



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. 2 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 CNSC sub nr. ... formulată de ... cu sediul în ... județul ... reprezentată legal prin ... - ... înregistrată la ONRC cu nr. ... având CUI ... împotriva documentației de atribuire, emisă de către autoritatea contractantă ... (PRIMĂRIA), cu sediul în ..., județul ... în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin „cerere de oferte online”, având drept obiect: „DRUM AGRICOL DE EXPLOATARE LOCALITATEA ..., ..., JUDEȚUL ... cod CPV 45233120-6 - Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat, modificarea documentației de atribuire „în sensul corectării omiterilor și respectiv abaterilor de la lege”, precum și suspendarea procedurii de achiziție publică în cauză, până la soluționarea prezentei contestații.

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

DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes a contestației formulate de ... cu sediul în ... județul ... invocată de autoritatea contractantă ... (PRIMĂRIA), cu sediul în ..., județul ...

Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... (PRIMĂRIA) și obligă autoritatea contractantă la eliminarea, de la punctul dd) al art. 3 din documentul "Model contract de lucrări", a definiției sintagmei "conflict de interese".

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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 CNSC sub nr. ... formulată de ... împotriva documentației de atribuire, emisă de către autoritatea contractantă ... (PRIMĂRIA), în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin „cerere de oferte”, având ca obiect: „DRUM AGRICOL DE EXPLOATARE LOCALITATEA ..., ..., JUDEȚUL ... cod CPV 45233120-6, s-a solicitat, modificarea documentației de atribuire „în sensul corectării omiterilor și respectiv abaterilor de la lege”, precum și suspendarea procedurii de achiziție publică în cauză, până la soluționarea prezentei contestații.

În fapt, contestatorul apreciază că, potrivit obiectului prezentei proceduri de atribuire, pe care îl citează, și al prevederilor legale în vigoare, în speță Legea nr. 138/2004 republicată și Ordinul nr. 128/2009, privind aprobarea Normelor metodologice privind atestarea persoanelor fizice și juridice care își manifestă intenția de a desfășura, pe terenuri din domeniul agricol, activități de îmbunătățiri funciare, studii, proiectare, executare de lucrări și servicii și/sau de fabricare a instalațiilor de irigații, autoritatea contractantă nu a făcut referire la cadrul legal în vigoare, nici în invitația de participare și nici în fișa de date a achiziției publice.

Totodată, arată că autoritatea contractantă nu a specificat cerințele pe care ofertantul declarat câștigător trebuie să le îndeplinească.

Contestatorul menționează că, autoritatea contractantă dă definiții proprii conflictului de interese, deși „această sintagmă juridică este clar explicitată de legiuitor, atât prin art. 69¹ din OUG 34/2006, explicat prin Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr.

170/2012 privind interpretarea art. 69¹ din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cât și prin recenta HG 183/2013”, introducând un text nou, prevăzut ca și clauză contractuală obligatorie, prin care:

- adaugă și interpretează, în mod abuziv, legea, denaturând sensul unor prevederi legale clare și limitative;

- schimbă sensul conflictului de interese, de la răspunderea individualizată a ofertantului în sine, pe durata evaluării ofertelor, la o răspundere generalizată, colectivă, pe durata execuției contractului;

- afectează în mod abuziv și nelegal, politica proprie de resurse umane a ofertantului;

- introduce un factor de hazard prin care, practic, poate desemna în mod unilateral și necenzurabil orice situație drept „conflict de interese”, cu consecința directă a rezilierii contractului din „culpa” executantului;

- denaturează rolul și poziția părților în cadrul unui contract, distorsionează libera concurență și accesul nerestricționat la piață, impunând în mod abuziv o poziție dominantă din partea beneficiarului (autoritatea contractantă - în cadrul unui contract comercial, fiecare parte are obligația de a-și urmări propriul interes, acesta fiind uneori antagonic cu cel al părți co-semnatore (ex: litigii, claimuri, medieri etc). Autoritatea contractantă obligă executantul să acorde prioritate intereselor sale când, în fapt, legal și natural, acesta trebuie să acorde prioritate propriilor sale interese, nu ale unui terț, fie el și co-semnatar al contractului;

- introduce obligații noi, neprevăzute în executarea propriu zisă a contractului și care, în fapt, nu au nici o legătură cu acesta, executantul contractului de lucrări nu are nici un fel de „opinie profesională” de exprimat, fie ea obiectivă și imparțială. Turnarea mixturilor asfaltice în particular, lucrările de amenajări funciare în general, nu presupun „opinii”, ci respectarea unor norme legale clare și a unor condiții tehnice la fel de clare.

Contestatorul precizează că textul incriminat se regăsește în cadrul documentului „V. Clauze contractuale obligatorii (în fapt, contractul de execuție lucrări), art. 2, definiții, pagina a treia „d. conflict de interese înseamnă orice eveniment care influențează capacitatea executantului de a exprima o opinie profesională obiectivă și imparțială, sau care îl împiedică pe acesta, în orice moment, să acorde prioritate intereselor achizitorului sau interesului public general al Proiectului, orice motiv în legătură cu posibile contracte în viitor sau în conflict cu alte angajamente, trecute sau prezente, ale executantului. Aceste restricții sunt de

asemenea aplicabile oricăror sub-contractanți, salariați și experți ce acționează sub autoritatea și controlul executantului”.

Față de cele evocate, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă încalcă prevederile legale în vigoare, „atât în materia achizițiilor publice, legea amenajărilor funciare, cât și Codul Civil și Codul de Procedură Civilă, respectiv Legea Concurenței”, și solicită modificarea documentației de atribuire „în sensul corectării omiterilor și respectiv abaterilor de la lege”, precum și, suspendarea procedurii de achiziție publică în cauză, până la soluționarea prezentei contestații.

Contestatorul motivează necesitatea suspendării procedurii de atribuire, în cauză, ca fiind absolut necesară pentru protejarea intereselor comerciale legitime ale ofertanților, a interesului public prin prevenirea atribuirii unui contract în condiții de nerespectare a legii, ceea ce poate duce la anularea acestuia în justiție sau la blocarea finanțării europene, precum și pentru alocarea unui timp rezonabil pentru întocmirea unei oferte, ținând cont de documentația revizuită, având în vedere și intervalul de timp întâmplător ales de autoritatea contractantă pentru derularea procedurii, care conține un număr sporit de zile libere și zile de sărbătoare (laică și religioasă).

Totodată, solicită accesul la dosarul cauzei, întocmit de autoritatea contractantă, precum și să fie prezent „la termenul stabilit pentru judecarea cauzei, prin reprezentanți și anume: un expert tehnic, un expert în achiziții publice și un expert juridic”.

În drept, contestatorul își întemeiază contestația în baza prevederilor art. 255, art. 256¹, art. 278 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, și anexează în sprijinul celor susținute un set de documente probatorii.

Pentru soluționarea contestației cu celeritate, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1988/... a transmis punctul de vedere referitor la contestație, respectiv punctul de vedere privind solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire, în cauză.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii de atribuire de care se face vorbire, precizând că proiectul este finanțat din fonduri europene, conform contractului de finanțare2012, încheiat cu APIA și se încadrează în PNDR, Măsura 125, și descrie totodată, lucrările prezentate în documentația de atribuire.

Cu privire la afirmația contestatorului de introducere a unei definiții „noi” conflictului de interese, autoritatea contractantă menționează faptul că acesta „se privește în două etape după cum urmează: I. pe parcursul procedurii de atribuire și până la

semnarea contractului de achiziție publică acesta se supune Secțiunii a 8 a Reguli de evitare a conflictului de interese din OUG 34/2006 (art. 66 - art. 70)", pe care le citează și „II. după semnarea/atribuirea contractului de achiziție publică, conflictul de interese intră sub incidența regulilor de drept comun și în consecință ceea ce se prevede în invitația de participare în cadrul documentului Clauze contractuale obligatorii, art. 2 definiții „dd. conflict de interese înseamnă orice eveniment care influențează capacitatea executantului de a exprima o opinie profesională obiectivă și imparțială, sau care îl împiedică pe acesta, în orice moment, să acorde prioritate intereselor achizitorului sau interesului public general al Proiectului, orice motiv în legătură cu posibile contracte în viitor sau în conflict cu alte angajamente, trecute sau prezente, ale executantului. Aceste restricții sunt de asemenea aplicabile oricăror sub-contractanți, salariați și experți ce acționează sub autoritatea și controlul executantului”.

Autoritatea contractantă apreciază solicitările contestatorului ca netemeinice și nefondate, solicitând respingerea contestației, ca nefondată.

Prin contestația de mai sus, înregistrată la CNSC sub nr. a solicitat și studiul dosarului cauzei, solicitare în urma căreia, prin adresa nr. .../.../... Consiliul l-a invitat, precizându-i ca termen pentru depunerea concluziilor scrise data de „.....2013, ora 16⁰⁰”.

Contestatorul nu a dat curs invitației de studiu a dosarului cauzei până la data limită stabilită de CNSC pentru depunerea concluziilor scrise.

Ulterior emiterii Deciziei de suspendare, autoritatea contractantă a transmis Consiliului adresa nr..../....2013, înregistrată la CNSC sub nr..../....2013, prin care reiterează susținerile din punctul de vedere comunicat inițial și invocă excepția lipsei de interes a contestației formulată de

Prin adresa nr. .../.../... Consiliul a solicitat contestatorului opinia sa cu privire la lipsa de interes invocată de autoritatea contractantă în adresa nr..../....2013, înregistrată la CNSC sub nr. .../....2013,

Prin adresa nr..../....2013, înregistrată la CNSC sub nr. .../....2013, contestatorul a răspuns cererii Consiliului, precizând că are calitate de persoană vătămată și își manifestă dorința fermă de a participa, respectiv de a câștiga procedura de atribuire în cauză.

În același timp, afirmă că autoritatea contractantă definește conceptul de „lipsă de interes”, ilegal și nefundamentat, nici în practică, nici în legislație.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... (PRIMĂRIA) a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin „cerere de oferte”, având drept obiect: „Drum Agricol de Exploatare Localitatea Satu ..., ..., Județul ... cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, invitația de participare nr. ... conform căreia valoarea estimată este cuprinsă între lei, fără TVA.

Potrivit Cap. IV.2.1) din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire ales este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Prin Decizia nr. ... Consiliul a admis suspendarea procedurii de atribuire în cauză, ca urmare a solicitării

Conform prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Prin constatarea lipsei interesului contestatorului în promovarea contestației, dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Excepțiile absolute (privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu, din oficiu, în orice moment al soluționării contestației.

Având în vedere norma anterior precizată, Consiliul va proceda la soluționarea excepției lipsei de interes a contestației formulate de ... invocată de ... (PRIMĂRIA), în cadrul punctelor de vedere exprimate.

Consiliul nu reține, în soluționare, susținerile autorității contractante cu privire la faptul că ... nu ar avea interes în promovarea unei contestației, având un alt obiect principal de activitate decât serviciile ce fac obiectul contractului, deoarece, pe de o parte, un operator economic are dreptul de a presta și alte activități în afara celei declarate ca fiind principală, iar, pe de altă parte, acesta are posibilitatea de asociere, executând astfel numai partea din contract care corespunde activităților din obiectul de activitate declarat, principal și secundar.

În temeiul art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes a contestației formulate de ... invocată de ... (PRIMĂRIA) și se va pronunța asupra fondului contestației.

Consiliul reține că, pe fond, ... formulează critici cu privire la documentația de atribuire, respectiv:

- susține că, având în vedere obiectul contractului de achiziție publică în cauză, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita îndeplinirea unor cerințe de calificare raportate la prevederile deoarece, în conformitate cu prevederile Legii nr. 138/2004 a îmbunătățirilor funciare;

- solicită eliminarea definiției de la art. 3 punctul dd) din documentul "Model contract de lucrări" a sintagmei "conflict de interese", deoarece nu respectă prevederile legale în vigoare și impune constrângeri nejustificate ofertantului care va fi declarat câștigător.

În ceea ce privește prima critică, Consiliul o va respinge, ca nefondată, deoarece, conform prevederile Legii nr. 138/2004 a îmbunătățirilor funciare, republicată, în cadrul activităților ce se încadrează în sintagma "Îmbunătățiri Funciare" nu se regăsesc lucrări referitoare la drumuri agricole, ca urmare, solicitarea îndeplinirii unor cerințe de calificare prin raportare la acest act normativ ar fi condus la încălcarea, de către autoritatea contractantă, a prevederilor art. 8 alin. (1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: „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”.

Referitor la cea de a doua critică, Consiliul reține că definiția sintagmei "conflict de interese" de la art. 3 punctul dd) din documentul "Model contract de lucrări", este următoarea:

"conflict de interese înseamnă orice eveniment care influențează capacitatea executantului de a exprima o opinie profesională obiectivă și imparțială, sau care îl împiedică pe acesta, în orice moment, să acorde prioritate intereselor achizitorului sau interesului public general al Proiectului, orice motiv în legătură cu posibile contracte în viitor sau în conflict cu alte angajamente, trecute sau prezente, ale executantului. Aceste restricții sunt de asemenea aplicabile oricăror sub-contractanți, salariați și experți ce acționează sub autoritatea și controlul executantului”.

În acest sens, Consiliul reține că interpretarea dată de autoritatea contractantă sintagmei "conflict de interese" nu este în concordanță cu sensul general acceptat al acesteia care corelează

aparitia unui conflict numai prin raportare la un functionar public si nu la un operator economic cu care o autoritate contractanta a incheiat un contract de achizitie publica.

De asemenea, Consiliul reține, având în vedere definiția sintagmei „contract de achiziție publică”, de la art. 3 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv „contractul, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2), cu titlu oneros, încheiat în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul ori mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”, că are competență în analiza clauzelor contractuale obligatorii, existente în documentația de atribuire, din punct de vedere al respectării scopului și principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 din același act normativ.

Având în vedere cele de mai sus, precum și faptul că, deși a definit sintagma în cauză, aceasta nu este utilizată în vreuna din clauzele existente în documentul „Model contract de lucrări”, Consiliul constată că, prin introducerea acestei definiții, care stabilește în sarcina ofertantului declarat câștigător, obligații suplimentare față de cele asumate prin semnarea contractului, autoritatea contractantă a încălcat, în raport cu potențialii ofertanți, principiul tratamentului egal, al transparenței, al recunoașterii reciproce și al proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Referitor la solicitarea de a fi prezent „la termenul stabilit pentru judecarea cauzei”, Consiliul nu o va reține, deoarece procedura de soluționare a contestațiilor se face în temeiul art. 275 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare; în cazul de față, Consiliul consideră că se află în posesia tuturor elementelor necesare soluționării cu celeritate a cauzei, neimpunându-se audierea părților.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... (PRIMĂRIA) și va obliga autoritatea contractantă la eliminarea de la punctul dd) al art. 3 din documentul „Model contract de lucrări” a definiției sintagmei „conflict de interese”.

În temeiul art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) și (3) din ordonanță, modificată și completată.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

MEMBRU COMPLET ...

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.