



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 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 fără număr de înregistrare și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și completată prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../23.05.2013, S.C. ... S.R.L., cu sediul în localitatea ... județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. .../..., având CIF RO ... reprezentată convențional prin av. ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ... a contestat rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 67062/09.05.2013, emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” cu faza finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare produse alimentare (pui, ulei, zahăr, făină, orez și mălai) pentru acțiunile ce vor fi organizate în anul 2013” – Lot 1 – pui congelați și Lot 5 – orez cu bob lung, coduri CPV 15112130-6 și 15614100-6 (Rev. 2), organizată de autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... cu sediul în municipiul ... județul ... și a solicitat anularea rezultatului procedurii și a comunicării nr. 67062/09.05.2013, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii de atribuire.

S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ..., județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... în calitate de ofertant declarat câștigător în procedura de atribuire ce face obiectul cauzei, a depus, prin fax, cererea de intervenție în interes propriu, înregistrată la Consiliu sub nr. 16559/21.05.2013 și

În original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16842/23.05.2013, prin care a solicitat Consiliului constatarea legalității și temeiniciei rezultatului procedurii și a comunicării nr. 67062/08.05.2013.

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

DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes a intervenientei S.C. ... S.R.L., invocată de către contestatoarea S.C. ... S.R.L..

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în localitatea ... județul ... reprezentată convențional prin av. ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... cu sediul în municipiul ... județul ... și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Admitere cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... str. ..., județul ... astfel cum a fost calificată de Consiliu în motivarea deciziei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și completată prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../23.05.2013, formulată de S.C. ... S.R.L., reprezentată convențional prin av. ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 67062/09.05.2013, emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” cu faza finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare produse alimentare (pui, ulei, zahăr, făină, orez și mălai) pentru acțiunile ce vor fi organizate în anul 2013”, – Lot 1 – pui congelați și Lot 5 – orez cu bob lung, coduri CPV 15112130-6 și 15614100-6 (Rev. 2), s-a solicitat anularea rezultatului procedurii și a comunicării nr. 67062/09.05.2013,

precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii de atribuire.

Contestatoarea a adus la cunoștință că în cadrul procedurii ce face obiectul cauzei a fost formulată contestație de către S.C. ... S.R.L., soluționată prin Decizia nr. ... 1051/... prin care s-a admis contestația, s-au anulat actele atacate în ceea ce privește ofertele depuse de S.C. ... S.R.L., pentru Loturile 1 și 5, S.C. ... S.R.L., pentru Lotul 1 și S.C. ... S.R.L., pentru Loturile 4 și 5 și s-a dispus reanalizarea ofertelor depuse de ofertanții sus-amintiți pentru Loturile 1, 4 și 5.

În urma reevaluării ofertei contestatoarei, în ceea ce privește loturile 1 și 5, autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă, motivul fiind „ /.../ de vreme ce autoritatea contractantă a cerut expres prin fișa de date a achiziției ca dovada experienței similare să fie făcută prin prezentarea unui contract având o valoare minimă indicată expres, ofertanții trebuiau să facă această dovadă, acceptarea îndeplinirii cerinței prin cumularea valorii mai multor contracte de furnizare (chiar și subsecvente aceluiași acord cadru) reprezentând modificarea cerinței de calificare impusă prin documentația de atribuire /.../”.

Contestatoarea consideră că motivarea autorității contractante se dovedește a fi lipsită de temei legal și lipsită de orice suport juridic, susținând că excluderea unui operator economic dintr-o procedură motivată de faptul că depunerea ca experiență similară a unui acord-cadru nu reprezintă un contract, ci mai multe, modificându-se astfel documentația de atribuire, restricționează accesul operatorilor la procedură.

Invocând astfel dispozițiile art. 178 și art. 179 din OUG nr. 34/2006, contestatoarea arată că fiecare speță se analizează în mod individual, potrivit specificului ei, fără a interpreta restrictiv termenii precum „un contract” în sensul „una bucată contract”, cu atât mai mult cu cât este vorba despre un contract similar.

De asemenea, făcând referire la dispozițiile art. 188 din OUG nr. 34/2006, contestatoarea arată că legislația îndrumă ca aceste cerințe minime să fie stabilite proporțional cu contractul ce urmează a fi atribuit și numai dacă este necesar, astfel că ținând cont de obiectul contractului în discuție, este necesar să se facă dovada experienței similare printr-un contract de cel puțin aceeași valoare.

Contestatoarea, prezentând definiția acordului-cadru, susține că nu poate fi respinsă o ofertă ca inacceptabilă, în măsura în care sunt depuse contractele subsecvente aceluiași acord-cadru.

În continuare, contestatoarea redă definițiile acordului-cadru, așa cum sunt acestea prezentate de Directiva 2004/17/CE, precum și de legislația achizițiilor publice, menționând că prezentarea unui acord-cadru ca experiență similară reprezintă „un contract similar” cu acordul-cadru ce urma a se încheia în prezenta procedură, oricâte contracte subsecvente a prezentat societatea sa ca fiind încheiate în baza acestuia.

În dovedirea contestației sale S.C. ... S.R.L. a depus, la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 71505/20.05.2013, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 16737/22.05.2013 și retransmisă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16836/23.05.2013, autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... transmite punctul de vedere referitor la contestația în discuție, precum și documentele emise ulterior Deciziei Consiliului nr. ... 1051/...

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință istoricul procedurii de achiziție ce face obiectul cauzei, arătând că după emiterea deciziei Consiliului ante-menționată a reevaluat ofertele, după cum urmează:

Pentru Lotul 1, cu o valoare estimată de 749.700 lei, s-a solicitat ca ofertantul să facă „dovada furnizării, în ultimii 3 ani, în baza unui contract similar pentru fiecare lot în parte, pentru care valoarea produselor similare furnizate în baza contractului (până la data limită pentru depunerea ofertelor) să fie cel puțin egală cu valoarea estimată aferentă pentru fiecare lot în parte, după cum urmează: pentru Lotul 1 – pui – 749.700 lei fără TVA. Se vor prezenta documente din care să reiasă valoarea totală a produselor furnizate, în lei fără TVA, corespunzătoare fiecărui lot în parte pentru care se depune oferta, respectiv certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar, și anume: scrisori de recomandare din partea beneficiarului semnate și ștampilate sau procese verbale de recepție semnate de către ambele părți fără obiecțiuni sau informații privind îndeplinirea obligațiilor contractuale”.

Astfel, din documentele de calificare prezentate de contestatoare pentru Lotul 1, respectiv acord-cadru nr. 33902/07.03.2011 cu contractele subsecvente nr. 72279/17.05.2011 și nr. 142801/18.10.2011 și acordului-cadru nr. 15023/02.02.2010 cu contractele subsecvente nr. 101521/02.08.2010, nr. 112355/01.09.2010, nr. 133103/25.10.2010 și nr. 153914/10.12.2010, autoritatea contractantă susține că nu reiese îndeplinirea cerinței

minime de calificare menționată, prin urmare, oferta contestatoarei a fost considerată o ofertă inacceptabilă.

În ceea ce privește Lotul 5, autoritatea contractantă învederează că valoarea estimată pentru acest lot este de 171.500 lei, în documentația de atribuire solicitându-se ca ofertantul să facă „dovada furnizării, în ultimii 3 ani, în baza unui contract similar pentru fiecare lot în parte, pentru care valoarea produselor similare furnizate în baza contractului (până la data limită pentru depunerea ofertelor) să fie cel puțin egală cu valoarea estimată aferentă pentru fiecare lot în parte, după cum urmează: pentru Lotul 5 – orez – 171.500 lei fără TVA. Se vor prezenta documente din care să reiasă valoarea totală a produselor furnizate, în lei fără TVA, corespunzătoare fiecărui lot în parte pentru care se depune oferta, respectiv certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar, și anume: scrisori de recomandare din partea beneficiarului semnate și ștampilate sau procese verbale de recepție semnate de către ambele părți fără obiecțiuni sau informații privind îndeplinirea obligațiilor contractuale”.

Astfel, din documentele de calificare prezentate de contestatoare pentru Lotul 5, respectiv acord-cadru nr. 15046/02.02.2010 cu contractele subsecvente nr. 56808/26.04.2010 și nr. 112359/01.09.2010, autoritatea contractantă susține că nu reiese îndeplinirea cerinței minime de calificare menționată, prin urmare, oferta contestatoarei a fost considerată o ofertă inacceptabilă.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă consideră că a pus în aplicare în mod corect Decizia Consiliului nr. ... 1051/... în cuprinsul căreia se regăsește următoarea motivare: „ /.../ Din actele depuse de ofertanta S.C. ... S.R.L. pentru dovedirea experienței sale similare pentru lotul 1 - pui nu rezultă că aceasta a furnizat, în ultimii 3 ani, în baza unui contract, produse în valoare de cel puțin 749700 lei, fără TVA, contractele depuse de aceasta având valori inferioare. /.../ În aceste condiții, Consiliul stabilește că în mod eronat autoritatea contractantă a stabilit ca fiind acceptabilă oferta depusă de S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1 în ceea ce privește cerința de calificare vizând experiența similară. Din documentele cauzei rezultă că într-o situație similară se află ofertantul S.C. ... S.R.L. pentru lotul 5 /.../”.

Astfel, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și pe cale de consecință, menținerea raportului procedurii nr. 67048/09.05.2013 și toate actele subsecvente acestuia.

În cadrul aceleiași proceduri s-a depus prin fax, cererea de intervenție în interes propriu, înregistrată la Consiliu sub nr. 16559/21.05.2013, retransmisă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16842/23.05.2013, formulată de S.C. ... S.R.L., în calitate de ofertant declarat câștigător în procedura de atribuire ce face obiectul cauzei, prin care a solicitat Consiliului constatarea legalității și temeiniciei rezultatului procedurii și a comunicării nr. 67062/08.05.2013.

Intervenienta aduce la cunoștință dispozitivul Deciziei Consiliului nr. ... 1051/... evidențiind cerințele minime solicitate în fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”.

De asemenea, intervenienta arată că CNSC a reținut în motivare faptul că S.C. ... S.R.L. a prezentat:

„- informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor acordului-cadru nr. 33.902 din 07.03.2011, de furnizare pui *griller* congelați individual, încheiat cu Primăria ... cu o valoare totală a celor 3 contracte subsecvente încheiate de 1.534.644 lei (fără TVA); a fost depusă copia contractului subsecvent nr. 142.801 din 18.10.2011 conform căruia s-au livrat produse în valoare de 510.984 lei;

- informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor acordului-cadru nr. 15.023 din 02.02.2010, de furnizare pui *griller* congelați individual, încheiat cu Primăria ... cu o valoare totală a celor 5 contracte subsecvente încheiate de 2.386.602 lei (fără TVA); a fost depusă copia contractului subsecvent nr. 15.065 din 02.02.2010 conform căruia s-au livrat produse în valoare de 489.834 lei și copia contractului subsecvent nr. 101.521 din 02.08.2010 conform căruia s-au livrat produse în valoare de 439.074 lei;

- informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor acordului-cadru nr. 12.192 din 23.01.2009, de furnizare pui *griller* congelați, încheiat cu Primăria ... cu o valoare totală a celor 12 contracte subsecvente încheiate de 7.289.136 lei (fără TVA); nu a fost depusă copia niciunui contract subsecvent acestui acord-cadru”.

Astfel, intervenienta subliniază că CNSC a reținut că experiența similară pentru Lotul 1 trebuia dovedită prin furnizarea, în ultimii 3 ani, în baza unui contract similar, pentru care valoarea produselor similare furnizate în baza contractului, să fie cel puțin egală cu 749.700 lei, condiție neîndeplinită de contestatoare.

În ceea ce privește criticile contestatoarei din prezenta contestație, tranșate de Consiliu prin decizia anterioară, intervenienta susține că acestea încalcă autoritatea de lucru judecat.

Urmare a cererii de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L., Consiliul a solicitat părților prin adresele nr. 9661/... .. și nr. 9662/... .., comunicarea, până la data de 23.05.2013, ora 12:00, a susținerilor acestora referitoare la cererea de intervenție sus menționată.

Contestatoarea S.C. ... S.R.L. a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../23.05.2013, solicitând respingerea cererii de intervenție ca lipsită de interes, întrucât intervenienta nu arată în ce constă dreptul pretins, care ar fi încălcarea dreptului prin decizia Consiliului ce urmează a se pronunța, care este prejudiciul adus societății ca urmare a admiterii cererii, ori care este interesul concret în formularea cererii de intervenție.

Pe fondul cauzei, contestatoarea menționează că prin contestația sa nu aduce critici modului cum a fost pusă în aplicare decizia Consiliului, ci la efectivă reevaluare a ofertelor, considerând că interpretarea acordului-cadru, dacă este sau nu un contract, sunt demne de luat în seamă și soluționate corespunzător de către Consiliu, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă nu justifică modul în care a reevaluat ofertele.

De asemenea, contestatoarea susține că decizia Consiliului este obligatorie pentru părți, societatea sa nefiind parte a acelei contestații, doar intervenienta și autoritatea contractantă, astfel că nu se poate pune în discuție o autoritate de lucru judecat, ci o forță obligatorie pentru părți, societatea sa neavând cunoștință despre cuprinsul deciziei amintite, ci doar a dispozitivului, astfel că societatea sa a formulat contestație la noul rezultat al procedurii, fiind, în opinia sa, întemeiată, având în vedere că aceasta este calea pe care poate aduce critici cu privire la o reevaluare a ofertelor în baza căreia a fost emis un act nou, respectiv un alt rezultat al procedurii și o altă comunicare.

Pe cale de consecință, contestatoarea solicită respingerea cererii formulată de S.C. ... S.R.L. și admiterea contestației sale.

Prin adresa nr. 72918/23.05.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. ... autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... a comunicat punctul său de vedere referitor la cererea de intervenție, susținând că își menține susținerile față de contestația formulată de S.C. ... S.R.L., invocând dispozițiile art. 280 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, prin urmare, solicitând respingerea contestației ca nefondată.

De asemenea, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ... contestatoarea comunică răspunsul său la punctul de vedere al autorității contractante formulat cu privire la contestația sa,

reiterând faptul că, într-adevăr, autoritatea contractantă a pus în aplicare în mod corect decizia Consiliului, supunându-se obligației de anulare a rezultatului procedurii și la reevaluarea ofertelor, însă criticile sale se circumscriu modului în care autoritatea contractantă a reevaluat ofertele și motivele pentru care au fost respinse ofertele societății sale pentru Loturile 1 și 5.

Contestatoarea arată că reevaluarea s-a efectuat prin modificarea criteriilor ce au fost avute în vedere prin documentația de atribuire, punându-și întrebarea cum la o nouă reevaluare nu s-a ținut cont de valoarea acordului-cadru depus de societatea sa pentru cele două loturi mai sus menționate.

Față de termenul „similar” folosit de autoritatea contractantă, contestatoarea arată că un acord-cadru este mai aproape de a îndeplini condiția similitudinii cu un acord-cadru decât alt contract ce ar fi putut fi prezentat în dovedirea capacității tehnice, ori la reevaluare, societatea sa nu a depus mai multe contracte „având valori inferioare”, ci un acord-cadru cu valoarea solicitată, care, evident, trebuia să fie însoțit și de contracte subsecvente, acestea fiind accesorii ale acordului cadru depus.

Pe cale de consecință, contestatoarea arată că societatea sa nu contestă anularea rezultatului inițial al procedurii, ci rezultatul reevaluării, modalitatea și motivele care au condus la respingerea ofertei sale pentru cele două loturi.

Din documentele depuse de părți la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă” cu faza finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizare produse alimentare (pui, ulei, zahăr, făină, orez și mălai) pentru acțiunile ce vor fi organizate în anul 2013”, – Lot 1 – pui congelați și Lot 5 – orez cu bob lung, cod CPV 15112130-6 și altele (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... stabilind data deschiderii ofertelor la 29.01.2013, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată de 12.465.600 lei.

În cadrul procedurii de atribuire în cauză au mai fost depuse următoarele contestații:

1. contestația nr. 102/27.02.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 6578/27.02.2013, formulată S.C. ... S.R.L., soluționată prin decizia nr. ... din data de ... prin care Consiliul a dispus următoarele: *„Admite excepția prematurității introducerii contestației, și respinge, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul, județul ... în contradictoriu cu*

MUNICIPIUL ... cu sediul în județul ... ca prematur formulată”;

2. contestația nr. 752 din 14.03.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 8451 din ..., depusă de S.C. ... S.R.L. și contestația nr. 132 din 19.03.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 8731 din 19.03.2013, depusă de S.C. ... S.R.L., soluționate prin decizia nr. ... 1051 din data de ... prin care Consiliul a dispus următoarele:

„În baza art. 278 alin. (1) și (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, respinge ca lipsită de obiect contestația depusă de S.C. ... S.R.L.

În baza art. 278 alin. (2) din ordonanța de urgență, pentru considerentele evocate în motivare, admite contestația depusă de S.C. ... S.R.L. Anulează actele atacate în ceea ce privește ofertele depuse de S.C. ... S.R.L. pentru loturile 1 și 5, S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1, S.C. ... S.R.L. pentru loturile 4 și 5.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanța de urgență, obligă autoritatea contractantă ca, de la primirea deciziei Consiliului, într-un termen care nu va fi mai scurt decât termenul de exercitare a căii de atac împotriva deciziei Consiliului, așa cum este prevăzut la art. 281 alin. (1), cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze ofertele depuse de S.C. ... S.R.L. pentru loturile 1 și 5, S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1, S.C. ... S.R.L. pentru loturile 4 și 5.

Obligă autoritatea contractantă să comunice tuturor participanților încă implicați în procedura de atribuire măsurile luate în baza prezentei decizii.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, dispune continuarea procedurii de achiziție publică pentru loturile 1, 4 și 5, cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare potrivit art. 281 alin. (1) din ordonanța de urgență”.

Decizia nr. ... 1051 din data de ... prin care s-a dispus și reanalizarea ofertei depuse de S.C. ... S.R.L. pentru loturile 1 și 5 nu a fost atacată cu plângere fiind în prezent definitivă, irevocabilă

și obligatorie între părți, dispozitivul și considerentele deciziei consolidându-și puterea de lucru judecat.

În dosarul care a stat la baza emiterii deciziei de mai sus, au avut calitatea de părți cele două contestatoare (S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L.) și autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... actuala contestatoare S.C. ... S.R.L. neformulând la acea dată o cerere de intervenție în interesul autorității contractante deși avea calitatea de promitent prestator în cadrul Lotului 1 – pui congelați și Lotului 5 – orez cu bob lung, coduri CPV 15112130-6 și 15614100-6 (Rev. 2). Pentru lotul nr. 1 fuseseră desemnați 5 promitenți prestatori iar pentru lotul nr. 5 fuseseră desemnați 3 promitenți prestatori.

Prin adresele nr. 39861/22.03.2013 și nr. 35949/15.03.2013, transmise prin fax (rapoartele de transmitere și recepționare a documentelor aflându-se la dosarul cauzei), autoritatea contractantă, în îndeplinirea obligațiilor stipulate de art. 271 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, a comunicat S.C. ... S.R.L. copii ale contestațiilor depuse de S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L., aceasta alegând să aibă o atitudine pasivă și să nu se implice în soluționarea celor două contestații prin formularea unei cereri de intervenție deși contestatoarea S.C. ... S.R.L. atacase rezultatul procedurii de atribuire aferent loturilor nr. 1 și 5, la care și S.C. ... S.R.L. fusese desemnat promitent prestator.

Așa cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei, procedura de atribuire în cauză a fost inițiată la data de 04.12.2012 prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... prin urmare înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 77/2012.

Conform Art. II din OUG nr. 34/2006: „(1) *Procedurile de atribuire în curs de desfășurare și contractele în curs de executare, la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, rămân supuse legislației în vigoare la data inițierii, respectiv, încheierii acestora.*

(2) *Prin procedură de atribuire în curs de desfășurare se înțelege orice procedură pentru care s-a transmis un anunț de participare sau, după caz, o invitație de participare, până la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență”.*

În consecință, procedura de atribuire în cauză este guvernată de legislația în materia achizițiilor publice în vigoare înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 77/2012, respectiv 01.01.2013, autoritatea contractantă neavând obligația de a publica „*Decizia motivată (...) în SEAP în termen de 5 zile de la data primirii, fără referire la datele de identificare a deciziei și ale părților, la datele cu caracter personal, precum și la acele informații pe care operatorul*

economic le precizează în oferta sa ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”, obligație care a fost instituită în sarcina sa de alin. (6) al art. 279 din OUG nr. 3472006, alineat introdus prin punctul 63 din Ordonanță de urgență nr. 77/2012 începând cu 01.01.2013.

Analizând decizia nr. ... 1051 din data de ... Consiliul reține că atât în dispozitivul acesteia cât și în considerente, s-a menționat obligația autorității contractante de a comunica tuturor participanților încă implicați în procedura de atribuire măsurile luate în baza deciziei, acest fapt realizându-se de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 67062/09.05.2013 (actul atacat prin prezenta contestație).

După emiterea deciziei nr. ... 1051 din data de ... autoritatea contractantă a încheiat un nou raport al procedurii nr. 67048/09.05.2013 prin care oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost declarată inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, iar operatorii economici parte a acordului-cadru (promitenți prestatori) pentru loturile 1 și 5, au fost stabiliți după cum urmează:

- pentru Lotul 1 – Pui
 - S.C. ... S.A.;
 - S.C. ... S.R.L.;
 - S.C. ... S.R.L.
- pentru Lotul 5 – Orez
 - S.C. ... S.R.L.;

Împotriva adresei nr. 67062/09.05.2013 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, S.C. ... S.R.L. a formulat contestația care formează obiectul prezentului dosar.

S.C. ... S.R.L. a formulat o cerere de intervenție în interes propriu, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie și nu a unei cereri de intervenție principală deoarece S.C. ... S.R.L. sprijină poziția autorității contractante, solicitând constatarea legalității și temeiniciei rezultatului procedurii și a comunicării nr. 67062/ 08.05.2013, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 61 Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză S.C. ... S.R.L. are calitatea de promitent prestator iar cererea sa privește menținerea acestei decizii a autorității contractante, Consiliul va dispune admiterea în principiu a cererii de intervenție.

În continuare, Consiliul procedează la analiza excepției lipsei de interes a intervenientei S.C. ... S.R.L., invocată de către contestatoarea S.C. ... S.R.L., pe care urmează să o respingă pentru următoarele considerente:

Deși nici O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o cerere de intervenție solicită o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța analizată, Consiliul constată că S.C. ... S.R.L. justifică un interes deoarece are calitatea de promitent prestator pentru lotul 1 alături de S.C. ... S.A. și S.C. ... S.R.L., iar pentru lotul 5 are calitatea de unic promitent-prestator. Interesul său este de menținere a rezultatului procedurii de atribuire în sensul existenței unui număr mai mic de promitenți prestatori, situație în care șansele sale de atribuire a contractelor subsecvente cresc.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul respinge excepția invocată de către contestatoare și procedează la analiza pe fond a cauzei, ocazie cu care constată că între conținutul contestației și considerentele deciziei CNSC prin care s-a dispus reevaluare ofertei S.C. ... S.R.L. există o strânsă legătură în sensul că modul în care a fost îndeplinită de către contestatoare cerința privind dovedirea experienței similare a făcut obiectul analizei Consiliului.

Astfel, relevante în soluționarea cauzei, raportat la conținutul contestației sunt următoarele considerente menționate în decizia nr. ... 1051 din data de ...

„Trecând la examinarea celor susținute de contestatoare, Consiliul retine că, în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară pentru lotul 1 - pui, S.C. ... S.R.L. a prezentat:

- informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor acordului-cadru nr. 33.902 din 07.03.2011, de furnizare pui griller congelați individual, încheiat cu Primăria ... cu o valoare totală a celor 3 contracte subsecvente încheiate de 1.534.644 lei (fără TVA); a fost depusă copia contractului subsecvent nr. 142.801 din 18.10.2011 conform căruia s-au livrat produse în valoare de 510.984 lei;

- informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor acordului-cadru nr. 15.023 din 02.02.2010, de furnizare pui griller congelați individual, încheiat cu Primăria ... cu o valoare totală a celor 5 contracte subsecvente încheiate de 2.386.602 lei (fără TVA); a fost depusă copia contractului subsecvent nr. 15.065 din 02.02.2010 conform căruia s-au livrat produse în valoare de 489.834 lei și copia contractului subsecvent nr. 101.521 din 02.08.2010 conform căruia s-au livrat produse în valoare de 439.074 lei;

- informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor acordului-cadru nr. 12.192 din 23.01.2009, de furnizare pui griller congelați, încheiat cu Primăria ... cu o valoare totală a celor 12 contracte subsecvente încheiate de 7.289.136 lei (fără TVA); nu a fost depusă copia niciunui contract subsecvent acestui acord-cadru.

Așa cum se menționa anterior, experiența similară pentru lotul 1 - pui trebuia dovedită prin furnizarea, în ultimii 3 ani, în baza unui contract similar, pentru care valoarea produselor similare furnizate în baza contractului (până la data limită pentru depunerea ofertelor) să fie cel puțin egală cu 749700 lei, fără TVA.

Din actele depuse de ofertanta S.C. ... S.R.L. pentru dovedirea experienței sale similare pentru lotul 1 - pui nu rezultă că aceasta a furnizat, în ultimii 3 ani, în baza unui contract, produse în valoare de cel puțin 749700 lei, fără TVA, contractele depuse de aceasta având valori inferioare.

Consiliul stabilește că referitor la situația analizată sunt relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 3 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: «În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

[...]

b) acord-cadru - înțelegerea scrisă intervenită între una sau mai multe autorități contractante și unul sau mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea elementelor/condițiilor esențiale care vor governa contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o perioadă dată, în mod special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere;

[...]

e1) contract - orice contract de achiziție publică sau acord-cadru;

f) contract de achiziție publică - contractul comercial 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 sau mai mulți

operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, în sensul prezentei ordonanțe de urgență»;

- art. 188 alin. (1) din ordonanța de urgență: «În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de furnizare, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de cantitatea și de complexitatea produselor ce urmează să fie furnizate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de livrare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Livrările de produse se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea livrărilor de produse se realizează printr-o declarație a operatorului economic»;

- art. 7 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare: «Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare».

Date fiind aspectele de fapt și de drept evocate, Consiliul stabilește că decizia autorității contractante de a considera îndeplinită cerința de calificare vizând experiența similară pentru lotul 1 de către ofertanta S.C. ... S.R.L. prin cumularea valorii unor contracte subsecvente unui acord-cadru este eronată.

Astfel, pornind de la scopul stabilit de legiuitor pentru solicitarea îndeplinirii de către ofertanți a cerințelor de calificare, respectiv demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată

câștigătoare, este evident că dovezile prezentate de ofertanți privind experiența similară solicitată trebuiau să facă proba acestui potențial al acestora, respectiv acela de a îndeplini obligațiile acordului-cadru din punct de vedere calitativ și cantitativ.

Astfel, de vreme ce autoritatea contractantă a cerut expres prin fișa de date a achiziției ca dovada experienței similare să fie făcută prin prezentarea unui contract având o valoare minimă indicată expres, ofertanții trebuiau să facă această dovadă, acceptarea îndeplinirii cerinței prin cumularea valorii mai multor contracte de furnizare (chiar și subsecvente unui același acord-cadru) reprezentând modificarea cerinței de calificare impusă prin documentația de atribuire.

Echivalența operată de autoritatea contractantă, în acest caz, între acordul-cadru și contract este eronată, în condițiile în care, din definiția dată de dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 acordului-cadru, rezultă că acesta reprezintă „înțelegerea scrisă intervenită între una sau mai multe autorități contractante și unul sau mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea elementelor/condițiilor esențiale care vor governa contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o perioadă dată, în mod special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere”. Astfel, într-un acord-cadru nu sunt stabilite cantități precise de produse ce urmează a fi furnizate, respectiv prețul corespunzător acestora ce urmează a fi achitat. În această situație, nu se poate reține că prin încheierea unui acord-cadru se face dovada unei prestații de o anumite valoare și desfășurată într-un anumit interval de timp.

Echivalența dată de legiuitor între noțiunile de contract și acord-cadru vizează caracterul acordului-cadru de act prin care două sau mai multe părți stabilesc drepturi și obligații corespunzătoare pentru fiecare și care urmează a fi respectate în desfășurarea activității ce face obiectul acordului-cadru.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că în mod eronat autoritatea contractantă a stabilit ca fiind acceptabilă oferta depusă de S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1 în ceea ce privește cerința de calificare vizând experiența similară.

Din documentele cauzei rezultă că într-o situație similară se află ofertantele S.C. ... S.R.L. pentru lotul 5, S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1, S.C. ... S.R.L. pentru loturile 4 și 5”.

Raportat la cele mai sus menționate, Consiliul constată că documentele care au fost depuse de contestatoarele pentru dovedirea experienței similare au făcut obiectul analizei Consiliului,

acesta apreciind că „decizia autorității contractante de a considera îndeplinită cerința de calificare vizând experiența similară pentru lotul 1 de către ofertanta S.C. ... S.R.L. prin cumularea valorii unor contracte subsecvente unui acord-cadru este eronată. (..) Din documentele cauzei rezultă că într-o situație similară se află ofertantele S.C. ... S.R.L. pentru lotul 5, S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1, S.C. ... S.R.L. pentru loturile 4 și 5”.

În condițiile în care situația de fapt a fost supusă analizei Consiliului, iar contestatoarea nu depune documente noi care să prezinte o altă situație decât cea analizată de Consiliu care a avut în vedere documentele de calificare depuse de S.C. ... S.R.L. ci doar face susțineri referitoare la „interpretarea acordului-cadru ca fiind un contract”, Consiliul apreciază că această chestiune nu mai poate face obiectul analizei sale în condițiile în care există o decizie definitivă, irevocabilă și obligatorie ce a fost pusă în executare întocmai de către autoritatea contractantă și în cuprinsul căreia Consiliul s-a pronunțat deja cu privire la experiența similară a contestatoarei, respectiv cu privire la documentele depuse de aceasta pentru a dovedi îndeplinirea cerinței menționată în documentația de atribuire.

Consiliul nu poate reține susținerea contestatoarei referitoare la faptul că „ceea ce are forță obligatorie este dispozitivul unei hotărâri” deoarece art. 430 C. proc. civ. stipulează următoarele:

„(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă. (...).”

Puterea de lucru judecat urmărește și evitarea contradicțiilor între două hotărâri judecătorești, respectiv în cauză între două decizii ale Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor în sensul că drepturile recunoscute printr-o hotărâre definitivă/decizie definitivă să nu fie contrazise printr-o hotărâre ulterioară.

De asemenea, Consiliul va respinge ca neîntemeiată și critica contestatoarei cu privire la modul în care autoritatea contractantă a pus în executare decizia Consiliului nr. ... 1051 din data de ... deoarece din probatoriile administrate în cauză de părți rezultă că MUNICIPIUL ... și-a însușit decizia Consiliului, nu a atacat-o cu plângere și a pus-o în executare întocmai declarând oferta contestatoarei ca inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 36 alin.

(1) lit. b) din HG nr. 925/2006, în condițiile în care în considerentele deciziei Consiliului chestiunea în discuție a fost tranșată:

„Consiliul stabilește că în mod eronat autoritatea contractantă a stabilit ca fiind acceptabilă oferta depusă de S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1 în ceea ce privește cerința de calificare vizând experiența similară.

Din documentele cauzei rezultă că într-o situație similară se află ofertantele S.C. ... S.R.L. pentru lotul 5, S.C. ... S.R.L. pentru lotul 1, S.C. ... S.R.L. pentru loturile 4 și 5”.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge contestația formulată de S.C. ... S.R.L. și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Cu privire la cererea de intervenție depusă de S.C. ... S.R.L. față de cele stabilite cu ocazia soluționării fondului cauzei, Consiliul o va admite, astfel cum a fost calificată în motivarea deciziei.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 18 pagini.