C. N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația nr. 906/12.10.2017, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 43089/12.10.2017, respectiv, sub nr. 43566/16.10.2017, SC ...SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dna. ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 1314/05.10.2017, emisă de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Instalație de stingere a incendiilor cu spumă aeromecanică la rezervor de depozitare produse petroliere”, cod CPV 35111000-5 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea ... și a solicitat anularea adresei nr. 1314/05.10.2017 și obligarea autorității contractante la declararea ofertei sale ca admisibilă și refacerea procesului de evaluare a ofertelor.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținerea contestației sale, contestatoarea SC ...SRL învederează că, în mod nelegal, autoritatea contractantă a considerat că datorită numărului de caractere a avut posibilitatea de a introduce în documentația descriptivă, alte cerințe obligatorii de participare la licitație decât cele menționate în fișa de date a achiziției. În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Astfel, contestatoarea face precizarea că cerința referitoare la obținerea avizului de securitate industrială pentru verificatorul MLPAT nu

a fost prevăzută în fișa de date a achiziției, ci doar în caietul de sarcini, la cap. „Condițiile Speciale”, art. 4.5), fapt pentru care această cerință se consideră, în opinia contestatoarei, clauză nescrisă și nu poate produce niciun efect juridic.

Contestatoarea nu acceptă susținerea autorității contractante, potrivit căreia numărul de caractere nu i-a permis să-și îndeplinească obligația legală de a menționa în fișa de date a achiziției toate criteriile de calificare și selecție.

Față de prevederea legală sus-citată, contestatoarea apreciază că decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale este contrară legii, clauza referitoare la obținerea avizului de securitate industrială pentru verificatorul MLPAT fiind nescrisă și lipsită de orice efect, astfel încât aceasta solicită anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale.

De asemenea, SC ...SRL arată că, în mod nelegal, a apreciat autoritatea contractantă că are un drept de opțiune cu privire la asigurarea verificatorului autorizat MLPAT: fie acesta să fie pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, fie de către ofertant. Față de acest aspect, contestatoarea invocă prevederile art. 22 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

Contestatoarea subliniază că obligațiile privind asigurarea calității în construcții și responsabilitățile factorilor implicați sunt stabilite pentru protejarea unui interes general, nu sunt subiect de opțiune, ci sunt clar și expres stabilite de lege în sarcina fiecărei părți participante.

Față de textele legale sus-indicate, contestatoarea apreciază că verificatorul autorizat MLPAT nu poate fi angajat și remunerat de către ofertant, ci doar de către investitor respectiv, ..., prevederile legale fiind obligatorii și de strictă interpretare, iar dacă legiuitorul ar fi intenționat să acorde posibilitatea asigurării verificatorului autorizat de către un executant, atunci aceasta ar fi fost expres prevăzută de lege.

Astfel, în cazul contestatoarei, posibilitatea asigurării verificatorului autorizat de către executant/ofertant nu este prevăzută de lege și obligația de a asigura verificarea proiectelor prin specialiști verificatori revine exclusiv investitorului [art. 22 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 10/1995], astfel încât cerința specială este nelegală.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației, Consiliul, prin adresa nr. 43271/3687 C5/13.10.2017, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat contestatoarei SC ...SRL să comunice contestația în original, documente relevante din care să rezulte data la care a luat la cunoștință de actul atacat (comunicarea nr. 1314/05.10.2017) și de răspunsul autorității contractante nr. 1335/10.10.2017 la notificarea prealabilă, respectiv data transmiterii, către autoritatea contractantă, a notificării prealabile nr. 902/ 09.10.2017, precum și dovada înaintării

către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, prin adresa nr. 43267/3687 C5/13.10.2017, Consiliul a încunoștințat autoritatea contractantă ..., că SC ...SRL a depus contestație în procedura de atribuire, urmând ca aceasta să înainteze documentele necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, oferta contestatoarei, precum și dovada comunicării punctului de vedere către contestatoare.

Contestatoarea SC ...SRL a răspuns la solicitarea CNSC, în data de 16.10.2017, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 43539/16.10.2017.

Autoritatea contractantă ... a comunicat, prin adresa nr. 1378/17.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 43922/18.10.2017, documentele necesare soluționării contestației formulată de SC ...SRL, precum și punctul de vedere nr. 1371/16.10.2017 referitor la aceasta.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că a publicat documentația de atribuire care cuprinde și documentul „Condiții Speciale”, fiind parte din fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă susține că acest document a fost creat datorită numărului mare de caractere, având două capitole, respectiv cap. I „Condiții de participare” și cap. II „Condiții pentru executant”.

În continuare, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că în data de 03.10.2017 a încheiat Procesul Verbal nr. 11305/03.10.2017 iar în data de 05.10.2017 s-a procedat la verificarea DUAE și a documentelor ce-l însoțesc. Se precizează faptul că avizul de securitate industrială a fost obligatoriu la depunerea ofertei.

Ca urmare a verificării documentelor depuse de contestatoare s-a constatat că avizul privea o singură persoană, care nu putea să fie atât proiectant cât și verificator MLPAT, ofertantul neîndeplinind această condiție obligatorie, față de care contestatoarea nu numai că susține că nu a fost prevăzută în fișa de date a achiziției, dar mai consideră că nu dorește să și-o însușească, aceasta fiind în sarcina unității.

... învederează că achiziția în discuție implică și Proiectare, iar proiectul acestor instalații de stingere a fost calificat la nivelul ANRSPS ca document clasificat „Secret de serviciu”, iar în cadrul avizului de securitate nu a existat persoana care să fie autorizată MLPAT, astfel că oferta depusă de contestatoare a fost respinsă ca inacceptabilă.

Cu privire la asigurarea verificatorului MLPAT care s-a impus ofertantului, autoritatea contractantă arată că a stabilit ca personalul autorizat MLPAT să cadă în sarcina furnizorului. Întrucât această cerință nu a fost contestată în cadrul termenului legal, autoritatea contractantă solicită să se constate tardivitatea acestei critici.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire simplificată – într-o singură etapă, online, fără etapă finală de

licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Instalație de stingere a incendiilor cu spumă aeromecanică la rezervor de depozitare produse petroliere”, cod CPV 35111000-5 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 409927/24.07.2017, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 20.09.2017 ora 15:00 (modificată ulterior prin anunțul de tip erată nr. 112747/25.09.2017 la anunțul de participare simplificat nr. 409927/24.07.2017, la data de 02.10.2017 ora 15:00), criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată de 394.956 RON, fără TVA.

Așa cum rezultă din „Procesul-verbal de deschidere oferte” înregistrată sub nr. 1305/03.10.2017, în procedura de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, printre care și contestatoarea SC ...SRL.

Prin „Procesul-verbal al ședinței de verificare a informațiilor din DUAE”, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 1312/05.10.2017, membrii Comisiei de evaluare au respins oferta depusă de SC ...SRL ca inacceptabilă în baza prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și a prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 1314/05.10.2017, membrii Comisiei de evaluare au comunicat SC ...SRL faptul că oferta acesteia a fost respinsă deoarece nu a îndeplinit *„criteriile referitoare la CONDIȚII DE PARTICIPARE din Fișa de date și anume Condiții speciale (...). Mai specific, oferta (...) nu îndeplinește condiția specială de participare din Fișa de date și anume în vederea executării contractului ofertantul trebuia să prezinte dovada că verificatorul autorizat MLPAT (care va fi asigurat de către ofertant, așa cum a solicitat UT 145) trebuia să primească aviz de securitate industrială. În urma analizării avizului de securitate eliberat ofertantului (...) am constatat că nu există o persoană autorizată MLPAT care să fie nominalizată în avizul de securitate. În avizul de securitate este nominalizată o singură persoană, care nu poate să întocmească și proiectul să fie și verificator autorizat MLPAT (...)”.*

Fiind nemulțumită de această decizie a autorității contractante, în temeiul dispoziţiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ...SRL a transmis ..., notificarea prealabilă nr. 902/09.10.2017 prin care i-a solicitat revocarea adresei nr. 1314/05.10.2017, declararea ofertei sale ca fiind admisibilă și luarea acesteia în considerare în procesul de evaluare a ofertelor.

Prin adresa nr. 1335/10.10.2017, autoritatea contractantă a formulat un răspuns la notificarea prealabilă transmisă de SC ...SRL precizând că nu sunt necesare măsuri de remediere.

Consecință a acestui fapt, SC ...SRL a transmis Consiliului, prin mijloace electronice (e-mail), contestația nr. 906/12.10.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 43089/12.10.2017, care formează obiectul prezentului dosar prin care a solicitat Consiliului anularea adresei nr. 1314/05.10.2017 și obligarea autorității contractante la declararea ofertei sale ca admisibilă și refacerea procesului de evaluare a ofertelor.

Analizând contestația formulată de SC ...SRL, Consiliul constată că în cuprinsul acesteia contestatoarea susține următoarele:
- „cerinţa obţinerii avizului de securitate industrială pentru verificatorul MLPAT nu a fost prevăzută în Fișa de date a achiziţiei și anunţul de participare, ci așa cum se observă doar în caietul de sarcini (art. 4.5.) și în Condiţiile Speciale, situație în care această cerinţă se consideră nescrisă și nu poate produce niciun efect juridic";
- „verificatorul autorizat MLPAT nu poate fi angajat și remunerat de către ofertant, ci doar de către investitor care în cazul de față este autoritatea contractantă, respectiv, ...";
- „posibilitatea asigurării verificatorului autorizat de către executant/ofertant nu este prevăzută de lege și obligaţia de a asigura verificarea proiectelor prin specialiști verificatori revine exclusiv investitorului [art. 22 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții], astfel încât cerinţa specială - netrecută în Fișa de date, ci doar în Caietul de sarcini și Condiţiile Speciale - de a se asigura de către ofertant verificatorul autorizat MLPAT este profund nelegală".

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată următoarele:

În Fișa de date a achiziției, la punctul III.1.4) „Executarea contractului este supusă altor condiții speciale", autoritatea contractantă a menționat *„Da. Contract clasificat «secret de serviciu». Condițiile speciale pentru ofertanți și contractanți sunt descrise în documentul «**Condiții speciale**»".*

Astfel, Consiliul constată că documentul intitulat „Condiții speciale" înregistrat sub nr. 594/08.05.2017, face parte integrantă din Fișa de date.

În cuprinsul acestuia autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„Preambul

Având în vedere caracterul «secret de serviciu» al contractului de achiziţie publică, se impun participanţilor la procedura de achiziţie publică, precum şi executantului contractului următoarele condiţii:

I. Condiţii de participare:

Pentru a participa la procedura de atribuire a contractului şi, ulterior, la execuţia acestuia (în cazul ofertantului declarat câştigător al procedurii de atribuire), ofertanţii/subcontractanţii şi/sau terţii susţinători, după caz, trebuie să obţină aviz de securitate industrială, eliberat în condiţiile prevăzute de Normele de protecţie a informaţiilor clasificate secret de serviciu în domeniul activităţilor contractuale desfăşurate în cadrul Ministerului Administraţiei şi Internelor, aprobate prin Ordinul MAI nr. 74/2010 (denumite, în continuare, «OMAI 74»), art. 1 alin. (2).

Această condiţie trebuie îndeplinită numai de ofertanţii/subcontractanţii şi/sau terţii susţinători care vor participa la întocmirea/avizarea/aprobarea şi semnarea documentele clasificate

«secret de serviciu», stabilite în caietul de sarcini nr. 536/27.04.2017 (denumit, în continuare, CS).

Numai ofertanţii care primesc avizul de securitate industrială pot participa la procedura de atribuire a contractului.

În vederea eliberării avizului de securitate industrială, ofertanţii/subcontractanţii şi/sau terţii susţinători, după caz vor înainta autorităţii contractante, până la data de 06.06.2017 o cerere (întocmită conform modelului formular F1, document al documentaţiei de achiziţie) însoţită de toate documentele prevăzute la art. 11 din OMAI 74.

Prin «reprezentanţii desemnaţi de operatorul economic sau contractant» desemnaţi de art. 3 din OMAI 74 se înţeleg:

a) personalul care va fi desemnat ca, la sediul beneficiarului, să viziteze amplasamentul instalaţiilor şi să solicite/primească specificaţiile tehnice necesare proiectării acestora;

b) personalul contractantului/subcontractantului/terţului susţinător care va întocmi/aviza/aproba şi semna documentele clasificate «secret de serviciu», stabilite în CS;

c) verificatorul autorizat MLPAT (care va fi asigurat de ofertant/furnizor);

d) personalul contractantului care va fi însărcinat de acesta ca responsabil cu executarea lucrărilor de montaj şi punere în funcţiune;

e) personalul contractantului/subcontractantului/terţului susţinător desemnat de aceştia să participe la recepţia la punerea în funcţiune (...)".

De asemenea, Consiliul reține că în cadrul Caietului de sarcini, la Cap. 4 – Cerinţe referitoare la documentaţia tehnică, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„4.1. Documentaţia tehnică se compune din următoarele documente:

(...)

4.2. Documentele de la clauza 4.1. literele a) – i) şi o) se predau beneficiarului înainte de începerea efectivă a lucrărilor de montaj instalaţie, iar celelalte, la punerea în funcţiune.

4.3. (1) Documentele enumerate la clauza 4.1. se vor elabora şi preda beneficiarului, în 2 exemplare, atât pe suport hârtie cât şi pe suport electronic (CD), în formatele .doc, .xls şi/sau .pdf, după caz.

(2) Prin excepţie de la alin. (1), documentele de la clauza 4.1. literele l) - n) se vor elabora şi preda numai pe suport hârtie, într-un singur exemplar, iar documentul de la lit. c) se va întocmi, în plus, şi în vederea afişării în interiorul căsuţei de spumă, conform prevederilor de la clauza 6.4.

4.4. Documentele de la clauza 4.1. literele b) şi g) vor fi clasificate «secret de serviciu».

4.5. Verificatorul de proiecte autorizat MLPAT va fi asigurat de furnizor.

4.6. Documentaţia tehnică se va întocmi pentru fiecare instalaţie în parte”.

În raport de aceste prevederi ale documentației de atribuire, Consiliul constată că autoritatea contractantă a menționat atât în anexa Fișei de date (în cadrul documentului înregistrat sub nr. 594 din 08.05.2017 intitulat „Condiții speciale de participare la achiziția publică și de executare a contractului având ca obiect «Instalație de stingere a incendiilor cu spumă aeromecanică la rezervor de depozitare produse petroliere»”) cât și în caietul de sarcini, faptul că verificatorul de proiecte autorizat MLPAT va fi asigurat de furnizor, astfel încât criticarea acestui aspect în actualul stadiu al procedurii de atribuire este tardivă.

Prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate de către ofertați (prin urmare nici de către contestatoare) în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta ofertele în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica ofertele prin raportare la cerințele expres stabilite în caietul de sarcini.

Potrivit art. 123 alin. (1) în HG nr. 395/2016, *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire* (...)”.

În consecință, Consiliul va respinge ca fiind tardive criticile autoarei contestației referitoare la faptul că:

- „verificatorul autorizat MLPAT nu poate fi angajat și remunerat de către ofertant, ci doar de către investitor care în cazul de față este autoritatea contractantă, respectiv, ...”;
- „posibilitatea asigurării verificatorului autorizat de către executant/ofertant nu este prevăzută de lege și obligaţia de a asigura verificarea proiectelor prin specialiști verificatori revine exclusiv investitorului [art. 22 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții], astfel încât cerinţa specială - netrecută în Fișa de date, ci doar in Caietul de sarcini și Condiţiile Speciale - de a se asigura de către ofertant verificatorul autorizat MLPAT este profund nelegală”.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că „cerinţa obţinerii avizului de securitate industrială pentru verificatorul MLPAT nu a fost prevăzută în Fișa de date a achiziţiei și anunţul de participare, ci așa cum se observă doar în caietul de sarcini (art. 4.5.) și în Condiţiile Speciale, situație în care această cerinţă se consideră nescrisă și nu poate produce niciun efect juridic”, Consiliul o apreciază ca fiind nefondată pentru următoarele motive:

Art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, stipulează următoarele:

„Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în fişa de date a achiziţiei/anunţul de participare sunt considerate clauze nescrise”.

În speță, cerința în discuție a fost menționată de către autoritatea contractantă în cadrul documentului înregistrat sub nr. 594 din 08.05.2017 intitulat „Condiții speciale de participare la achiziția publică și de executare a contractului având ca obiect «Instalație de stingere a incendiilor cu spumă aeromecanică la rezervor de depozitare produse petroliere»”, anexă la Fișa de date a achiziției, așa cum Consiliul a arătat deja în considerentele prezentei decizii, astfel încât, în cauză, nu sunt incidente dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Faţă de cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ...SRL, conform celor reţinute în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

PREŞEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conţine 9 pagini.