



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. /...

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în jud. ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO ... reprezentantă legal prin împotriva "răspunsului nr. 3 la întrebarea nr. 3 din clarificarea nr. 1", cu privire la cerința referitoare la experiența similară, emis de către ... cu sediul în jud. ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea centralei termice și reparații capitale la rețelele termice exterioare aferente Spitalului de Psihiatrie ...”, codu CPV 453331100-7 – Lucrări de instalare de echipamente de încălzire centrală (Rev.2), se solicită următoarele:

1. În principal, revenirea la conținutul cerinței din invitația de participare și din fișa de date a achiziției, așa cum au fost publicate în SEAP;

2. În subsidiar, dacă nu va mai fi posibil acest lucru, se solicită anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la refacerea documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor legale, și organizarea unei noi proceduri de atribuire.

3. Suspendarea procedurii de atribuire.

3. Accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice depuse de autoritatea contractantă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, potrivit prevederilor art. 274 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006.

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

DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației depusă de către ... invocată de ...

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de către ... cu sediul în jud. ... în contradictoriu cu ... cu sediul în jud. ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a 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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din critică răspunsul nr. 3 la întrebarea nr. 3 din clarificarea nr. 1, cu privire la experiența similară, emis de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea centralei termice și reparații capitale la rețelele termice exterioare, aferente Spitalului de Psihiatrie ...”, solicitând următoarele:

1. În principal, revenirea la conținutul cerinței din invitația de participare și din fișa de date a achiziției, așa cum au fost publicate în SEAP;

2. În subsidiar, dacă nu va mai fi posibil acest lucru, se solicită anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la refacerea documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor legale, și organizarea unei noi proceduri de atribuire.

3. Accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice depuse de autoritatea contractantă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, potrivit prevederilor art. 274 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006.

4. Suspendarea procedurii de atribuire, în temeiul prevederilor art. 275¹ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În motivarea cererii de suspendare a procedurii de atribuire, contestatorul invocă următoarele:

Prin răspunsul nr. 3 la solicitarea de clarificări nr. 1, autoritatea contractantă a modificat cerința inițială din invitația de participare și fișa de date a achiziției, încălcând, astfel, prevederile art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006.

În baza prevederilor art. 2 alin. (1) lit. t) și art. 14 din Legea contenciosului administrative nr. 554/2004, precum și având în vedere Decizia nr. 1390 din 20 aprilie 2006 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, contestatorul susține că argumentele juridice expuse în contestație constituie motive puternice care scot în evidența caracterul nelegal al modalității în care a fost modificată cerința de calificare referitoare la experiența similară, fapt de natura să restrângă accesul la procedura de atribuire.

Paguba iminentă o reprezintă imposibilitatea de participare la procedura de atribuire cu o ofertă care să respecte o cerință, considerată de contestator a fi nelegală, se mai arată în contestație.

În acest sens se invocă și Recomandarea nr. R(89)8 din 13 septembrie 1989 a Comitetului de Miniștri din cadrul Consiliului European asupra protecției jurisdicționale provizorii în materia administrativă.

Pe fond, contestatorul arată că, față de cerința de la punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din invitația de participare și din fișa de date a achiziției, conform căreia se solicita prezentarea cel puțin a unui „contract similar din punct de vedere tehnic”, în urma întrebării nr. 3 din clarificarea nr. 1, publicată în SEAP în data de 15.10.2013, prin care se solicita să se explice clar și fără ambiguități ce se înțelege prin cerința astfel formulată, autoritatea contractantă a postat răspunsul nr. 3, cu următorul cuprins: „ofertanții vor prezenta cel puțin un contract similar cu obiectul contractului, definit la punctul II.2.1 din fișa de date « Modernizarea centralei termice existente, reparații capitale la rețelele termice exterioare, construirea unei clădiri ce va adăposti sala cazanelor și un depozit de combustibil solid-biomasă, achiziționarea și instalarea a trei cazane pe biomasă pentru încălzire și pentru apă caldă de consum, realizarea unui sistem de rețele termice exterioare subterane cu conducte preizolate. Obiectul contractului include probele tehnologice, punerea în funcțiune și autorizarea funcționării cazanelor »”.

În opinia contestatorului, prin acest răspuns autoritatea contractantă a modificat cerința nr. 1 de la punctul III.2.3.a) referitoare la experiența similară, nerespectând prevederile art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, și încălcând principiile nediscriminării și tratamentului egal, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din același act normativ.

În contestație se critică faptul că, nesocotind dispozițiile legale, în data de 18.10.2013, autoritatea contractantă a postat în SEAP clarificarea nr. 6, în care, prin răspunsul la întrebarea nr. 1, modifică răspunsul anterior, punându-l în acord cu cerința inițială: „Conform codului CPV 45331100-7 - Lucrări de instalare de echipamente de încălzire ofertanții vor prezenta un contract similar din punct de vedere tehnic care corespunde lucrărilor de instalare de echipamente de încălzire”, însă, deși prin acest răspuns s-a încercat corectarea răspunsului anterior, în sensul revenirii la cerința inițială privind experiența similară, s-au încălcat dispozițiile art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006, eventualele măsuri de remediere putând fi dispuse de autoritatea contractantă după primirea notificării prevăzute la art. 256¹ alin. 3 din O.U.G. nr. 34/2006 sau după primirea contestației, conform dispozițiilor art. 256³ alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006.

În drept, contestația se întemeiază pe dispozițiile art. 179 alin. 4, art. 255, art. 256, art. 256² alin. 1 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În probațiune, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: fișa de date a achiziției, clarificarea nr. 1 din 15.10.2013, clarificarea nr. 5 din 17.10.2013, clarificarea nr. 6 din 18.10.2013, anunțul de tip erată nr. 45141 din 17.10.2013 și dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Cu adresa nr. 00/20157 din 24.10.2013, ... a formulat punctul său de vedere la contestația depusă de ... prin care solicită respingerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire.

În motivare, autoritatea contractantă arată că această contestație este tardivă, raportat la actul autorității contractante considerat nelegal, respectiv „răspunsul nr. 3 la întrebarea nr. 3 din clarificarea nr. 1 cu privire la cerința privind experiența similară, publicat în SEAP (...) în data de 15.10.2013”.

Autoritatea contractantă menționează că, la întrebarea pusă de un posibil ofertant, în răspunsul său nr. 3 din clarificarea nr. 1, a indicat „obiectele contractului”, așa cum au fost definite la cap. II.2.1, din fișa de date a achiziției, respectiv: „modernizarea centralei termice existente, reparații capitale la rețelele termice exterioare, construirea unei clădiri ce va adăposti sala cazanelor și un depozit de combustibil solid-biomasă, achiziționarea și instalarea a trei cazane pe biomasa pentru încălzire și pentru apă caldă de consum, realizarea unui sistem de rețele termice exterioare subterane cu conducte preizolate. Obiectul contractului include probele tehnologice, punerea în funcțiune și autorizarea funcționării cazanelor”.

În punctul de vedere se precizează că, prin clarificarea nr. 6, publicată în SEAP sub nr. [INV.../078] s-a specificat: „Conform codului CPV 45331100-7 Lucrări de instalare de echipamente de încălzire ofertanții vor prezenta un contract similar din punct de vedere tehnic care corespunde lucrărilor de instalare de echipamente de încălzire”.

În opinia autorității contractante, prin aceste răspunsuri nu se modifică criteriile de calificare prevăzute în invitația de participare, respectiv în fișa de date a achiziției, aprobate de A.N.R.M.A.P., deoarece nu s-a solicitat, așa cum susține contestatorul, „prezentarea a cel puțin unui contract care să aibă obiectul identic cu cel al contractului ce se va atribui”, ci s-a solicitat prezentarea a cel puțin a unui contract similar.

Față de cele de mai sus, ... solicită respingerea cererii de suspendare a procedurii și respingerea contestației, în conformitate cu prevederile art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, ca tardivă, nefondată și lipsită de obiect.

Cu adresa nr. 3516 din 28.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 36398 din 28.10.2013, ... a formulat „concluzii scrise”.

Cu privire la excepția tardivității contestației sale, ... precizează că actul contestat este răspunsul nr. 3 la întrebarea nr. 3 din clarificarea nr. 1 cu privire la cerința referitoare la experiența similară, publicat în SEAP în data de 15.10.2013, iar contestația a fost formulată la data de ... cu respectarea termenului de 5 zile prevăzut de art. 256² alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, calculat potrivit prevederilor art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, conform cărora termenul se încheie la ora 24 a zilei de luni ...

Față de cele de mai sus, ... solicită respingerea excepției tardivității formulării contestației, ca neîntemeiată.

Pe fondul contestației, se solicită înlăturarea susținerilor autorității contractante.

Contestatorul învederează că există o mică diferență între răspunsul la întrebarea nr. 3 din clarificarea 1 și punctul de vedere al autorității contractante, în sensul că, în punctul de vedere sintagma folosită este „obiectele contractului”, iar în clarificare se specifică „similar cu obiectul contractului”.

Prin prima clarificare, susține contestatorul, autoritatea contractanta face trimitere strict la obiectul contractului, restricționând posibilitatea de a participa la procedură numai pentru operatorii economici care, în cadrul contractelor prezentate ca experiență similară, au cuprins toate tipurile de lucrări care fac obiectul contractului, iar, prin cea de-a doua clarificare restrânge similaritatea tehnică a contractului numai la lucrări de instalare de echipamente de încălzire, care nu mai conferă posibilitatea prezentării și a contractelor care au avut ca obiect celelalte tipuri de lucrări.

În susținerea faptului că, prin răspunsul la întrebarea nr. 3 din clarificarea 1, s-a condus către prezentarea, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară a unui contract cu obiect identic cu obiectul contractului care face obiectul procedurii de atribuire, contestatorul invocă întrebarea nr. 1 din clarificarea 6, ceea ce încalcă prevederile anexei nr. 1 la Ordinul Președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011, fiind o cerință restrictivă.

În drept, se invocă prevederile art. 275 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza, mai întâi, excepția tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă.

În analiza excepției tardivității contestației, Consiliul are în vedere faptul că în cauză se află un contract de lucrări, având valoarea estimată de 5.469.946 lei, fără TVA, prin urmare sunt aplicabile dispozițiile art. 256² alin. (1) lit. b) și cele ale art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Stabilește ca elemente cu relevanță în cauză, actul atacat, respectiv răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1, data luării la cunoștință depre actul atacat, respectiv 15.10.2013, când acesta a fost publicat în SEAP, precum și data transmiterii contestației, respectiv ...

Făcând aplicarea dispozițiilor legale mai sus invocate, Consiliul determină că termenul în care se putea ataca cu contestație actul precizat de către contestator ca fiind cel vătămător, s-a împlinit în data de 20.10.2013, care a fost o zi de duminică, prin urmare, potrivit dispozițiilor art. 3 lit. z) din ordonanța de urgență, termenul se consideră încheiat în data de ... următoarea zi lucrătoare.

Față de cele prezentate, Consiliul constată că ... a depus contestația în termenul prevăzut de lege, astfel că urmează să respingă excepția tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă, care, de altfel nici nu a formulat o motivare cu privire la respectiva excepție.

Pe fondul cauzei, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea centralei termice și reparații capitale la rețelele termice exterioare aferente Spitalului de Psihiatrie ...”, cod CPV 453331100-7 – Lucrări de instalare de echipamente de încălzire centrală (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. ... din 08.10.2013.

Conform invitației de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 5.469.946 lei, fără TVA, deschiderea ofertelor fiind prevăzută pentru 22.10.2013 ora 14,00.

Împotriva răspunsului la solicitările de clarificări, ... a formulat, în termenul prevăzut de lege, contestație.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

... critică răspunsul autorității contractante nr. 3, la întrebarea nr. 3, din clarificări nr. 1, Consiliul urmând a se raporta, în soluționare, la conținutul acestora, după cum urmează:

- Întrebare: „Vă solicităm să explicați clar fără ambiguități ce înțelegeți prin «Ofertanții vor prezenta cel puțin un contract similar din punct de vedere tehnic», fișa de date cap. III.2.3.a)”.

- Răspunsul autorității contractante: “Ofertanții vor prezenta cel puțin un contract similar cu obiectul contractului, definit la punctul II.2.1 din Fișa de date: «Modernizarea centralei termice existente, reparații capitale la rețelele termice exterioare, construirea unei clădiri ce va adăposti sala cazanelor și un depozit de combustibil solid-biomasa, achiziționarea și instalarea a trei cazane pe biomasa pentru încălzire și pentru apă caldă de consum, realizarea unui sistem de rețele termice exterioare subterane cu conducte preizolate. Obiectul contractului include probele tehnologice, punerea în funcțiune și autorizarea funcționării cazanelor»”.

- Cerința din documentația de atribuire, în legătură cu care s-a solicitat clarificarea: “Ofertanții vor prezenta cel puțin un contract similar din punct de vedere tehnic”.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că sunt întemeiate criticile contestatorului, deoarece răspunsul la clarificări susmenționat nu este unul “clar, complet și fără ambiguități”, obligație reținută în sarcina autorității contractante prin dispozițiile art. 78 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, ci, dimpotrivă, prin redarea conținutului prevederii din fișa de date a achiziției pct. II.2.1) “Cantitatea totală sau domeniul”, autoritatea contractantă creează ideea că, prin contract similar din punct de vedere tehnic, înțelege un contract în cadrul căruia să se fi executat toate lucrările descrise în domeniu. În acest sens analizând, se constată că respectivul criteriu de calificare devine, într-adevăr unul restrictiv fiind puțin probabil ca mulți operatori economici să fi executat chiar toate activitățile, începând cu modernizarea centrale termice și terminând cu construirea unei clădiri ce va adăposti sala cazanelor și un depozit de combustibil solid-biomasa, etc.

Consiliul constată, însă, că, prin prin “Clarificarea nr. 6”, postată în SEAP, cu referire la o solicitare a unui operator economic privind același aspect, respectiv răspunsul nr. 3 la întrebarea nr. 3 din clarificarea nr. 1, în esență cu referire la modul în care se solicită a se dovedi, de către ofertanți, experiența similară, autoritatea contractantă a revenit asupra răspunsului susmenționat, precizând astfel: **“conform codului CPV 45331100-7 Lucrări de instalare de echipamente de încălzire ofertanții vor prezenta un contract similar din punct de vedere tehnic care corespunde lucrărilor de instalare de echipamente de încălzire”**.

Prin urmare, aspectul dedus judecății Consiliului, de către contestator, apare lămurit chiar de către autoritatea contractantă prin această clarificare, care, în fapt, vine să o corecteze pe prima, contestatorul însuși susținând, că “prin răspunsul la întrebarea nr. 1 autoritatea contractantă modifică răspunsul anterior (Răspunsul nr. 3 la

întrebarea nr. 3 din Clarificarea 1) **punându-l în acord cu cerința inițială**".

Față de cele prezentate, Consiliul constată că autoritatea contractantă a remediat aspectul în discuție, contestatorul nemaifiind vătămat de actul considerat a fi nelegal, astfel încât anularea unui răspuns remediat ulterior de către emitent, în sensul solicitat de către contestator, apare ca excesiv de formalistă, solicitarea contestatorului putând fi susceptibilă de a fi considerată rămasă fără obiect.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 2 și 5 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., procedura urmând a fi continuată.

Cererii de acces la documentele aflate la dosarul achiziției publice, Consiliul i-a răspuns prin adresa nr. 23591/.../... din 25.11.2013, transmisă contestatorului.

Consiliul respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, cauza fiind judecată pe fond.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. 3 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.