



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 +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) 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, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... formulată de ... cu sediul în, ... având CUI ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... reprezentată legal prin ... – director general, formulată împotriva procedurii de licitație deschisă organizată de MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...), cu sediul în municipiul ..., ... județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Retehnologizarea cazanului de apă fierbinte CAF1, din”, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 80694/05.09.2013, și a actelor subsecvente acestuia, inclusiv a raportului procedurii precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

În data de 17.09.2013, ... cu sediul în înregistrată la ORC sub nr. J40/997/1991, având CUI RO 403666, reprezentată legal prin ... – director general, a formulat o cerere de intervenție principală, prin care solicită respingerea ca nefondată a contestației formulată de ... și menținerea ca legale a actelor atacate, întocmite de autoritatea contractantă.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) și (6) 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 motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., și dispune continuarea procedurii de atribuire.

În conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție depusă de și, în baza art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006, admite respectiva cerere de intervenție.

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

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 formulată, ... critica decizia autorității contractante MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...) de a declara drept câștigătoare a procedurii oferta depusă de ... arătând că, din punctul său de vedere, respectiva ofertă trebuia să fie respinsă pentru neîndeplinirea cerinței privind experiența similară prevăzută în documentația de atribuire.

Astfel, arată că cerința de a se depune un contract de servicii de proiectare similare a cărui/căror valoare cumulată să fie de cel puțin 600000 lei, fără TVA, nu poate fi considerată îndeplinită de ... prin depunerea de către aceasta, a contractului nr. 4200/559/06.04.2013 (EUC1022/2010), - „Reparație și modernizare cu arzătoare cu Nox redus a cazanelor tip IPO nr. 1, 7 și 11”, în valoare totală de 7.953.177,6 euro, încheiat cu

Potrivit contestatoarei, respectivul contract a mai fost depus de către ... în vederea dovedirii experienței similare și într-o altă procedură cu un obiect similar, cu acea ocazie, ofertantul în cauză precizând că valoarea serviciilor de proiectare în cadrul contractului a fost de 124.200 (inginerie și expertiza tamburilor pentru primele 2 cazane) + 13.800 (inginerie și expertiza tamburilor pentru cazanul 3) + 35.000 (proiect de consolidare și expertiza pentru 4 fundații) + 17.500 (proiect de consolidare și expertiza pentru 2 fundații) = 190.500 euro.

Cu toate acestea, ... apreciază că serviciile de inginerie și expertiza tamburilor pentru cazane nu pot fi asimilate serviciilor de proiectare, situație în care, în fapt, valoarea serviciilor de proiectare este

de doar 52.500 euro, ceea ce nu reprezintă echivalentul în euro a celor 600.000 lei solicitați prin documentația de atribuire.

Contestatoarea mai arată că ... nu a îndeplinit nici condiția prezentării unui proces-verbal de recepție finală, aferent contractului anterior menționat, încheiat cu ..., în susținere, făcând trimitere tot la procedura anterioară, în cadrul căreia nu a identificat la dosarul achiziției niciun astfel de proces-verbal.

Prin urmare, ... apreciază că prin declararea ofertei ... drept câștigătoare a procedurii, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 35 din HG nr. 925/2006 precum și pe cele ale art. 201, art. 170 și art. 2 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

Prin cererea de intervenție principală depusă, ... arată ca obiectul contractului nr. 4200/559/06.04.2013 (EUC1022/2010), - „Reparație și modernizare cu arzătoare cu Nox redus a cazanelor tip IPO nr. 1, 7 și 11”, în valoare totală de 7.953.177,6 euro, încheiat cu Arcelor Mittal Galați a fost supus analizei Curții de Apel ..., cu ocazia plângerii formulată împotriva deciziei nr. 2231/C8/26.06.2013, emisă în cadrul procedurii anterioare, amintită de către contestatoarea.

În casarea deciziei respective, instanța a reținut, în esență, că în mod eronat, și printr-o interpretare literală, strict formală și restrânsă la o mică parte a contractului nr. 4200/559/06.04.2013, s-a reținut că oferta ... nu îndeplinește condițiile de admisibilitate și conformitate. Astfel, în condițiile în care decizia instanței a rămas definitivă, intervenienta apreciază că, în cauză, au devenit incidente dispozițiile art. 430 din Codul Civil.

Prin adresa nr. 83933/17.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 31389/18.09.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestație, însoțit de copia dosarului achiziției publice și de copia ofertei depusă de

Prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației ..., arătând că, în dovedirea experienței similare, ... a prezentat contractul nr. 4200/559/06.04.2013, (EUC1022/2010), - „Reparație și modernizare cu arzătoare cu Nox redus a cazanelor tip IPO nr. 1, 7 și 11”, în valoare totală de 7,953,177.6 euro, încheiat cu Arcelor Mittal Galați precum și actul adițional la acesta. Ulterior, a fost depus și contractul de subcontractare nr. 09/2010, încheiat între ofertant și SC ... SA al cărui obiect era „documentația pentru reparație capitală și modernizare a trei cazane de abur IPO1 din cadrul SC ... SA din a cărui anexa 2 rezultă documentațiile de proiectare întocmite. În plus, prin adresa nr. 862/09.08.2013, a prezentat, din partea beneficiarului, confirmarea faptului că în cadrul contractului, a executat și partea de proiectare.

Astfel, din coroborarea celor două documente cu prevederile Fișei de date a achiziției privind experiența similară, a rezultat că ofertantul ... a îndeplinit cerința de calificare, deoarece contractul nr. 4200/509/2010, cu actele adiționale, conține atât proiectare, cât și

execuție, și a fost finalizat la valoarea de 7.150.000 lei, adică la o valoare mult mai mare decât valoarea solicitată drept experiență similară, respectiv de 600.000 lei, fără TVA.

Din analiza cerinței de calificare care vizează situația în care se prezintă un singur contract ce conține atât componenta de proiectare, cât și pe cea de execuție lucrări, rezultă fără echivoc faptul că, în acest caz, cerința de calificare este îndeplinită sub aspect valoric dacă suma pentru care a fost încheiat contractul este de cel puțin 100.000 lei, fără a mai exista condiția ca pentru fiecare componentă în parte, să se dovedească, în mod individual, valoarea.

În ceea ce privește criticile legate de neprezentarea proceselor-verbal de recepție finală, autoritatea contractantă arată că ... a prezentat copia contractului 4200/559/ 06.04.2013, procesul-verbal (parțial) de recepție la terminarea lucrărilor nr. 6106/04.11.2011, precum și procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 6111/25.01.2012, care completează pe cel anterior menționat.

Autoritatea contractantă apreciază că ar fi fost un formalism excesiv dacă ofertantul ar fi fost descalificat doar pentru neprezentarea unui proces-verbal de recepție finală, astfel încât a încercat să mențină un just echilibru între ofertanți, fără a omite și exigența eficienței utilizării fondurilor publice, raportat la cerințele documentației de atribuire, referitoare la certificările de bună-execuție.

Referitor la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, contestatoarea a depus la dosarul cauzei „Notele scrise” înregistrate la Consiliu cu nr. 33021/01.10.2013, arătând că nu se poate reține afirmația conform căreia „rezultă fără echivoc faptul că, în acest caz, cerința de calificare este îndeplinită sub aspect valoric dacă suma pentru care a fost încheiat contractul este de cel puțin 100.000 lei, fără a mai exista condiția ca, pentru fiecare componentă în parte să se dovedească în mod individual valoarea” deoarece cerința privind proiectarea este în continuare o cerință minimă de calificare, fapt ce rezultă și din clarificările pe care însăși autoritatea contractantă le-a solicitat ofertantului ... cu privire la valoarea serviciilor de proiectare.

Cu privire la documetele depuse de ... contestatoarea arată că, în plus față de cele depuse la procedura anterioară, în prezenta procedură a fost depus Certificatul de referință referitor la CAF 3, document emis de beneficiar precum și un contract încheiat cu SC ... SA. În opinia contestatoarei, contractul respectiv nu poate fi luat în considerare în mod individual, deoarece informațiile pe care le cuprinde nu se regăsesc și în contractul încheiat între ofertant și beneficiar, contract de la care pornește prezumția de neîndeplinire a cuantumului serviciilor de proiectare. În opinia sa, răsturnarea acestei prezumții relative nu poate fi făcută tot printr-o prezumție relativă, adică printr-un document emis ulterior de către beneficiar, ci trebuie să rezulte din interpretarea întregului material probator.

Legat de decizia Curții de Apel ... invocată de intervenientă, contestatoarea invocă unele contradicții în cuprinsul acesteia.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Retehnologizare cazan de apă fierbinte, CAF3 din”, prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP a anunțului de participare nr. ... din 14.11.2012. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 17.195.908,05 lei, fără TVA.

Ofertele depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul ședinței desfășurate în acest scop, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. 5504 din 18.01.2013.

Comisia de evaluare și-a finalizat activitatea prin întocmirea raportului procedurii de atribuire nr. 46971 din 22.05.2013.

Prin adresa nr. 47758 din 23.05.2013, autoritatea contractantă i-a comunicat ... că oferta sa, cu un preț de 14.444.435,71 lei, fără TVA, nu a fost declarată câștigătoare, clasându-se pe locul 2. Totodată, i-a făcut cunoscut că a fost declarată câștigătoare oferta depusă de către ..., cu un preț de 13.392.359,86 lei, fără TVA.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, S.C. ... S.A. a formulat contestație, soluționată de Consiliu prin decizia nr. 2231/C8/26.06.2013, prin care s-au dispus următoarele:

„În baza art. 278 alin. (2) din ordonanța de urgență, pentru considerentele evocate în motivare, admite în parte contestația depusă ... și anulează raportul procedurii nr. 46971 din 22.05.2013, precum și toate actele subsecvente acestuia.

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), să reanalizeze oferta depusă de ..., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

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

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență, pentru considerentele evocate în motivare, respinge ca inadmisibil capătul de cerere privind „constatarea inadmisibilității și neconformității ofertei câștigătoare, cu consecința reevaluării acesteia”, din contestația

În conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție depusă de și, în baza art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, respinge ca nefondată respectiva cerere de intervenție.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța evocată, dispune continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior”.

Împotriva acestei decizii, a formulat plângere ... aceasta fiind admisă prin decizia nr. 2762/19.06.2013, pronunțată de Curtea de Apel ..., în dosarul nr. 434/45/2013, respingând în totalitate contestația formulată de

Ca urmare a deciziei instanței, în aplicarea acesteia, autoritatea contractantă a încheiat raportul procedurii nr. 80688/05.09.2013, declarând câștigătoare pe ofertanta Împotriva noului rezultat al procedurii, a formulat contestație, aceasta solicitând pe baza aceluiași argumente din contestația anterioară, reevaluarea ofertei câștigătoare, deoarece ofertanta respectivă nu îndeplinește cerința de calificare referitoare la experiența similară.

După învestirea Consiliului cu contestația în analiză, S.... a depus cererea de intervenție principală, prin care solicită respingerea ca nefondată a contestației formulată de ... și menținerea ca legale a actelor atacate.

Cu privire la cererea de intervenție depusă de către, văzând că această societate a dovedit un interes legitim propriu în pricina prin promovarea cererii, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu intervenția.

Pe fondul contestației depuse, ... a învestit Consiliul cu reverificarea admisibilității ofertei câștigătoare. Întrucât asupra acestui aspect, Curtea de apel s-a pronunțat, deja, prin decizia amintită, Consiliul reține că problema admisibilității ofertei depuse de ... a fost în mod irevocabil soluționată de instanța de control judiciar, după cum urmează:

„În raport de situația de fapt mai sus reținută, Curtea apreciază că, doar printr-o interpretare literală strict formală și restrânsă doar la o mică parte a contractului nr. 4200/559/06.04.2010, s-a ajuns la concluzia că petenta ... a prezentat o ofertă inadmisibilă, lipsindu-i experiența similară pentru a executa lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție de față.

În acest sens, Curtea apreciază că nu se putea reține că ... nu avea experiența și capacitatea profesională de a executa lucrarea de „Retehnologizare cazan apă fierbinte CAF 3 din ...” la o valoare estimată de 17.195.908 lei, din moment ce ofertantul a prezentat dovezi concludente că a contract și finalizat lucrări de: „Engineering, manufacturing, delivery, installation, supervision, testing & commissioning, trening and spare parts for capital repair and modernization of 3 steam boilers” pentru ... SA, totalizând 7.150.000 euro, în condițiile în care, la pct. 1.2 din contract, părțile contractante au precizat, în mod expres, că: „Lucrările și/sau echipamentele vor fi „designed and erected”, „astfel încât să li se asigure siguranța, eficiența, operarea și întreținerea economică”; neexistând, sub aspectul scopului

lucrărilor, diferențe semnificative între lucrările ce au fost executate pentru ... și cele ce urmează a fi realizate la ..., ambele referindu-se la „cazane de aburi”.

Fiind vorba de lucrări de aceeași natură, la obiective industriale de aceeași complexitate, nu exista suportul tehnic pentru a se reține că operatorul care a executat lucrări de „reparații majore” la 3 cazane de aburi, situate pe platforma ..., contra sumei de 7.150.000 euro, în cursul anului 2010, nu are experiența necesară pentru a executa o lucrare de re tehnologizare a unui singur cazan de apă fierbinte, la C.E.T. ..., pentru o sumă mai mică de 4.000.000 lei.

Este adevărat că în anexa nr. 3 la contractul menționat, care se referă la calendarul plăților, s-a folosit atât termenul de „Project for foundation expertise”, cât și termenul de „Basic engineering and drum”, dar acest fapt nu trebuia interpretat în sensul că partea de proiectare, denumită în cuprinsul contractului, prin termenul de „designed”, se rezumă doar la întocmirea planurilor pentru realizarea fundației necesare amplasării celor 3 cazane, din moment ce părțile contractante au convenit ca ... în calitate de „Contractor”, să asigure predarea „la cheie” a întregii lucrări, Cumpărătorul nesolicitând o delimitare riguroasă, până în cele mai mici amănunte, a lucrărilor de construcții-montaj și livrare echipamente de lucrări stricte de proiectare, presupuse de realizarea unei asemenea lucrări, acestea căzând, conform voinței părților, în sarcina „Contractorului”.

Din această perspectivă, în care lucrările de proiectare apar ca fiind conexe lucrărilor de construcții-montaj și livrărilor de utilaje, Curtea apreciază că în cercetarea îndeplinirii criteriului referitor la experiența similară trebuie să se aibă în vedere întregul obiectiv realizat, ce a constat în reabilitarea unor cazane de aburi, care, atât sub aspect cantitativ, cât și sub aspect valoric, erau net în favoarea ofertantei

În acest sens se constată că atât în cazul lucrărilor executate pe platforma Combinatului Siderurgic Galați, cât și în cazul lucrării ce urmează a se realiza la, este vorba, în esență, de aceeași categorie de lucrări, neputându-se reține ca înscriindu-se într-o logică elementară concluzia că cel care a modernizat 3 cazane de aburi la C.S. ..., pentru un preț de cel puțin 5 ori mai mare decât cel oferit în cauză, nu are experiența de a realiza re tehnologizarea unui singur cazan de aburi, la, pentru o sumă mai mică de 1.000.000 de euro, în cauză trebuind să primeze reperele tehnice și mai puțin chestiunile ce țin de probitatea termenilor utilizați de părțile contractante, în condițiile în care, chiar și pentru lucrările de proiectare, presupuse de lucrarea de modernizare, părțile au folosit termeni diferiți, considerente pentru care instanța consideră că oferta prezentată de ... a fost în mod legal apreciată de Autoritatea contractantă ca fiind admisibilă.

Această concluzie își are de altfel acoperire și în Fișa de date a achiziției, unde Autoritatea contractantă a înțeles să precizeze, în legătură cu Cerința nr. 2 Experiența similară, că: „Pentru a nu

restricționa participarea ofertanților în cazul în care se va prezenta un contract care are ca și componente atât proiectarea cât și execuția de lucrări similare, atunci valoarea contractului va trebui să acopere cel puțin valoarea însumată a celor două contracte solicitate", condiție ce este pe deplin satisfăcută de oferta prezentată de petentă, care, la o valoare însumată de 12.600.000 lei, a prezentat dovezi că a executat lucrări totalizând 7.150.000 euro, deci de peste 28.000.000 lei.(...)

Drept urmare, constatând că în mod eronat s-a apreciat că oferta depusă de ... nu îndeplinește condițiile de admisibilitate și conformitate, cerute prin documentația de atribuire, Curtea, în temeiul art. 285 din OUG nr. 34/2006, va admite plângerea formulată de petentă, în sensul că va modifica decizia Consiliului în partea referitoare la admiterea contestației ... și la anularea raportului procedurii nr. 46971 din 22.05.2013, precum și a actelor subsecvente acestuia, menținând, pe cale de consecință, ca temeinică și legală, hotărârea Autorității contractante de a încredința contractul de lucrări având ca obiect „Retehnologizare cazan de apă fierbinte CAF 3 din” ofertantului ... la prețul de 13.392.359,36 lei”.

Prin urmare, nu pot fi readuse în fața Consiliului aceleași probleme de drept soluționate de instanța de control judiciar, decizia nr. 2762/19.06.2013, bucurându-se de autoritate de lucru judecat.

Puterea de lucru judecat a fost consacrată și de practica judiciară de la cel mai înalt grad de control judiciar. Astfel, în conformitate cu Decizia 631/10 martie 1973 a Tribunalului Suprem, Secția Civilă "pentru ca să existe identitate de obiect între două acțiuni, nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acestor acțiuni să rezulte că scopul final urmărit de reclamant este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentă un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o acțiune în care se încearcă valorificarea acelu... drept". Mai mult, Decizia 496/08 martie 1975 a Tribunalului Suprem, Secția Civilă, lămurește caracterul obligatoriu al dezlegărilor rămase definitive: "Principiul puterii lucrului judecat împiedică nu numai judecarea din nou a unui proces terminat, având același obiect, aceeași cauză și fiind purtat între aceleași părți, ci și contrazicerea între două hotărâri judecătorești, adică infirmarea constatărilor făcute într-o hotărâre judecătorească definitivă printr-o altă hotărâre judecătorească posterioară, dată în alt proces".

Prin urmare, Consiliul nu poate fi chemat să reverifice admisibilitatea ofertei ... această problemă fiind tranșată de instanța de judecată. Mai mult, nu pot fi primite nici criticile contestatoarei referitoare la un anumit caracter confuz al deciziei instanței, Consiliul neavând competență de a verifica ceea ce a dispus Curtea de apel ca instanță de control a deciziilor organului de soluționare administrativ-jurisdicțională.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) și (6) 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 motivarea prezentei, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de, în contradictoriu cu MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...), și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Totodată, față de cele stabilite mai sus, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanță, Consiliul va admite cerere de intervenție principală formulată de

Redactată în cinci exemplare, conține nouă pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...