



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 ; +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: ...

Pe rolul CNSC au fost înregistrate, sub nr. ... și nr. ... contestațiile formulate de ... și ... referitoare la procedura de achiziție, prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Proiectarea, construcția, livrarea, instalarea și punerea în funcțiune „la cheie” a centralei fotovoltaice cu puterea totală instalată de 2,84MW în cadrul proiectului „Valorificarea resurselor regenerabile prin crearea unei centrale solare”, cod SMIS 21679”, COD CPV ... - Lucrări de construcții de centrale electrice (Rev.2), ... - Module solare fotovoltaice (Rev.2), ... - Lucrări de cablare și conexiuni electrice (Rev.2), ... - Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă ... cu sediul în localitatea ...

Prin contestația 12/... înregistrată la CNSC cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ... județul ... având CUI ... înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ... reprezentată legal prin ... împotriva procedurii de atribuire, s-a solicitat în principal

Prin contestația nr. 33/..., înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ... cu sediul în localitatea ... județul ... înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ... având cod unic de înregistrare ..., împotriva procedurii de atribuire, s-a solicitat: *„anularea procedurii de atribuire; anularea răspunsului la clarificări postat în SEAP sub nr. 9644/..., în data de ...; anularea documentației tehnice puse la dispoziție de către autoritatea contractantă, al cărei cerințe nu*

respectă nivelul minim de performanță solicitat prin caietul de sarcini”.

Conform prevederilor art. 273, alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. /2014, au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

DECIDE:

Consiliul ia act de renunțarea la contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Respinge ca tardivă contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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 12/... înregistrată la CNSC cu nr. ..., formulată de ..., împotriva procedurii de atribuire, s-a solicitat în principal

În fapt, contestatorul precizează că prin lipsa unor măsuri de remediere referitoare la cerințele tehnice din caietul de sarcini privind panourile fotovoltaice solicitate și a necorelării productivității sistemului cu suprafața terenului, distanța între rânduri și unghiul de înclinare, încălcând prevederile OUG nr. 34/2006.

Contestatorul consideră că, specificațiile tehnice din caietul de sarcini cuprind cerințe contradictorii care nu pot fi îndeplinite de ofertanți, ducând la imposibilitatea ofertării.

Prin contestația nr. 33/..., înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ... împotriva procedurii de atribuire, s-a solicitat: *„anularea procedurii de atribuire; anularea răspunsului la clarificări postat în SEAP sub nr. 9644/..., în data de ...; anularea documentației tehnice puse la dispoziție de către autoritatea*

contractantă, al cărei cerințe nu respectă nivelul minim de performanță solicitat prin caietul de sarcini”.

În fapt, contestatorul susține că prin Documentația Tehnică a fost pusă la dispoziție o suprafață de 25700 mp cu scopul de a realiza o Centrală Electrică Solară cu o capacitate de 2,84 MW. În această suprafață autoritatea contractantă dorește ca posibilul ofertant să încadreze instalarea unui număr de 8875 panouri fotovoltaice cu o putere de 320 W, la o distanță minimă de 2,4 m. Respectarea amplasării acestui număr de panouri pe suprafața pusă la dispoziție atrage după sine nerespectarea asigurării nivelului minim de performanță solicitat, respectiv respectarea valorii de producție de energie anuală de minim 4205,6 MWh, cu panourile care să respecte cerințele tehnice din caietul de sarcini, disponibile pe piață. Această situație conduce la penalități suportate de către Antreprenor conform art. 5.4. - Garanția pentru nivelul minim de performanță din «Contractul de Antrepriză Generală».

În opinia contestatorului, informațiile contradictorii furnizate de către autoritatea contractantă atât prin caietul de sarcini (Proiectul Tehnic) cât și prin răspunsurile la solicitările de clarificări, conduc la nerespectarea asigurării unui nivel minim de performanță a centralei fotovoltaice, astfel că antreprenorul va fi nevoit să plătească garanția pentru nivelul minim de performanță în cuantumul solicitat de autoritatea contractantă, numai pentru considerentul de a fi respectat însăși cerințele tehnice ale Beneficiarului.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 8539/... .../ transmiterea dosarului achiziției, în copie certificată în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 256³ din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și dovada respectării prevederilor art. 271 alin. (2) din același act normativ.

Prin adresa nr. 8539/15.05.2014, înregistrată la CNSC cu nr. 15824/19.05.2014, autoritatea contractantă transmite o parte a dosarului achiziției.

Prin adresa nr. 443/23.05.2014, înregistrată la CNSC cu nr. 16699/26.05.2014, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestații și completează dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 10568/23.05.2014, înregistrată la CNSC cu nr. 16699/26.05.2014, autoritatea contractantă susține că, contestația depusă de ... este tardivă, deoarece procedura a fost lansată în SEAP în data de odată cu documentația de atribuire.

În ceea ce privește necorelarea între dimensiunea terenului și cantitatea de energie disponibilă ca și producție anuală de energie

de 4205,6 MWh/an, autoritatea contractantă arată că, susținerea contestatorului nu este însoțită de calcule, simulări software sau alte documente care să argumenteze motivul invocat, și precizează că, centrala electrică fotovoltaică a cărei construcție face obiectul procedurii face obiectul contractului de finanțare nerambursabilă nr. 71 RES/ 31.10.2013 încheiat cu Ministerul Economiei prin Departamentul pentru Energie atașat în ANEXA NR.1 la prezentul punct de vedere iar producția anuală de energie de 4205,6 MWh/an a fost asumată ca „indicator de rezultat”, în acest contract.

De asemenea, Autorizația de înființare nr. 810/24.07.2013 eliberată de Autoritatea Națională de Reglementari în domeniul Energiei în vederea construirii centralei prevede aceeași cantitate de energie ce trebuie produsă.

În ceea ce privește suprafața de teren (2,57 ha), puterea instalată totală a centralei (2,84 MW), puterea nominală a panourilor solare (maxim 320 Whp) și numărul minim al acestora (8875 bucăți), autoritatea contractantă susține că și aceștia sunt „indicatori de realizare” sau „de rezultat”, în Contractul de Finanțare și au fost aprobați prin Autorizația de înființare și Avizul Tehnic de Racordare nr. 001500000382/13.09.2013 eliberat de CEZ Distribuție. Mai mult, acești indicatori au rezultat în urma cererii de finanțare, parte componentă a contractului de finanțare care a stat la baza aprobării spre finanțare a proiectului de către Ministerul Economiei și conform căruia s-au stabilit cerințele din caietul de sarcini.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă precizează că în conformitate cu art. 9 lit. a), alin. (3) și (4) din Contractul de Finanțare, are obligația să îndeplinească indicatorii de realizare și de rezultat asumați prin contract pe toată perioada de durabilitate a proiectului ce face obiectul finanțării nerambursabile (i.e. 5 ani de la data finalizării). În caz contrar, autorității contractante îi poate fi solicitată returnarea sumelor primite, proporțional cu procentul de nerealizare al acestor indicatori. În ceea ce privește unghiul de înclinare a planșelor cu panouri solare de 35 grade, precum și distanța dintre rânduri, în cazul în care aceste valori nu pot fi atinse, contestatorul trebuie să prezinte argumente tehnice, calcule și rapoarte care să dovedească alternativa tehnologică propusă de acesta în scopul respectării parametrilor electrici solicitați. Totuși, în cazul în care contestatorul va face dovada celor susținute în contestație, se angajează să efectueze demersurile necesare în vederea remedierii aspectelor semnalate.

Referitor la procurarea panourilor de 320 Whp cu eficiență de cel puțin 19,8 %, autoritatea contractantă susține că, nu dorește să restrângă concurența pe piața producătorilor de panouri solare; specificațiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini sunt cele din Contractul de finanțare pe baza căruia a fost aprobată finanțarea și, prin urmare, obligatorii pentru autoritatea contractanta în această achiziție. Referitor la aspectele semnalate, contestatorul trebuie să prezinte dovezi care să susțină cele menționate; potrivit informațiilor din piața deținute de către autoritatea contractanta, un număr important de operatori economici (inclusiv cel menționat de către contestatoare) produc panouri solare care să întrunească specificațiile tehnice prevăzute în contractul de finanțare și reluate în caietul de sarcini. Totuși, în cazul în care contestatorul va face dovada celor susținute în contestație, se angajează să efectueze demersurile necesare în vederea remedierii aspectelor semnalate.

Prin adresele nr. 9481/... și 9480/... 23.05.2014 CNSC a solicitat atât contestatorului ... cât și autorității contractante transmiterea unei opinii privitoare la tardivitatea contestației.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura publică, prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Proiectarea, construcția, livrarea, instalarea și punerea în funcțiune „la cheie” a centralei fotovoltaice cu puterea totală instalată de 2,84MW în cadrul proiectului „Valorificarea resurselor regenerabile prin crearea unei centrale solare”, cod SMIS 21679”, COD CPV ... - Lucrări de construcții de centrale electrice (Rev.2), ... - Module solare fotovoltaice (Rev.2), ... - Lucrări de cablare și conexiuni electrice (Rev.2), ... - Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică (Rev.2), elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. ... conform căreia valoarea estimată a achiziției fiind de 37,498,244.96 lei fără TVA.

Potrivit Cap. IV.2.1) – Criterii de atribuire, din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 16902/27.05.2014, contestatorul precizează că *își retrage contestația depusă*.

Având în vedere dispozițiile art. 278 alin. (7) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și anume „*Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației,*

de renunțarea la aceasta de către contestator”, Consiliul va lua act de renunțarea la contestația formulată de

În ceea ce privește contestația formulată de ... având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „ipso facto” că aceasta este formulată „împotriva documentației proiectului tehnic, ca parte integrantă a caietului de sarcini”, văzând că data depunerii contestației este ... și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 potrivit cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...).*”, Consiliul va analiza contestația din punctul de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația transmisă inițial, prin fax, la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la data de ..., ora 15:58, astfel cum rezultă din raportul fax aflat la dosarul cauzei, ... a solicitat: *„anularea procedurii de atribuire; anularea răspunsului la clarificări postat în SEAP sub nr. 9644/ ..., în data de ...; anularea documentației tehnice puse la dispoziție de către autoritatea contractantă, al cărei cerințe nu respectă nivelul minim de performanță solicitat prin caietul de sarcini”.*

Din conținutul contestației, rezultă că, actele contestate al autorității contractante,, sunt: *„documentația proiectului tehnic ca parte integrantă a caietului de sarcini pus la dispoziție de către autoritatea contractantă”.*

Contestația fiind depusă în data de ... și calculând termenul legal în care ... putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de

La data de 08.05.2014, deci după 47 zile de la luarea la cunoștință a cerințelor din caietul de sarcini și modelul de contract, contestatorul a înaintat adresa nr. 32/07.05.2014 prin care solicită ca autoritatea contractantă să îi precizeze *„dacă garanția de 500.000 ron este valoarea maximă prin care antreprenorul garantează pentru lipsa de performanță a instalației”.*

La data de ... autoritatea a formulat adresa nr. 9644/..., postată în aceeași zi, în SEAP, în care, răspunde cu privire la solicitarea de clarificări a unui alt operator economic, prin care arată că: *„antreprenorul este răspunzător pentru acoperirea integrală a prejudiciului cauzat autorității contractante rezultat din neîndeplinirea nivelului minim de performanță stabilit. Solicitarea ca antreprenorul să emită o garanție pentru nivelul minim de performanță nu exclude dreptul beneficiarului de a utiliza toate remediile legale și contractuale pentru a recupera integral prejudiciul cauzat de către antreprenor prin neîndeplinirea nivelului*

minim de performanță solicitat, chiar dacă acest prejudiciu depășește valoarea de 500.000 lei a garanției și/sau valoarea de 100.000 lei pentru fiecare 1% din PR nerealizat"

Ca urmare a acestui răspuns la clarificări, postat de autoritatea contractantă în SEAP, la adresa depusă la autoritatea contractantă, ... a investit Consiliul prin contestația înregistrată la acesta cu nr. ... prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

În preambulul contestației, contestatorul menționează „explicit” că aceasta este îndreptată împotriva documentației proiectului tehnic ca parte integrantă a caietului de sarcini aferent procedurii și solicită: *„anularea procedurii de atribuire; anularea răspunsului la clarificări postat în SEAP sub nr. 9644/..., în data de ...; anularea documentației tehnice puse la dispoziție de către autoritatea contractantă, al cărei cerințe nu respectă nivelul minim de performanță solicitat prin caietul de sarcini”*.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele contestate, respectiv documentația proiectului tehnic ca parte integrantă a caietului de sarcini, la data de

Conform art. 256² alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (proiectul tehnic) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 256² din OUG nr. 34/2006 și de cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ, rezultă așadar, ca data de reprezentă data la care se va raporta termenul legal de 10 zile de depunere a contestației împotriva cerințelor documentației de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației împotriva documentației de atribuire, respectiv la data de

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, este iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de ..., a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării informațiilor cuprinse în documentația de atribuire postată în SEAP de autoritate.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (adresa nr. 32/07.05.2014) prin care contestatorul solicita clarificări cu privire la garanția de 500.000 ron din cadrul modelului de contract,

nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire, despre care a luat la cunoștință în data de sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Prin clarificările postate în SEAP, de către autoritatea contractantă, aceasta nu a efectuat nici un fel de modificări la documentația de atribuire, ci doar a răspuns la contestatorului.

Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel solicitarea unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

Potrivit art. 78 din ordonanță „operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări” astfel această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu au formulat contestația în termen la documentația de atribuire, și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsul autorității contractante la adresa contestatorului, rezultă că autoritatea contractantă nu a modificat documentația de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 din OUG nr. 34/2006, prin cererea de clarificare formulată la o documentație de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințele tehnice impuse de către autoritatea contractantă și la modelul de contract.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice adresă de clarificare duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentația de atribuire, încă de la data publicării ei – și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea/modificarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei clarificări formulate ea însăși la distanță de 48 zile de la cunoașterea cerințelor din caietului de sarcini și a celor din cadrul modelului de contract, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele

din caiet, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria solicitare de clarificări.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care contestatorul declara că atacă doar răspunsul autorității contractante, față de care contestația nu este tardivă, Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a documentației de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie.

În cauză prezintă relevanță normele art. 78 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, conform cărora orice *„operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire”*, iar *„autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată [...]”*.

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nici o obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat o clarificare. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor documentației. Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta prin răspunsul nr. 9644/.... Astfel, prin răspunsul furnizat autoritatea nu a adus modificări la informațiile cuprinse în documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din documentația de atribuire, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, să respingă, ca tardiv introdusă, contestația formulată de ... în contradictoriu ..., fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

În temeiul art. 278 alin. (6) din aceeași ordonanță va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 10 (zece) pagini.