.

■ GmbH susține că această carență procedurală este de natură a prejudicia grav interesele societății sale și justifică pe deplin admiterea cererii sale de anulare a procedurii și de obligarea autorității contractante de a relua procedura după remedierea viciilor arătate.

În subsidiar, contestatorul susține că autoritatea a încălcat obligația de publicare a anunțului în JOUE din cauza depășirii pragului valoric stabilit chiar și pentru contractele de lucrări.

Contestatorul arată că în ipoteza probabilă în care Consiliul ar respinge calificarea de contract de furnizare argumentată de ■ GmbH mai sus și ar menține calificarea de contract de lucrări indicată de autoritatea contractantă, se impune constatarea că, și în acest caz ar fi fost obligatorie publicarea anunțului în JOUE, căci valoarea estimată a contractului (echivalentul în lei al 4.943.121,92 euro) depășește în orice ipoteză pragul de 4.845.000 euro prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. (c) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin neaplicarea procedurii publicării anunțului în JOUE, contestatorul susține că autoritatea contractantă fie a încălcat prevederile art. 55 alin. (2) lit. (c) din O.U.G. 34/2006 în mod direct și nejustificabil, prin nesocotirea dispozițiilor art. 26 din O.U.G. 34/2006, potrivit cărora *"Valoarea estimată a contractului de achiziție publică trebuie să fie determinată înainte de inițierea procedurii de atribuire a contractului respectiv. Această valoare trebuie să fie valabilă la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de participare"*, precum și a dispozițiilor art. 23 din O.U.G. 34/2006, conform cu care: *"Autoritatea contractantă nu are dreptul (...) de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice"*.

Prin nepublicarea anunțului de participare în JOUE, precum și prin nerespectarea termenelor prevăzute de legislația în vigoare ca răgaz între această publicare și data limită pentru primirea

ofertelor, ■ GmbH susține că îi sunt prejudiciate grav interesele legitime, societatea sa fiind până în prezent în imposibilitatea de a lua cunoștință de această licitație publică de anvergură, derulată în domeniul său de activitate, la care ar fi putut participa cu șanse considerabile de reușită dacă ar fi aflat despre derularea procedurii pe căile și în termenele legale.

În drept, contestatorul își întemeiază prezenta contestație pe prevederile art. 5 alin. (2), art. 7, art. 8, art. 23, art. 25, art. 26, art. 55 alin. (2), art. 255, art. 256², art. 271, art. 275, art. 275¹, art. 278 din O.U.G. 34/2006, precum și principiile generale din domeniul achizițiilor publice.

În punctul de vedere ■/11.12.2012, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/12.12.2012, cu privire la contestația depusă de ■ GmbH, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca tardivă.

Autoritatea contractantă constată că, contestația depusă de S.C. ■ GMBH este formulată în afara termenului prevăzut de articolul 256² alin. (1) lit. b) în condițiile alin. (2) ale aceleiași articol din O.U.G. 34/2006, care precizează *"în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), [.....] art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire"*.

Având în vedere că documentația de atribuire a fost disponibilă pe www.e-licitatie.ro în data de ■.11.2012, iar termenul de 5 zile prevăzut la art. 256² alin. (1) a expirat în 26.11.2012, în temeiul art. 271 alin. (1), autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de ■ GMBH ca fiind tardivă.

Referitor la cererea de suspendare, având în vedere că serviciul specializat din cadrul ■, conform apostilei, a luat la cunoștință de contestația în cauză, în data de 11.12.2012, ora 9:22, respectiv după termenul limită stabilit în anunțul nr. ■/20.11.2012 pentru depunerea ofertelor, respectiv ora 9:00, iar comisia de evaluare în data de 11.12.2012, ora 10:00 când a avut loc deschiderea ofertelor depuse la procedura menționată (PV nr ■/11.12.2012), autoritatea contractantă consideră această măsură ca fiind tardivă și în subsidiar solicită respingerea cererii de suspendare ca rămasă fără obiect.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, ■ GMBH a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ■/12.12.2012, prin care solicită respingerea excepției tardivității invocată de ■, respingerea excepției lipsei de obiect a cererii de suspendare a procedurii de achiziție publică până la soluționarea

fondului contestației și admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Referitor la excepția tardivității contestației, contestatorul arată că autoritatea contractantă se mărginește la a afirma că "*documentația de atribuire era disponibilă pe www.e-licitatie.ro în data de 20.11.2012*", fără a preciza de ce consideră că această publicare, insuficientă față de natura și valoarea contractului, ar putea fi opozabilă societății sale.

■ GMBH precizează că rațiunea pentru care a fost instituită în dreptul comunitar și transpusă la nivel național, obligația autorităților contractante ca, peste anumite praguri valorice, să publice anunțul de participare și în JOUE, este tocmai aceea de a asigura transparența și egalitatea operatorilor economici intra-comunitari în dreptul de a participa la procedurile de achiziție publică organizate în orice stat membru al uniunii europene.

Contestatorul susține că motivul pentru care societatea sa nu am luat cunoștință decât foarte târziu (și de altfel pur întâmplător) de desfășurarea acestei proceduri este tocmai lipsa anunțului în JOUE, prin care i-a fost vătămat în primul rând interesul legitim de a participa la procedură și dreptul legitim de a formula o contestație înăuntrul termenelor stabilite de legea română pentru operatorii care au cunoscut documentația publicată pe site-ul român *www.e-licitatie.ro*.

Totodată, contestatorul apreciază că a aplica însă societății sale sancțiunea decăderii din dreptul de a formula prezenta contestație ar lăsa deci fără sancțiune, și fără conținut juridic obligația autorității contractante de publicare a anunțurilor în JOUE.

De asemenea, contestatorul arată că interesul de a ataca o procedură de achiziții publice pentru acest motiv de nelegalitate îl au tocmai (și în principal) operatorii provenind din state membre diferite de cel în care se organizează licitația, și care sunt vătămați, întocmai ca societatea sa, de lipsa publicității la nivel comunitar.

A le nega tocmai acestor operatori dreptul la calea administrativă de atac, pentru un motiv ce ține de nelegalitate, echivalează cu a coborâ norma comunitară la nivelul unei simple recomandări, susține contestatorul.

Mai mult, contestatorul apreciază că o asemenea soluție ar contraveni flagrant principiului transparenței și principiului libertății prestării serviciilor în spațiul Uniunii Europene.

Pentru aceste considerente, contestatorul solicită Consiliului să constate că împotriva societății sale, termenul prevăzut la art. 256 din O.U.G. 34/2006 pentru depunerea contestației (care, de

altfel, din pricina valorii reale a contractului nu este de 5 zile ci de 10 zile - art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG 34/2006) nu a început să curgă, în ceea ce o privește societatea sa, decât la data luării efective la cunoștință (10.12.2012), și că acest termen nu era expirat la momentul depunerii contestației (în aceeași zi).

Pe cale de consecință, contestatorul solicită Consiliului să respingă excepția tardivității contestației.

Cu privire la respingerea excepției lipsei de obiect a cererii de suspendare a procedurii de achiziție publică până la soluționarea irevocabilă a fondului contestației, ■ GMBH arată că autoritatea contractantă își invocă propria culpă în susținerea acestei excepții, declarând că *"având în vedere serviciul specializat din cadrul ■"* ar fi luat cunoștință de contestație în data de 11.12.2012, ora 09.22.

În primul rând, contestatorul susține că este de necontestat că societatea sa și-a îndeplinit obligația procedurală de a face contestația cunoscută și opozabilă autorității contractante, trimițând, conform prevederilor legale, o copie a contestației la numărul de fax indicat de autoritatea contractantă în chiar anunțul de participare.

Însă, împrejurarea că, între diversele servicii ori birouri ale autorității contractante, comunicarea este lentă, contestatorul consideră că nu îi poate fi imputat. Autoritatea contractantă ar trebui să poarte întreaga răspundere pentru modul în care corespondența, trimisă la datele de contact indicate, ajunge la persoanele însărcinate cu dosarul pe rol.

Mai mult, contestatorul arată că chiar prin afirmația suscitată, ■ recunoaște că, în ciuda problemelor interne de comunicare pe care le invocă, aceasta a luat cunoștință de contestație înainte de ora prevăzută pentru deschiderea ofertelor. Or, cu toate acestea și după toate aparențele cu rea-credință, autoritatea a procedat la deschiderea ofertelor, deși ar fi avut posibilitatea de a aștepta decizia CNSC.

În consecință, contestatorul solicită Consiliului să constate că singurul motiv pe care ■ își fondează susținerea lipsei de obiect a contestației sale este acela că ofertele au fost deschise. Or, faptul deschiderii ofertelor este imputabil tocmai autorității contractante, iar nu societății sale.

În orice ipoteză, chiar și în condițiile deschiderii ofertelor, ■ GMBH consideră condițiile cerute pentru suspendarea procedurii îndeplinite.

Așa cum a arătat și în cuprinsul contestației, contestatorul susține că au fost încălcate normele juridice privind calificarea

contractelor de achiziție publică și estimarea valorii acestora, cu consecința eludării unor obligații ale autorității contractante ce ar fi fost determinate de anumite praguri valorice.

Contestatorul apreciază că a aștepta decizia asupra fondului înainte de a continua cursul procedurii ar fi pe deplin congruent cu principiul securității juridice, al utilizării fondurilor publice, și concordant cu interesul public.

Cât privește condiția pagubei iminente, ■ GMBH solicită Consiliului să constate că, prin deschiderea ofertelor procedura a intrat într-o nouă etapă, cea a evaluării fără ca societatea sa (și posibil și alți operatori economici din Uniunea Europeană) să fi avut ocazia să cunoască desfășurarea procedurii și să depună oferte. Paguba iminentă, constând în pierderea șansei de participare la o licitație interesantă din punct de vedere economic, poate fi evitată doar prin suspendarea procedurii.

Față de faptul juridic al deschiderii ofertelor, contestatorul arată că urgența se justifică în continuare, prin prisma limitării în timp stabilite de lege pentru determinarea, de către autoritatea contractantă, a ofertei câștigătoare (art. 200 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006).

În urma studierii dosarului achiziției publice, ■ GMBH a depus "Concluzii" înregistrate la Consiliu cu nr. ■/20.12.2012, prin care solicită:

- respingă excepției tardivității contestației, ridicată de ■ prin punctul său de vedere și, pe cale de consecință, judecarea contestației;

- respingerea excepția lipsei de obiect a cererii de suspendare a procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului contestației;

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului contestației;

- pe fond, să se constate nulitatea documentației de atribuire și, pe cale de consecință, a întregii proceduri de licitației publice;

- pe cale de consecință, să oblige autoritatea contractantă să reia procedura de achiziție publică, remediind cauzele de nelegalitate constatate;

- obligarea autorității contractante la plata către societatea sa a cheltuielilor de judecată, pentru toate considerentele dezvoltate în motivarea contestației, precum și în concluziile transmise în data de 12.12.2012.

Contestatorul susține că în urma studierii dosarului aflat pe rolul CNSC au rezultat următoarele constatări importante pentru soluționarea contestației:

1. Utilizarea arbitrară a cursului de schimb valutar de către autoritatea contractantă

Așa cum a fost precizat în cuprinsul contestației, conform literaturii și jurisprudenței, contestatorul apreciază că, cursul de schimb ce ar fi trebuit utilizat, în mod consecvent, în cadrul procedurii de achiziție publică ar fi trebuit să fie cursul de referință Ron/Euro al BNR la data publicării anunțului de participare 20.11.2012.

Totuși, contestatorul susține că autoritatea contractantă utilizează un alt curs de schimb la fiecare din actele pe care le emite. Astfel, în Nota privind determinarea valorii estimative, ■ face referire la un curs din data de 18.10.2012 (fără a preciza ce semnificație are această dată și pentru ce motiv a fost aleasă ca moment de referință), iar în Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor se menționează un curs din data de 04.12.2012 (din nou fără a se explica relevanța acestei date pentru procedură).

2. Depășirea pragului valoric stabilit de lege pentru publicarea în JOUE chiar și potrivit estimării autorității contractante

După cum a fost arătat în cuprinsul contestației că, la cursul de schimb al BNR din data de 20.11.2012, anume 4.5342 Ron/Euro, valoarea estimată a contractului, exprimată în Euro, ar fi de 4.943.121,92 euro.

■ GMBH arată că dincolo de chestiunile privind calificarea contractului și corectitudinea estimării date de ■, se impune concluzia că în orice ipoteză pragul valoric specific publicității la nivel comunitar este oricum depășit.

Astfel, chiar și la cursul de schimb utilizat (arbitrar, în opinia sa) de către autoritatea contractantă, valoarea estimată a contractului - 4.899.895,81 Euro - depășește în orice ipoteză nu numai pragul de 125.000 Euro prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. a) din O.U.G. 34/2006 pentru contracte de furnizare (care ar fi calificarea corectă a prezentului contract, așa cum a fost dezvoltat în contestație), ci și pragul de 4.845.000 Euro prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. (c) din O.U.G. 34/2006 pentru contracte de lucrări (calificarea dată de ■).

Așadar, contestatorul apreciază că chiar autoritatea contractantă recunoaște indirect că sunt îndeplinite, în orice ipoteză, condițiile pentru obligația de publicare a anunțului în JOUE.

În consecință, contestatorul susține că față de această împrejurare, nulitatea procedurii de achiziție publică este evidentă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă, ■ S.A. prin anunțul de participare nr. ■/■.11.2012, publicat în SEAP, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect "Eliminare puncte periculoase prin amplasare dispozitiv de reținere vehicule de tip New Jersey prefabricat pe zona mediană ce separă sensurile de mers pe DN ■", documentația de atribuire fiind postată în SEAP alături de anunțul de participare. Valoarea estimată a contractului este de 22.413.103,44 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire "prețul cel mai scăzut".

Împotriva documentației de atribuire au formulat contestație S.C. ■ C.F. S.A., S.C. ■ S.R.L., S.C. ■ S.R.L., S.C. ■ S.R.L. și ■ GmbH.

Analizând excepția tardivității contestației formulate de S.C. ■ S.R.L., excepție invocată de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere, Consiliul constată că aceasta formulează critici cu privire la „tipul contractului ce urmează a se încheia” și „durata contractului”.

Contestatorul consideră că tipul de contract a fost menționat greșit ca fiind contract de lucrări, în opinia sa contractul în speță este un contract de furnizare, așa cum este definit de dispozițiile art. 5 alin.(2) din O.U.G. 34/2006, potrivit cărora „*Contractul de achiziție publică ce are ca obiect principal furnizarea de produse și, cu titlu, cu titlu accesoriu, operațiuni/lucrări de instalare și punere în funcțiune este considerat un contract de furnizare*”, motiv pentru care solicită modificarea fișei de date a achiziției.

În ceea ce privește durata contractului contestatorul critică faptul că, potrivit anunțului tip erată ■, aceasta este de 60 de zile, termen considerat insuficient în condițiile în care, după cum afirmă, parapetii solicitați sunt din beton prefabricat, se pot livra după circa 28 de zile de la turnare, și că doar o companie care ar deține deja pe stoc aceste produse s-ar putea încadra în termen.

În vederea soluționării contestației, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în temeiul art. 275 alin. (1) și al art. 269 din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, a solicitat contestatorului S.C. ■ S.R.L., prin adresa nr. ■ din 10.12.2012, să formuleze, în scris, punct de vedere cu privire la excepția tardivității invocată de către autoritatea contractantă, prin

raportare la dispozițiile art.256² alin.(1) și alin.(2) coroborat cu art. 271 alin. (1) din ordonanța de urgență menționată anterior.

S.C. ■ S.R.L. nu a răspuns solicitării Consiliului, deși, aceasta a confirmat primirea solicitării, adresa nr. ■ din 10.12.2012 fiind înregistrată la sediul său sub nr. ■/12.12.2012.

Din materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei și analizând criticile aduse de S.C. ■ S.R.L. în prezenta cauză, Consiliul constată că acestea se referă la prevederi din anunțul de participare nr. ■ publicat în SEAP în data de ■.11.2012 și din anunțul tip erată nr. ■ publicat în SEAP în data de ■.11.2012.

Sub acest aspect, verificând respectarea termenului de depunere a contestațiilor la organul administrativ-jurisdicțional, Consiliul constată că, în cauză, sunt aplicabile dispozițiile art. 256² din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora *"(1) Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: (...)*

b) 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)".

Astfel, luând în considerare valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză (22.413.103,44 lei, fără TVA), conform invitației de participare nr. ■/■.11.2012, și tipul acestuia (contract de lucrări), Consiliul constată că termenul pe care îl avea la dispoziție S.C. ■ S.R.L., pentru a ataca actele menționate anterior, era de 5 zile de la data luării la cunoștință despre conținutul acestora (data comunicării în SEAP a anunțului de participare și a anunțului tip erată), fiind aplicabile în acest caz dispozițiile art. 55 alin. (2) lit. c) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Din probele administrate la dosarul cauzei, rezultă faptul că S.C. ■ S.R.L. a luat cunoștință de prevederile criticate în data de 20.11.2012, respectiv 29.11.2012, termenul legal de 5 zile, avut la dispoziție pentru depunerea contestației, calculat, în conformitate cu dispozițiile art. 3 lit. z) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care prevăd că: *"zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei*

ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, împlinindu-se la data de 26.11.2012 (25.11.2012–duminică), respectiv 04.12.2012.

Astfel cum s-a reținut anterior, termenul legal de depunere a contestației este de 5 zile, în baza prevederilor art. 256² alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Contestația formulată de către S.C. ■ S.R.L. a fost transmisă prin e-mail în data de 06.12.2012 și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ■/07.12.2012, în afara termenului de contestare, în condițiile în care S.C. ■ S.R.L. a luat la cunoștință de prevederile contestate în data de 20.11.2012 și 29.11.2012.

Față de cele constate anterior, Consiliul reține în luarea deciziei de admitere a excepției dispozițiile art.271 alin.(1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează **atât la Consiliu**, cât și la autoritatea contractantă, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256²”.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță, Consiliul reține incidența tardivității contestării prevederilor din anunțul de participare nr. ■ și anunțul tip erată nr. ■ , motiv pentru care, în baza art. 278 alin. (1) și (5) din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca tardivă, contestația formulată de către S.C. ■ S.R.L.

Fără pronunțare asupra fondului contestației, conform art. 278 alin. (1) din ordonanța de urgență aplicabilă în materie.

Analizând excepția invocată de către autoritatea contractantă cu privire la contestația formulată de ■ GmbH, Consiliul constată că la dosarul cauzei au fost depuse documente din care rezultă că punctului de vedere prin care a fost invocată excepția tardivității contestației a fost transmisă contestatorului iar acesta din urmă prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ■/12.12.2012 a transmis punct de vedere prin care solicită respingerea excepției.

În susținerea cererii de respingere a excepției tardivității contestatorul arată că motivul pentru care a luat la cunoștință „foarte târziu” de desfășurarea acestei proceduri l-a constituit

faptul că acesta nu a fost publicată în JOUE, data luării „efective” la cunoștință despre aceasta a fost, după cum susține contestatorul, 10.12.2012.

Având în vedere că ■ GmbH critică prevederi din documentația de atribuire, prevederi care au fost aduse la cunoștință potențialilor ofertanți, în SEAP, în data de 20.11.2012, contestarea acestora în data de 10.12.2012 s-a făcut cu încălcarea termenului prevăzut de art.256² alin. (1) lit. b) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Consiliul constată că prevederile art.256² alin. (1) lit. b) din O.U.G. 34/2006 statuează că *“(1) Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: (...)*

b) 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, (...)”.

Or, contestatorul nu face dovada că data la care a luat la cunoștință despre actul considerat nelegal a fost 10.12.2012, pentru a da posibilitatea Consiliului să stabilească, prin raportare la acest termen, tardivitatea contestației.

Prin urmare, formularea unei contestații în data de 10.12.2012 este tardiv formulată, termenul de 5 zile fiind depășit în prezenta speță, motiv pentru care art. 278 alin. (1) din ordonanță, Consiliul respinge, ca tardivă, contestația formulată de către ■ GmbH.

În ceea ce privește cererea de suspendarea a procedurii de atribuire, având în vedere decizia de respingere, ca tardivă a contestației, Consiliului o va respinge pe cale de consecință.

Fără pronunțare asupra fondului contestației, conform art. 278 alin. (1) din O.U.G. 34/2006.

Pe fondul cauzei, analizând contestația formulată de S.C. ■ S.R.L., Consiliul constată că este criticat faptul că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 38 alin.(1), art.39 și art. 179 din O.U.G. 34/2006 precum și cele prevăzute de art.7 și art.8 din H.G. 925/2006, prin faptul că în caietul de sarcini, pct.II – Condiții tehnice generale și specifice ale produselor – Caracteristici tehnice pentru elementele din beton prefabricat tip New Jarsey, autoritatea contractantă a inclus, ca și „criteriu obligatoriu de calificare”, o lungime specifică de 6 m (600 cm), cerință considerată discriminatorie și restrictivă.

În susținerea contestației S.C. ■ S.R.L. critică și lipsa din documentația de atribuire a două cerințe, respectiv „Nivelul de severitate al șocului (ex:A sau B)” și „Nivelurile lățimii de lucru (ex: W1,W2 șamd W8)”, solicitând completarea documentației cu acestea.

Consiliul constată că ulterior depunerii prezentei contestații, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere completând specificația tehnică criticată prin completarea lungimii de 600 cm cu lungimea de 400 cm și lungimea de 300 cm, măsură cu care contestatorul nu a fost de acord, invocând faptul că nu a fost specificată și lungimea de 800 cm, menținând totodată solicitarea cu privire la completarea documentației de atribuire.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei Consiliul constată că, prin măsurile de remediere luate, autoritatea contractantă a înlăturat caracterul restrictiv al specificației tehnice prin care accepta doar lungimea elementului de beton prefabricat de 600 cm, acceptând alte două noi dimensiuni.

Faptul că nu a fost acceptată inclusiv lungimea produsului de 800 cm nu poate fi reținută ca fiind o restricție impusă de către autoritatea contractantă având în vedere dispozițiile art. 35 alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit cărora *„Specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante.”*

Faptul că S.C. ■ S.R.L. *„deține un certificat de conformitate CE, eliberat de un organism de certificare (ICECON), pentru un element din beton prefabricat tip New Jersey (parapete) cu lungimea de 800 cm (8m)”*, după cum afirmă în adresa înregistrată la Consiliul sub nr. ■/07.12.2012, nu constituie un argument pentru care autoritatea contractantă să fie obligată să accepte și această dimensiune sau și alte dimensiuni fabricate de operatori economici, cu atât mai mult cu cât această lungime nu este cuprinsă în Anexa 2/1 din Normativul indicativ AND 593/2012, motiv pentru care critica adusă caracterului restrictiv al prevederilor caietului de sarcini va fi reținută ca nefondată.

Tot ca nefondată va fi reținută și critica adusă faptului că autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire cele două specificații tehnice, având în vedere să o eventuală omisiune a acestora nu conduce la restricționarea participării la prezenta procedură de atribuire ba mai mult acesta devine permisivă.

Consiliul va reține în soluționare și susținerile autorității contractante referitoare la această critică, potrivit cărora cele două criterii sunt cuprinse în SR EN 1317/1-2, standard inclus în Normativul indicativ AND 593/2012 care a constituit baza elaborării caietului de sarcini, trimiteri la acest standard fiind făcute în clarificările postate în SEAP.

Pentru considerentele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ■ S.R.L., în contradictoriu cu ■ S.A.

În ceea ce privește contestația formulată de S.C. ■ S.R.L., Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva răspunsului postat de autoritatea contractantă în SEAP în data de ■.12.2012 ca urmare a solicitării de clarificări transmise de contestator.

Cu privire la primul răspuns postat în SEAP de către autoritatea contractantă, referitor la durata de realizare a lucrărilor, contestatorul susține că prin acesta au fost încălcate dispozițiile art. 78 alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Consiliul constată că la întrebarea *„Care este durata de realizare a lucrărilor?”*, având în vedere o serie de discrepanțe din documentația de atribuire și anunțul de participare enumerate de contestator, autoritatea contractantă a formulat următorul răspuns *„Durata contractului este de 60 de zile după predarea de amplasament, obținerea acordurilor restricțiilor de circulație și emiterea ordinului de începere. Erata modifică informațiile originale oferite de Autoritatea contractantă în anunțul original și în documentele de licitație corespunzătoare (contract, fișa de date, etc)”*.

Analizând conținutul întrebării și al răspunsului postat în SEAP, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a răspuns în mod clar, concret și fără ambiguități la întrebarea formulată de contestator, așa cum prevăd dispozițiile art. 78 alin.(2) din O.U.G. 34/2006, în condițiile în care întrebarea viza prevederea privind durata de realizare a lucrărilor iar autoritatea contractantă a răspuns cu privire la durata contractului, element care nu a făcut obiectul întrebării, împrejurare față de care va fi reținut caracterul fondat al criticii.

În ceea ce privește întrebarea nr.2, Consiliul reține că operatorul economic a solicitat clarificări prin întrebarea *„Care este domeniul de atestare pentru responsabilul tehnic cu execuția solicitat potrivit prevederilor punctului III.2.3.a din Fișa de date?”*.

Prin adresa nr. ■ postată în SEAP în ■.12.2012 autoritatea contractantă a formulat următorul răspuns *„Responsabil tehnic cu execuția va fi atestat în domeniul <<Construcții rutiere, drumuri, poduri, tunele și piste de aviație>>”*, răspuns despre care contestatorul susține că încalcă prevederile art. 179 alin.(4) din O.U.G. 34/2006, motiv pentru care solicită anularea procedurii de atribuire.

Potrivit, cap.III.2.3.a) *„Capacitatea tehnic și/sau profesională”* autoritatea contractantă a stabilit ca ofertanții să facă dovada că dețin *„1 Responsabil tehnic cu execuția atestat, Se va prezenta atestatul emis de MDTR, să fie valabil la data depunerii ofertei”*, stabilind ca pentru acesta să se depună *„copie lizibilă cu mențiunea conform cu original după atestatul tehnico-profesional emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului”*.

Prin răspunsul postat în SEAP autoritatea contractantă a completat criteriul de calificare prin stabilirea domeniului pentru care să fie atestat responsabilul tehnic, fiind încălcate astfel dispozițiile art. 179 alin.(4) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora *„Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate conform alin.(3) conduce la anularea procedurii de atribuire, cu excepția modificărilor dispuse prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”*.

Consiliul constată că au fost încălcate dispozițiile legale menționate anterior și prin răspunsul formulat de către autoritatea contractantă la întrebarea nr. 3, completând cerința de calificare privind experiența similară prin stabilirea tipului de contract/contracte ce urmau a fi depuse în dovedirea îndeplinirii cerinței.

Față de cele reținute anterior, Consiliul constată că se impune anularea prezentei proceduri de atribuire, criticile aduse răspunsurilor la întrebările nr. 2 și nr. 3 dovedindu-se a fi fondate.

În ceea ce privește critica adusă răspunsului la întrebarea nr. 4, Consiliul o va reține ca fiind tardivă având în vedere că cerința referitoare la rapoartele testelor de încercare la șoc în conformitate cu SREN 1317/1-5 și CRASHTTEST, a cărei eliminare este solicitată de contestator prin solictarea de clarificări a fost adusă la cunoștința operatorilor economici în data de 20.12.1012, termenul de contestare a acesteia fiind de 5 zile, conform dispozițiilor art. 256² alin.(1) lit.b) și alin.(2) din O.U.G. nr. 34/2006.

În consecință, având în vedere încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 78 alin.(2), a principiului transparenței cât și a prevederilor art. 179 alin. (4) din O.U.G.

34/2006, în temeiul dispozițiilor art.278 alin. (2) și (6) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de S.C. ■ S.R.L. în contradictoriu cu ■ S.A. și dispune anularea procedurii de atribuire.

În conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■