



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

..., Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, www. cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr...

Data: ...

Prin contestația nr....înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., depusă de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., Str.... nr...., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr.... având CIF ..., reprezentantă legal prin Director ing. ..., împotriva documentației de atribuire și a răspunsurilor la solicitările de clarificări nr.... și nr...., emise de ORAȘUL ..., cu sediul în ..., Bd.... nr...., jud...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Construcție și montaj centrală fotovoltaică în cadrul proiectului «Centrală fotovoltaică de producere a energiei electrice din conversia energiei solare în Orașul ..., județul ...»”, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de calificare criticată, precum și la comunicarea perioadei de garanție a contractului.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., depusă de S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., jud...., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr.... având C.U.I. ..., reprezentantă legal prin administrator ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, obligarea autorității contractante la „reformularea/ eliminarea din documentația de atribuire, la capitolul III.2.3.a) «Capacitatea tehnică și/sau profesională» în sensul de a se remedia/înlătura prevederile prohibitive ce limitează accesul ofertanților” la procedura în cauză, precum și „modificarea cerințelor achizitorului, având în vedere că prin

acestea se aduce atingere prevederilor imperative ale O.U.G. nr.3472006, cu privire la discriminare și tratament egal”.

În aplicarea dispozițiilor art.273 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul conexează dosarele susmenționate, contestațiile urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr....

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității contestațiilor, invocată de ORAȘUL ... și, pe cale de consecință, respinge ca tardive contestațiile depuse de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., Str.... nr..., ... și S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., jud....., în contradictoriu cu ORAȘUL ..., cu sediul în ..., Bd. ... nr...., jud.....

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.S.C. sub numărul de mai sus, S.C. ... S.R.L. critică documentația de atribuire și răspunsurile la solicitarea de clarificări nr....și nr....din ..., emise de ORAȘUL ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Construcție și montaj centrală fotovoltaică în cadrul proiectului «Centrală fotovoltaică de producere a energiei electrice din conversia energiei solare în Orașul ..., județul ...»”, solicitând suspendarea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de calificare criticată, precum și la comunicarea perioadei de garanție a contractului.

În motivarea contestației, S.C. ... S.R.L. arată că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr...., publicat în SEAP, autoritatea contractantă își menține cerințele de autorizare pentru managerul de proiect, deși acestea sunt „nejustificate și anticoncurențiale”, în opinia sa, deoarece, în România, numărul centralelor fotovoltaice recepționate și funcționale este mic și, prin urmare, numărul managerilor de proiect din România, care îndeplinesc condiția de experiență similară, este mic. Prin urmare, opinează contestatorul, operatorii economici interesați se vor asocia cu firme străine cu experiență, astfel că managerii de proiect ai acestora nu sunt și nu trebuie autorizați de ANRE.

Contestatorul arată că cerința menționată este de natură să îngrădească participarea la procedură, fiind favorizat un număr restrâns de ofertanți, astfel că solicită să se revadă cerințele din fișa de date a achiziției în sensul eliminării obligației ca managerul de proiect propus să fie autorizat ANRE, cerință ce a fost menținută prin rapunsul la solicitarea de clarificări nr.....

O altă critică vizează răspunsul la solicitarea de clarificări nr...., publicat în SEAP, răspuns prin care, opinează contestatorul, autoritatea contractantă refuză să răspundă unei cerințe legitime, respectiv, de a preciza perioada de garanție a contractului.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr...., înregistrat la C.N.S.C. sub nr...., ORAȘUL ... a invocat, pe cale de excepție, tardivitatea contestației, iar, pe fond, a solicitat respingerea contestației.

În susținerea excepției, autoritatea contractantă a arătat că aspectele contestate de S.C. ... S.R.L. privesc conținutul documentației de atribuire, respectivele aspecte nefiind modificate la momentul transmiterii de clarificări.

Invocând prevederile art.256² alin.1 și alin.2 din O.U.G. nr.34/2006, autoritatea contractantă susține că, întrucât documentația de atribuire a fost publicată la data de 06.12.2012, iar contestația a fost formulată la data de 28.12.2012, S.C. ... S.R.L. a depus contestația cu întârziere.

Pe fond, autoritatea contractantă a prezentat, pe larg, considerentele pe care le-a avut în vedere la stabilirea cerințelor referitoare la managerul de proiect, persoană responsabilă cu supervizarea aspectelor tehnice și economice ale proiectului și care trebuie să dovedească o bună cunoaștere a domeniului proiectului.

În ceea ce privește garanția de bună execuție, autoritatea contractantă redă conținutul răspunsului formulat, concluzionând că acesta este unul clar și complet, în care s-a precizat momentul la care trebuie să se constituie garanția de bună execuție și când se va elibera, conform prevederilor legale în vigoare.

Se mai precizează că durata garanției de bună execuție depinde de durata de execuție a lucrării, oferită de către operatorul economic, aceasta fiind și „criteriu de evaluare”, precum și că proiectul este finanțat din fonduri europene, iar S.C. ... S.R.L. nu a formulat niciuna dintre cele 23 de solicitări de clarificări.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă solicită să fie respinsă în condițiile în care contestația este neîntemeiată.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

În considerarea dispozițiilor art.269 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul a solicitat contestatorului punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, raportat la prevederile art.256² alin.1 lit.a și alin.2 din același act normativ, excepție invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr...., înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., S.C. ... S.R.L. a precizat următoarele:

- „Cu ocazia vizitării amplasamentului, reprezentanții unor societăți prezente au formulat întrebări cu privire la aspectele menționate în contestație. Urmare acestor întrebări, în data de 20.12.2012, autoritatea contractantă a publicat o erata prin care se menține cerința ca managerul de proiect să dețină atestat ANRE IVB, adăugând sintagma «sau echivalent, emisă de Autorități Naționale echivalente, conform legislației aplicabile în țara în care a fost emisă autorizarea».

- Urmare a publicării acestei erate, două societăți au formulat solicitări de clarificare la care Autoritatea Contractanta a transmis răspunsurile nr.... și nr...., ambele din ..., menținând cerințele din erată.

- În această situație apreciem că termenul prevăzut de art.256² alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 decurge de la data publicării eratei, respectiv 20.12.2012.”

Totodată, contestatorul menționează că a comunicat contestația în copie, prin e-mail, către autoritatea contractantă, în aceeași data.

Prin adresa nr...., înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., ORAȘUL ..., în replică, a susținut că S.C. ... S.R.L. nu a vizitat amplasamentul centralei fotovoltaice, iar la 20.12.2012 a fost publicată o erată ca urmare a sesizării, din proprie inițiativă, a situației ca persoanele nominalizate pentru poziția de Manager de proiect să fi fost autorizate de către un alt organism decât

Autoritatea contractantă precizează că, prin răspunsurile la solicitările de clarificări legate de autorizarea Managerului de proiect (atestarea se acordă operatorilor economici), a menținut condițiile din fișa de date și erată.

De asemenea, se arată că, prin contestație, S.C. ... S.R.L. nu face referire la erata ..., transmisă în SEAP în data de 20.12.2012, ci numai la fișa de date a achiziției.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere conform căruia contestația a fost depusă tardiv, motiv pentru care solicită și respingerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., S.C. ...S.R.L. critică documentația de atribuire, emisă de aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, obligarea autorității contractante la „reformularea/eliminarea din documentația de atribuire, la capitolul III.2.3.a) «Capacitatea tehnică și/sau profesională» în sensul de a se remedia/înlătura prevederile prohibitive ce limitează accesul ofertanților” la procedura în cauză, precum și „modificarea cerințelor achizitorului, având în vedere că prin acestea se aduce atingere prevederilor imperative ale O.U.G. nr.34/2006, cu privire la discriminare și tratament egal”.

În motivarea contestației, S.C. ...S.R.L., redând cerința nr.2: „experiența similară”, precum și cerința nr.4: „Personal” prevăzute în documentația de atribuire, la capitolul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau

profesională”, susține că autoritatea contractantă încalcă principiile reglementate de art.2 alin.2 lit.a și b din O.U.G. nr.34/2006.

Invocând și redând dispozițiile art.178 alin.2 și art.179 alin.1 și 2 din ordonanță, contestatorul precizează că solicitarea „Ofertantul (operator economic sau grup de operatori economici care depune o ofertă comună) trebuie să demonstreze experiența similară în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) prin derularea a minim un contract de lucrări ce a avut ca obiect realizarea unui sistem de producere a energiei electrice din conversia energiei solare având o putere de vârf de cel puțin 1,735 MWp”, este abuzivă și discriminatorie și denotă intenția acesteia „de a orienta contractul de achiziție de lucrări către acel ofertant care poate dovedi cerințele nejustificate și abuzive ale autorității contractante”, deși S.C. ...S.R.L. poate demonstra că a realizat astfel de lucrări, însă „nu neapărat așa cum dorește autoritatea contractantă, fără nici un motiv bazat pe reale considerente de ordin tehnic, legal, e.t.c.”

De asemenea, față de prevederile art.179 alin.1 și alin.2 din ordonanța de urgență, S.C. ...S.R.L. arată că nivelul cerințelor minime privind „Capacitatea tehnică și /sau profesională” este disproporționat și nejustificat față de obiectul contractului.

Pe cale de consecință, după cum se susține, aplicând principiul „Ubi lex non distinguit, nec nos distingere debemus”, având în vedere că autoritatea contractantă nu poate justifica (fără a fi părtinitoare) condiția impusă, contestatorul consideră că este necesară corectarea documentației de atribuire astfel încât să fie eliminate cerințele nejustificate, respectiv: „realizarea unui sistem de producere a energiei electrice din conversia energiei solare, având o putere de vârf de cel puțin 1,735 MWp” din cadrul cerinței de calificare aferentă la capitolul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, întrebându-se totodată, de ce nu se poate oferi o putere de 0,735 MWp.

În continuare, contestatorul susține, față de cerințele legate de managerul de proiect și inginerul topograf, că se impune cu strictețe o anumită schemă de personal care este aproape imposibil să se regăsească în forma cerută, cu excepția situației în care un anumit potențial ofertant o deține.

Având în vedere cele arătate, contestatorul arată că i se restrânge dreptul de a participa la procedură, autoritatea contractantă demonstrând intenția de a limita accesul la procedură.

În drept, au fost invocate prevederile O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare.

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

Prin punctul de vedere nr...., înregistrat la C.N.S.C. sub nr...., ORAȘUL ... invocă, pe cale de excepție, tardivitatea contestației, iar, pe fond, a solicitat respingerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire, precum și a contestației în tot.

În conținutul punctului de vedere, ORAȘUL ... arată că împreună cu anunțul de participare nr.... a publicat și documentația de atribuire, astfel că, față de aspectele contestate, care privesc conținutul documentației de atribuire, (Cap.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”), raportat la art.256¹alin.1 și alin.2 din O.U.G. nr.34/2006, contestația a fost depusă cu întârziere.

Autoritatea contractantă precizează că a luat decizia continuării procedurii de atribuire.

În considerarea dispozițiilor art.269 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul a solicitat S.C. ...S.R.L. punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

S.C. ...S.R.L. nu a răspuns solicitării Consiliului, deși a primit adresa prin poștă, la data de 18.01.2012, după cum rezultă din confirmarea poștală de primire.

Față de dispozițiile art.278 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează să se pronunțe, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestațiilor depuse de S.C. ... S.R.L. și S.C. ...S.R.L., excepții invocate de autoritatea contractantă.

Examinând excepția tardivității contestației depusă de S.C. ... S.R.L., Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că ORAȘUL ... a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Construcție și montaj centrală fotovoltaică în cadrul proiectului «Centrală fotovoltaică de producere a energiei electrice din conversia energiei solare în Orașul ..., județul ...»”.

Documentația de atribuire a fost publicată, în SEAP, la data de 06.12.2012, sub formă de fișier atașat anunțului de participare nr.....

Prin adresa nr...., S.C. ...S.A. a arătat, față de prevederile de la cap.III.2.3.a) – „Manager de proiect” din fișa de date a achiziției, că cerința potrivit căreia managerul de proiect trebuie să fie autorizat ANRE este nejustificată și anticoncurențială, solicitând următoarele:

„(...) vă adresăm rugămintea de a revedea cerințele din Fișa de date a achiziției în sensul eliminării obligației ca managerul de proiect propus să fie autorizat ANRE”.

De asemenea, prin adresa nr...., același S.C. ...S.A. a solicitat să se precizeze durata garanției de bună execuție a contractului.

Față de adresele S.C. ...S.A., reține Consiliul, autoritatea contractantă a formulat următoarele răspunsuri:

-cel publicat, în SEAP, sub ..., în care a precizat că:

„Autoritatea contractantă consideră că pentru derularea în condiții bune a contractului de construcție și montaj centrală fotovoltaică este esențial ca managerul de proiect să aibă calificările și abilitățile, precum și experiența profesională stabilite în Fișa de date.”;

-cel publicat, în SEAP, sub nr...., în care, făcând trimitere la H.G. nr.925/2006, autoritatea contractantă a redat conținutul art.92 alin.4 al acestuia, în care este reglementat expres cuantumul și termenul în care se restituie garanția de bună execuție, precizând că aceasta „*va fi constituită după semnarea contractului și înainte de emiterea ordinului de începere a lucrărilor și va rămâne valabilă până la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor executate, la recepția finală a lucrărilor.*”

Urmare a răspunsurilor autorității contractante, S.C. ... S.R.L. a depus prezenta contestație, prin care solicită, pe lângă suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, „*obligarea autorității contractante de a modifica cerința de calificare contestată și de a comunica perioada de garanție a contractului.*”

Totodată, se observă că, deși S.C. ... S.R.L. indică drept acte atacate, pe lângă documentația de atribuire, și răspunsurile susmenționate, nu solicită nimic legat de acestea din urmă (anularea, modificarea sau completarea lor într-un anumit fel), situație în care Consiliul determină că, în realitate, actul pe care îl atacă S.C. ... S.R.L. este documentația de atribuire, aspect confirmat, de altfel, și de solicitarea sa din contestație.

În același sens, se are în vedere că înlăturarea respectivelor răspunsuri, deși nu s-a cerut, nu ar avea niciun efect asupra cerinței din documentația de atribuire, care ar trebui îndeplinită, în mod corespunzător de către ofertanți.

Procedând la verificarea termenului legal de depunere a contestației, Consiliul constată că S.C. ... S.R.L. a luat cunoștință despre documentația de atribuire la data de 06.12.2012, când a fost postată în SEAP, aplicabile fiind dispozițiile art.256² alin.2 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare (forma în vigoare la data depunerii contestației), conform cărora în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță 06.12.2012.

Prin urmare, data de 06.12.2012 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 10 zile de depunere a contestației împotriva prevederilor cuprinse în documentația de atribuire, stabilit de art.256² alin.1 lit.a din ordonanța de urgență, incident în cauză față de tipul de contract care se va încheia – de lucrări și valoarea estimată a acestuia care depășește pragul de 4.845.000 euro, prevăzut la art.55 alin.2 din ordonanța de urgență).

Calculând termenul pentru depunerea contestației, potrivit dispozițiilor legale menționate, dar și ale art.3 lit.z din ordonanța de urgență, Consiliul constată că acesta era cu mult depășit la data de 28.12.2012, a depunerii contestației la C.N.S.C., contestația fiind în mod evident tardivă.

Revenind la răspunsurile autorității contractante, Consiliul constată că prima dintre adresele S.C. ...S.A. nu este una de clarificare a documentației de atribuire, în sensul art.78 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, respectiv lămurire, explicare a unei prevederi, ci de modificare a acesteia în sensul eliminării prevederilor indicate de contestator. Or, niciieri în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, niciatât,

obligatia autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzătoare.

Obligația legală a autorității contractante în cazul primirii unei solicitări de clarificări în sensul articolului menționat, este cea arătată la alin.2 a aceluiași articol și anume, aceea de a răspunde în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care nu se stabilește a fi fost încălcată în prezenta speță, contestatorul neaducând vreo critică în acest sens.

De asemenea, în cazul răspunsului la cea de a doua adresă a S.C. ...S.A., Consiliul observă că s-a răspuns în mod clar, complet și fără ambiguități, autoritatea contractantă indicând și redând textul legal care reglementează aspectul asupra căruia a fost întrebată.

Relativ la erata din 20.12.2012, nu există niciun motiv pentru care să se considere că este act atacat, deoarece nu este indicat astfel în petitul contestației și nu se face referire la el în motivarea acesteia. Înscrișul în care contestatorul face vorbire pentru prima dată despre erata menționată, este punctul de vedere referitor la excepție, scopul urmărit fiind evident și anume acela de a convinge că ne aflăm în fața unei contestații depusă în termen.

Contestatorul se află în eroare considerând că simpla invocare a răspunsurilor la adresele unui operator economic sau a unei erate este de natură să-l repună în termenul de contestare a documentației de atribuire. Așa cum s-a arătat deja, dacă considera că documentația de atribuire conține prevederi nelegale S.C. ... S.R.L. avea dreptul de a promova calea de atac a contestației în interiorul termenului prevăzut de lege.

În sensul că purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă acesta, s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr...., decizia nr.... și decizia nr...., pronunțate de Curtea de Apel ...-Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, precum și decizia nr...., decizia nr.... și decizia nr...., pronunțate de Curtea de Apel ...-Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Având în vedere cele de mai sus, în temeiul art.278 alin.5 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul va admite excepția tardivității contestației depusă de S.C. ... S.R.L. și, pe cale de consecință, va respinge contestația ca tardivă.

Examinând excepția tardivității contestației depusă de S.C. ...S.R.L., Consiliul o va admite, ținând seama că ceea ce se atacă este documentația de atribuire, document care trebuia atacat, după cum s-a arătat în cazul contestației precedente, în termen de 10 zile de la publicarea ei în SEAP.

Cum S.C. ...S.R.L. a transmis contestația către C.N.S.C., prin e-mail, la data de 12.01.2012, după mai mult de o lună de la publicarea documentației de atribuire, rezultă că acesta era decăzut din dreptul de a mai formula critici cu privire la respectiva documentație.

Astfel fiind, în temeiul art.278 alin.5 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul va admite excepția tardivității contestației depusă de S.C. ...S.R.L. și, pe cale de consecință, va respinge contestația ca tardivă.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...