



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... formulată de ... cu sediul în CUI ... și cu sediul ales în vederea comunicării actelor de procedură la ... în, împotriva răspunsului autorității contractante nr. 1243/18.04.2013, emis în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă accelerată, a acordului cadru având ca obiect „Servicii specifice de protecție fizică și monitorizare a incintei protejate aferente Centralei Nuclearelectrice ... organizată de cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat obligarea autorității contractante la revenirea asupra răspunsului formulat și revizuirea acestuia în conformitate cu dispozițiile legale și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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

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

DECIDE:

.....Respinge excepția tardivității contestației formulată de către ... invocată de autoritatea contractantăRespinge contestația ... cu sediul în în contradictoriu cu cu sediul în județul ... ca nefondată.

Dispune continuarea 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:

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. precizează că în anunțul de participare nr. ... la capitolul III.2.2)- „Capacitatea economică și financiară”, se prevăd următoarele: „Bilanțul contabil la 31.12.2011 al candidatului/candidaților asociați vizat și înregistrat de organele competente. Cerința minimă pentru lichiditatea generală de 90%”.

Contestatorul adaugă că prin cererea sa nr. 187/12.04.2013, formulată în temeiul art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006, societatea sa a solicitat autorității contractante să clarifice aspectul privind cazul în care operatorul economic interesat depune bilanțul contabil la 31.12.2012, vizat și înregistrat de organele competente.

Prin răspunsul nr. 1243/18.04.2013, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a comunicat faptul că „în vederea respectării principiilor art. 2 lit. b) din O.U.G. nr. 114/2012, autoritatea contractantă a impus prin anunțul de participare, prezentarea bilanțului contabil la 31.12.2011”.

... arată că motivul acestui fapt, sunt dispozițiile Ordinului nr. 40/2013 al Ministerului Finanțelor Publice conform căruia societățile comerciale au obligația de a depune bilanțul aferent anului 2012 în termen de 150 de zile de la încheierea exercițiului financiar, respectiv

Prin urmare, contestatorul solicită să se constate că răspunsul formulat de autoritatea contractantă lezează interesele operatorilor economici interesați să participe la procedura de achiziție publică organizată de

Potrivit art. 1 alin. (1) din Ordinul nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, emis de ANRMAP „Criteriile de calificare și selecție stabilite de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului”.

De asemenea alin. (3) din același ordin prevede că „În sensul alin. (1), nu se vor impune condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa”.

Având în vedere dispozițiile statuate de Ordinul 509/2011, ... consideră ca răspunsul nr. 1243/18.04.2013 este excesiv,

conducând la restricționarea participării operatorilor economici la procedura de atribuire și totodată la încălcarea principiului liberei concurențe și al proporționalității prevăzute de art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul menționează că principiul liberei concurențe, asigură condițiile pentru ca orice furnizor de produse, executant de lucrări sau prestator de servicii, indiferent de naționalitate, să aibă dreptul de a deveni, în condițiile legii, contractant. Legea urmărește crearea unui cadru competițional pentru atragerea și obținerea celor mai bune rezultate de pe piață dar în același timp interzice discriminarea potențialilor participanți la o procedură în baza unor cerințe restrictive.

Or, prin stabilirea de către autoritatea contractantă a condiției conform căreia operatorii economici trebuie să depună „Bilanțul contabil la 31.12.2011 al candidatului/candidaților asociați vizat și înregistrat de organele competente. Cerința minimă pentru lichiditatea generală de 90%”, contestatorul susține că se încalcă principiul liberei concurențe.

Mai mult, contestatorul apreciază că există operatori economici interesați să participe la procedura de achiziție publică, care nu îndeplinesc cerința privind bilanțul contabil la 31.12.2011 însă îndeplinesc această cerință pentru anul 2012.

... consideră că autoritatea contractantă ar trebui să permită participarea la procedura de achiziție publică atât a persoanelor care îndeplinesc cerința minimă pentru lichiditatea generală de 90% pentru anul 2011 cât și pentru anul 2012.

Totodată, contestatorul apreciază că atribuirea contractului de achiziție publică trebuie să respecte principiile din Tratatul CE, așa cum au fost ele statuate de Curtea Europeană de Justiție prin numeroasele decizii pronunțate, devenind puternice garanții pentru asigurarea unei competiții reale, într-un mediu concurențial natural, transparent și nediscriminatoriu.

Însă, prin stabilirea unei cerințe privind lichiditatea generală de 90%, contestatorul apreciază că se încalcă și principiul nediscriminării fiind limitat accesul potențialilor ofertanți care, deși îndeplinesc cerința pentru anul 2012 nu pot participa la procedura de achiziție.

De asemenea, ... consideră că este încălcat principiul tratamentului egal, care urmărește aplicarea, în mod nediscriminatoriu, a criteriilor de selecție și criteriilor pentru atribuirea contractului de achiziție publică astfel încât orice furnizor de produse, executant de lucrări sau prestator de servicii să aibă șanse egale în competiția pentru atribuirea contractului de achiziție.

Mai mult decât atât, contestatorul apreciază că atunci când impune ca cerință minimă în raport cu situația economică și

financiară a ofertanților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, trebuie să aibă o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului, iar autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze solicitarea acestor cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006.

Or, contestatorul apreciază că cerința impusă este de natură a crea un dezavantaj însăși autorității contractante, deoarece există operatori economici care la finalul anului 2011 îndeplineau condiția privind lichiditatea de 90%, însă în prezent nu o îndeplinesc, riscul de neîndeplinire a contractului fiind mult mai ridicat în acest caz.

În ceea ce privește prezenta cauza, contestatorul consideră că singurul motiv pentru care autoritatea contractantă a impus cerința privind bilanțul la 31.12.2011 este aceea că potrivit Ordinului nr. 40/2013 al Ministerului Finanțelor Publice, societatile comerciale au obligația de a depune bilanțul aferent anului 2012 în termen de 150 de zile de la încheierea exercițiului financiar, respectiv

Însă, contestatorul apreciază că acest aspect este de natură a sancționa operatorii economici care în prezent îndeplinesc condițiile caietului de sarcini, pentru simplul motiv că la finalul anului 2011 nu le îndeplineau.

De altfel, contestatorul susține că însăși condiția privind lichiditatea de 90% este restrictivă, conform Ordinului 509/2011 care stabilește în anexa 1, faptul că reprezintă formulări restrictive care nu se acceptă/validează condiția ca: *"Rezultatele exercitiilor financiare/Bilanțul contabil pentru ultimii 3 ani trebuie să fie pozitive/pozitiv sau să indice profit"*.

Concluzionând, ... solicită adminterea contestației și modificarea fișei de date a achiziției.

Prin adresa nr. 4609/26.04.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 14018/26.04.2013, ... a transmis punctul de vedere prin care solicită respingerea contestației, ca tardivă.

În opinia autorității contractante, solicitarea contestatorului de a modifica răspunsul la clarificări, setul 1, publicat în SEAP sub nr. 1243/18.04.2013, reprezintă de fapt o modificarea a cerinței de calificare de la cap. II.2.12.din fișa de date publicată în SEAP în data de 12.04.2013.

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că operatorul economic contestă cerințele documentației de atribuire publicată în SEAP în data de 12.04.2013.

Având în vedere dispozițiile art. 256² alin.(1) lit.a) din OUG nr. 34/2006, valoarea estimată a contractului fiind de 400.000 euro, documentația de atribuire a fost postată în SEAP în data de 12.04.2013, iar contestația a fost transmisă în data de ... autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă menționează că operatorul economic a calculat eronat termenul de depunere a bilanțului contabil aferent anului 2012, întrucât acesta în conformitate cu prevederile Ordinului MFP nr. 40/2013 este de 150 de zile de la încheierea exercițiului financiar respectiv 30.05.2013

Totodată, precizează că s-a avut în vedere cerința depunerii bilanțului aferent anului 2011 pentru a se permite participarea la procedură a tuturor candidaților interesați în contextul în care data stabilită pentru depunerea documentelor de calificare respectiv ... este cu o lună înainte de data limită impusă de lege pentru depunerea bilanțului aferent 2012, fiind astfel, respectat principiul tratamentului egal prevăzut de OUG nr. 114/2011.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că dispozițiile Ordinului nr. 509/2011 nu sunt aplicabile deoarece procedura de achiziție se derulează conform OUG nr. 114/2011.

Lichiditatea generală solicitată conferă autorității contractante siguranța ca firma câștigătoare dispune de resursele financiare necesare desfășurării activității pe toată perioada de derulare a acordului cadru.

În cazul în care operatorul economic câștigător ar avea acumulate datorii la data semnării acordului cadru/contractului subsecvent ar fi pasibil să intre în procedura de insolvență în condițiile prevăzute de Legea nr. 85/2006 având drept consecință rezilierea angajamentului contractual, ce ar conduce la neîndeplinirea de către instituția sa a condițiilor prevăzute în autorizația de funcționare emisă de CNCAN și anume:

-asigurarea protecției fizice a instalațiilor Centralei fiind o activitate cu caracter permanent care se desfășoară fără întreruperi 24 ore din 24. Responsabilitățile ce revin titularului de autorizație de funcționare pentru asigurarea protecției fizice a Centralei sunt reglementate de prevederile art. 23, 24 și 25 din Normele de protecție fizică în domeniul nuclear aprobate prin Ordinul președintelui CNCAN nr. 382/2001

-datorită specificului activității desfășurate de instituția sa, sistemul de protecție fizică are caracter de secret de stat pe toată durata existenței și operării unităților nucleare iar în baza prevederilor art. 40 și 70 din Norme, titularul autorizației de funcționare are obligația de a „limita accesul la informațiile a căror divulgare compromite protecția fizică a materialelor și instalațiilor protejate”.

Din aceste considerente, autoritatea contractantă susține că s-ar afla în poziția de a nu putea respecta condițiile prevăzute în autorizația de funcționare până la atribuirea unui contract nou cu consecințe majore asupra securității instalației nucleare.

Anexat punctului de vedere, autoritatea contractantă a înaintat documentele aflate la dosarul achiziției publice.

În temeiul art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, procedând, mai întâi, la soluționarea excepției tardivității contestației, excepție invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul o respinge, pentru următoarele considerente:

În conformitate cu prevederile art. 271 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, „(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256² (...)”.

Prin raportare la termenul de depunere a contestațiilor la organul administrativ-jurisdicțional, Consiliul constată că, în cauză, sunt aplicabile dispozițiile art. 256² alin.(1) lit. a) din O.U.G. nr. 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 10 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 egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)”.

Conform prevederilor art. 256² alin. (2) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006, în cazul în care documentația de atribuire este publicată în S.E.A.P în condițiile prevăzute la art. 75 alin.(5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Astfel, luând în considerare valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză (22.205.106 lei, fără T.V.A., aproximativ 5.000.000 euro) și tipul acestuia (contract de servicii), Consiliul constată, având în vedere că data publicării documentației de atribuire în S.E.A.P. a fost 12.04.2013, că prin depunerea contestației în data de a depășit termenul de 10 zile pe care îl avea la dispoziție, pentru a contesta documentația de atribuire.

Având în vedere însă faptul că, prin contestația formulată, ... critică răspunsul nr. 1243/18.04.2013 publicat în S.E.A.P. de către autoritatea contractantă, conform prevederilor legale mai sus menționate, termenul în care pot fi contestată se încheie la data de 28.04.2013, Consiliul respinge excepția tardivității, invocată de către în punctul de vedere cu privire la fondul cauzei nr. 4609/26.04.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr.

14018/26.04.2013, urmând a analiza pe fond criticile contestatorului.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge excepția tardivității contestației formulate de către ... invocată de către

Pe fond, din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație restrânsă accelerată, pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii specifice de protecție fizică și monitorizare a incintei protejate aferente Centralei Nuclearelectrice ... documentația de atribuire fiind postată în SEAP alături de anunțul de participare, prin prezenta contestație fiind aduse critici legate de răspunsul nr. 1243/18.04.2013 publicat în S.E.A.P. prin care autoritatea contractantă a răspuns unor solicitări de clarificări legate de cerința de calificare prevăzută la capitolul III.2.2)- „Capacitatea economică și financiară”, conform căreia ofertanților li s-a solicitat prezentarea „Bilanțului contabil la 31.12.2011 al candidatului/candidaților asociați vizat și înregistrat de organele competente. Cerința minimă pentru lichiditatea generală de 90%”, prin răspunsul dat lămurind motivul care a stat la baza solicitării bilanțului contabil la data de 31.12.2011.

Raportat la aspectele avute în vedere în contestația formulată Consiliul reține în soluționare că prin răspunsul nr. 1243/18.04.2013 publicat în S.E.A.P., intitulat “Clarificări set 1”, autoritatea contractantă a răspuns unor întrebări legate de conținutul documentației de atribuire, printre acestea fiind și întrebările 1 și 2, referitoare la cerința de calificare privind prezentarea bilanțului contabil la 31.12.2011, **fără a modifica cerința.**

Mai mult, în soluționare, se are în vedere atât conținutul întrebărilor 1 și 2 cât și răspunsul dat de autoritatea contractantă la acestea, pentru a se clarifica aspectul legat de modul în care s-au respectat dispozițiile art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, referitoare la conținutul răspunsului clar, complet și fără ambiguități.

Astfel, întrebarea nr. 1 a avut următorul conținut „Care este rațiunea pentru care solicitați bilanțul contabil la 31.12.2011 al candidatului/candidaților asociați și nu bilanțul contabil la 31.12.2012?” răspunsul dat de autoritate fiind „1. Autoritatea contractantă a solicitat bilanțul contabil la 31.12.2011 deoarece în conformitate cu Ordinul nr. 40/2013 al Ministerului Finanțelor Publice, societățile comerciale...au obligația de a depune bilanțul

contabil aferent anului 2012 în termen de 150 de zile de la încheierea exercițiului financiar, respectiv 30.05.2013. Până la data limită de depunere a candidaturilor, respectiv ..., este posibil ca nu toate firmele să aibă depus și înregistrat bilanțul contabil aferent anului 2012.”

Întrebarea nr. 2 a avut următorul conținut “2. În cazul în care operatorul interesat depune Bilanțul contabil la 31.12.2012, vizat și înregistrat de organelle competente, satisface cerința minimă impusă de anunțul de participare nr. ... la capitolul III.2.2) Capacitatea economică și financiară?” răspunsul dat fiind următorul “2. În vederea respectării principiilor de la art. 2 litera b din OUG 114/2012, coroborat cu răspunsul nr. 1, autoritatea contractantă a impus prin anunțul de participare prezentarea bilanțului contabil la 31.12.2011.”

Din cele redate anterior se constată că autoritatea contractantă, deși nu și-a modificat cerința de calificare, a înțeles să-și justifice menținerea acesteia, prin răspunsurile date la cele două întrebări în discuție răspunzând că acceptă numai bilanțul contabil la 31.12.2011.

Astfel, se constată că în justificarea cerinței de a prezenta bilanțul contabil la 31.12.2011 aceasta a invocat faptul că, până la data de depunere a ofertelor, nu toate firmele au depus și înregistrat bilanțul contabil aferent anului 2012 date fiind prevederile Ordinului nr. 40/2013 al Ministerului Finanțelor Publice, conform căruia societățile comerciale au obligația de a depune bilanțul contabil aferent anului 2012 în termen de 150 de zile de la încheierea exercițiului financiar, respectiv 30.05.2013, justificându-și astfel cerința.

Or, prin raportare la cele două răspunsuri redate anterior, se constată că autoritatea contractantă a răspuns concludent, clar și fără ambiguități, conform art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, chiar dacă răspunsurile date nu au fost în sensul dorit de contestator, acesta din urmă urmărind, de fapt, modificarea cerinței de calificare, prin acceptarea de către autoritate și a bilanțului contabil aferent anului 2012, demers pe care ... putea să-l întreprindă în termen de 10 zile de la data publicării documentației de atribuire în SEAP, în acest stadiu al procedurii modificarea cerinței fiind tardivă.

În aceste condiții, în baza art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Conform prevederilor art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,