



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, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 1200/15.04.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 5839/16.04.2015, aparținând SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., județul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin ..., înaintată împotriva adresei nr. 595/10.04.2015 - "Clarificare nr. 6", emisă de ..., cu sediul în comuna, județul ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii unui contract de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect „Execuție lucrări pentru proiectul integrat privind «Înființare rețea de canalizare, extindere rețea de distribuție apă potabilă, înființare grădiniță și modernizare cămin cultural, comuna ...județul ...»”, invitație de participare nr. .../..., s-a solicitat Consiliului să dispună obligarea autorității contractante să permită îndeplinirea cerinței nr. 2 de la cap. III.2.2) „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date a achiziției și prin prezentarea unor extrase de cont care să ateste existența disponibilităților de cash-flow.

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

DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge contestația, ca tardivă.

Dispune continuarea 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. nr. 1200/15.04.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 5839/16.04.2015, SC ... SRL atacă adresa nr. 595/10.04.2015 - "Clarificare nr. 6", emisă de ..., în procedura mai sus arătată, considerând că este nelegală, fiind contrară principiilor instituite de legislația achizițiilor publice și prevederilor fișei de date a achiziției.

În fapt, susține contestatoarea, din analiza primul paragraf al răspunsul la clarificări, prin comparație cu cel de-al doilea, rezultă că acestea sunt parțial contradictorii și nu pot fi conciliate. Astfel, pe de o parte: *„pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței ofertanții trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, vor avea acces sau au la dispoziție resurse reale”*, pentru ca, în paragraful 2, să se stipuleze în mod expres că cerința poate fi îndeplinită doar prin prezentarea unei scrisori de confort garantată/angajantă.

Având în vedere că, motivul pentru care s-a procedat la instituirea unei cerințe referitoare la fluxul de numerar constă în necesitatea de asigurare a autorității contractante că ofertantul desemnat câștigător este în măsură a asigura susținerea financiară a lucrărilor, pentru a evita sincope în execuție, contestatoarea consideră că măsura nu poate justificata condiționarea conformității ofertei de prezentarea unui asemenea document, ofertantul putând face dovada bonității financiare și prin intermediul altei metode. În acest sens, SC ... SRL susține că este în măsură să facă dovada cash-flow-ului necesar prin prezentarea unui simplu extras de cont și, eventual, prin prezentarea unei declarații de proprie răspundere, prin intermediul căreia să se oblige ca, în ipoteza în care oferta sa este desemnată câștigătoare, să alocă respectiva sumă de bani strict execuției lucrărilor contractului în cauză.

În opinia contestatoarei, dovedirea nivelului cash-flow-ului prin metoda extrasului de cont este preferabilă, din toate punctele de vedere, fiind dovada irefutabilă a bonității financiare a operatorului economic și, în același timp, dovedirea fluxului de numerar prin această metodă este în perfectă concordanță cu prevederile fișei de date a achiziției, în sensul că procedând în atare manieră, ofertanții demonstrează că: *„la momentul semnării contractului ..., vor avea acces sau au la dispoziție resurse reale”*.

În drept, în susținerea cererii de obligare a autorității contractante la acceptarea posibilității de îndeplinire a cerinței nr. 2 de la cap. III.2.2) „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date a achiziției și prin prezentarea unor extrase de cont care să ateste existența disponibilităților de cash-flow, contestatoarea invocă prevederile OUG nr. 34/2006 și cele ale HG nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 663/20.04.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 6352/22.04.2015, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere față de contestația formulată de SC ... SRL, prin care solicită respingerea acesteia ca tardivă, neîntemeiată, nefondată, lipsită de interes și emisă cu rea voință și continuarea procedurii de atribuire. Odată cu acesta, autoritatea contractantă a comunicat Consiliului copia dosarului achiziției publice.

În susținerea cererilor de respingere a contestației, autoritatea contractantă prezintă următoarele considerente:

- respingerea ca tardivă, deoarece, clarificarea la care se face referire a fost postată în SEAP în data de 10.04.2015, iar contestația a fost depusă la CNSC în data de 16.04.2015, iar la sediul PRIMĂRIEI COMUNEI, în data de 17.04.2015, nefiind în cadrul termenului de 5 zile de la postarea în SEAP a acesteia. Mai mult, invitația de participare a fost publicată în SEAP la data de ..., cu nr. ..., iar cerința nr. 2 de la cap. III.2.2. din fișa de date a achiziției nu a fost modificată prin răspunsul la clarificarea nr. 6/595/10.04.2015, ci a fost menținută, aceasta rămânând neschimbată, ceea ce presupunea că o eventuală contestație referitor la această cerință să fi fost făcută în termenul legal de 5 zile de la publicarea invitației în SEAP (până în data de 14.04.2015).

Autoritatea contractantă menționează că cerința respectivă respectă prevederile legislației în vigoare, nu este restrictivă, fiind publicată în SEAP și având avizul ANRMAP;

- respingerea ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de interes, deoarece, argumentele aduse de către contestatoare sunt ipotetice, ireale și subiective. Faptul că o societate ar prezenta un extras de cont, care confirmă că la o anumită dată și oră acea societate are într-un anumit cont o anumită sumă, nu poate asigura o autoritate contractantă că la data semnării contractului acea societate va mai deține suma de bani în contul respectiv.

Argumentul contestatoarei că „*este în măsură a face dovada cash-flow-ului necesar prin prezentarea unui simplu extras de cont și eventual prin prezentarea unei declarații de proprie răspundere prin intermediul căreia să ne obligăm ca în ipoteza în care oferta noastră este desemnată câștigătoare să alocăm respectiva sumă de bani strict execuției lucrărilor obiect ale acestui contract*” este irelevant și neasigurător.

Lipsa de interes a contestatoarei, menționează autoritatea contractantă, se poate dovedi și prin faptul că nu a depus oferta în termenul limită stabilit, ci încearcă să tergiverseze derularea procedurii și ducerea la bun sfârșit și în termenul impus a lucrărilor ce fac obiectul procedurii și implicit a contractului de finanțare încheiat cu APDRP.

De asemenea, precizează autoritatea contractantă, instrumentul de garantare seria IG nr. 0001400016/15.04.2015 - Scrisoare de garanție de bună conduită a fost depus la sediul său prin curierat rapid, în format scanat sau copie xerox color și nu în original, astfel cum prevede legislația în domeniu, având și o serie de carențe, în sensul că se menționează calitatea de ofertant al SC ... SRL, aceasta neavând această calitate.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea alegațiilor contestatoarei, afirmând că a respectat legislația în domeniul achizițiilor publice, iar răspunsul la clarificări nu modifică cerințele fișei de date a achiziției și nu transformă cerința nr. 2 de la cap. III.2.2) „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date a achiziției (cerință avizată de către A.N.R.M.A.P. prin publicarea invitației de participare în SEAP) din cerință nerestrictivă în cerință restrictivă.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă susține că decalarea termenului prin publicare a unei erate în SEAP, ar fi condus la încălcarea legislației, și că prin clarificările publicate în SEAP a nu s-a modificat nicio cerință de calificare solicitată prin fișa de date a achiziției, clarificând doar anumite aspecte deja existente, fără a afecta procedura și fără a împiedica potențialii ofertanți de a întocmi și depune ofertă la data, ora și locul indicat prin invitația de participare nr. .../..., fapt demonstrat și prin cele două oferte depuse.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la CNSC sub nr. 626/23.04.2015, SC ... SRL a transmis „Răspuns” la punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă la contestația depusă.

Referitor la excepția tardivității contestației, SC ... SRL solicită constatarea caracterului nefondat al acestei excepții și respingerea ca atare, având în vedere că actul atacat a fost postat în SEAP la data de 10.04.2015, iar contestația a fost expediată la data de 15.04.2015, cum rezultă din dovada de expediție de tip AWB, în interiorul termenului de 5 zile, conform prevederilor art. 3 lit. z) din OUG 34/2006, ultima zi a termenului în cadrul căreia se putea îndeplini actul fiind 15.04.2015.

Cu privire la excepția lipsei de interes în formularea contestației, SC ... SRL solicită constatarea și reținerea caracterului nefondat al acesteia și, pe cale de consecință, respingerea sa ca

atare. Astfel, susține contestatoarea, având în vedere dispozițiile art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, în condițiile în care SC ... SRL, în calitate de persoana juridică care și-a exprimat intenția clară de a participa la procedura de atribuire în discuție, a fost vătămată într-un interes legitim, rezultă că are calitate procesuală în cauză, în egala măsură justificând un interes născut, actual și legitim raportat la formularea contestației.

Contestatoarea afirmă că nu a depus ofertă în cursul zilei de 20.04.2015, deoarece a fost pusă în imposibilitatea de a obține un document de tipul celui solicitat prin răspunsul la clarificări nr. 6, într-un interval temporal atât de scurt, de la momentul publicării răspunsului și până la data limită de depunere a ofertelor fiind doar 8 zile lucrătoare.

Raportat la modalitatea de constituire și prezentare a garanției de bună conduită, petenta afirmă că se află imposibilitatea de a formula un răspuns complet, dată fiind maniera de redactare a punctului de vedere, din care nu rezultă în mod neechivoc dacă autoritatea contractantă a înțeles să invoce o excepție raportat la acest aspect. Astfel, contestatoarea menționează ca a procedat în mod legal și în perfectă concordanță cu prevederile art. 271¹ din OUG nr. 34/2006 la constituirea garanției de bună conduită, opinând că, după cum în mod neechivoc s-a pronunțat în mod constant și CNSC în interpretarea prevederilor alin. (3) al acestui articol, nici autoritatea contractantă și nici Consiliul nu pot și nu trebuie să dea dovadă de un formalism excesiv judecarea pe fond a cauzei. În speță, arată SC ... SRL, comunicarea în primă fază a unui exemplar scanat al garanției de bună conduită, urmată de comunicarea, în cel mai scurt timp, a unui exemplar original, nu este în măsură a cauza autorității contractante vreun prejudiciu, invocarea acestui aspect constituind un pretext artificial în baza căruia se solicită respingerea contestației.

Pe fond, petenta solicită constatarea și reținerea caracterului nefondat al apărărilor invocate de către autoritatea contractantă, precizând că, referitor la a modalitate de îndeplinire a cerinței în discuție, trebuie plecat tocmai de la natura și valoarea juridică a unui asemenea înscris. Astfel, scrisoarea de confort are consacrare legală, fiind definită de art. 2322 alin. (1) Noul Cod Civil, printre efectele acesteia enumerându-se și obligația emitentului la plata de daune-interese către creditor.

Sub aspectul dovedirii cash-flow-ului, scrisoarea de confort nu poate prezenta vreo relevanță, din contră, prin prezentarea unei scrisori de confort autoritatea contractantă nu: *„ar fi asigurată că executantul (dispune de suma respectivă și în acel moment și în cel al semnării contractului) și că poate executa lucrările de la momentul primirii ordinului de începere al lucrărilor și până la*

momentul primei decontări". Astfel, arată petenta, analizând formularul 25, prevăzut în răspunsul la clarificări ca fiind obligatoriu de completat de către unitatea bancară și prezentat de către ofertant, este contrar prevederilor art. 2322 Cod Civil, conținutul acestui formular este străin noțiunii de scrisoare de confort.

Dintr-o altă perspectivă, SC ... SRL învederează că a solicitat unei instituții bancare de renume un punct de vedere raportat la posibilitatea concretă a unui potențial ofertant de a solicita și obține o scrisoare de confort garantată/angajantă în forma solicitată de către autoritatea contractantă, iar, prin adresa nr. 1050/..., i s-au comunicat condiții extrem de drastice care trebuie îndeplinite în vederea obținerii scrisorii de confort, respectiv, existența unei garanții reale constituite în favoarea băncii, a cărei procedură durează în medie 15-25 de zile, deci mult peste cele 10 zile cuprinse între momentul publicării răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 6 și data limită de depunere a ofertelor.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea unui contract de lucrări, divizat pe loturi, având ca obiect „Execuție lucrări pentru proiectul integrat privind «Înființare rețea de canalizare, extindere rețea de distribuție apă potabilă, înființare grădiniță și modernizare cămin cultural, comuna ...județul ...»”, coduri CPV: 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2); 45210000-2 Lucrări de construcții de clădiri (Rev.2); 45232150-8 Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2); 45453000-7 Lucrări de reparații generale și de renovare (Rev.2), C..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. .../....

Văzând conținutul adresei nr. 595/10.04.2015 - "Clarificare nr. 6", emisă de autoritatea contractantă, SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (fiind însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 44.300 lei), solicitând obligarea autorității contractante să permită ofertanților îndeplinirea cerinței nr. 2 de la cap. III.2.2) „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date a achiziției și prin prezentarea unor extrase de cont care atestă existența în contul bancar al ofertantului a unor disponibilități în quantum egal sau superior limitelor de cash-flow cuprinse în documentația de atribuire.

La analiza cu înțâietate a excepțiilor invocate de părți, demers obligatoriu pentru Consiliu, conform dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, se constată temeinicia susținerilor autorității contractante, în privința termenului de contestare.

Pornind de la obiectul contestației, Consiliul constată că, în fapt, autoarea criticilor urmărește obligarea autorității contractante la modificarea unei cerințe regăsite în cuprinsul documentației de atribuire, nu doar în cuprinsul adresei de clarificare pretins a fi atacate (care nu aduce informații noi în procedură, față de prima).

De altfel, pretextul contestatoarei că atacă adresa de emitere a răspunsului de clarificare, expres precizat, în replică la punctul de vedere al autorității contractante, nu este susținut de o solicitare concordantă, respectiv de o cerere de anulare doar a acestei adrese.

Astfel, ar fi de prisos o eventuală anulare a răspunsului de clarificare pretins a fi atacat, în condițiile în care acesta are conținut similar cu documentația de atribuire (act neatacat), în privința aspectului pus în discuție – forma de dovedire a disponibilităților bănești pentru execuția contractului.

Or, luând act de faptul că autoarea contestației atacă cerința în sine a documentației de atribuire, act ce a fost postat în SEAP la ..., odată cu invitația de participare, critici împotriva ei se puteau formula în termenul de 5 zile prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, calculat conform dispozițiilor art. 3 lit. z) ale aceluiași act normativ, invocate și de contestatoare.

Ultima zi a termenului amintit se împlinea Marți, 14.04.2015, având în vedere că aceasta era prima zi lucrătoare (după zilele libere de Paști) după ziua de Sâmbătă, 11.04.2015, ultima a termenului amintit, de 5 zile.

Prin urmare, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, fără a mai face analiza altor cereri pe fond sau pe excepție, aparținând părților, Consiliul admite excepția de tardivitate, respinge contestația SC ... SRL, ca tardivă, și dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...