

DECIZIE
Nr. BO2010_0022
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/24.12.2009, înregistrată la CNSC cu nr. ■/24.12.2009, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC cu nr. ■, CIF ■, împotriva conținutului documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată de SC ■ SA, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „furnizarea de polihidroxi-clorura de aluminiu”, s-a solicitat:

-modificarea documentației de atribuire astfel încât cerința prezentării de copii, chiar și parțiale, de pe contractele de furnizare de produse să fie eliminată;

-modificarea documentației de atribuire astfel încât cerința livrărilor anterioare în România să fie eliminată;

-suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În baza art. 278 al. 5 din OUG 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 tardive capetele de cerere de modificare a documentației de atribuire, precum și, ca rămas fără obiect, capătul de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, din contestația SC ■ SRL nr. ■/24.12.2009, în contradictoriu cu SC ■ SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 3 din OUG 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 depusă, SC ■ SRL, în calitate de potențial ofertant la procedura de licitație deschisă organizată de către SC ■ SA în vederea atribuirii contractului de furnizare de polihidroxi-clorura de aluminiu, a arătat că autoritatea contractantă nu prezintă măsurile pe care le-ar putea lua pentru garantarea confidențialității contractelor încheiate de ofertanți anterior. În plus, concesiunea făcută de autoritatea contractantă de a prezenta numai prima și ultima pagină din contract nu rezolvă problema ridicată, deoarece și aceste două pagini pot conține informații confidentiale.

Autoritatea n-a răspuns la propunerea contestatoarei de a se depune doar recomandări din partea beneficiarilor. Prezentarea contractelor anterioare, chiar și în forma „restrânsă” solicitată de autoritatea contractantă, încalcă prevederile de la art. 188 al. 1 lit. a din OUG 34/2006, unde se detaliază în mod explicit ce anume informații trebuie să prezinte ofertanții pentru a demonstra capacitatea tehnică.

Mult mai gravă este cerința autorității prin care ofertanții, pentru a se putea califica, trebuie să fi livrat anterior produse identice în România, prin care autoritatea restricționează dreptul de participare la licitație ofertanților care nu au livrat anterior produse identice în România, favorizând astfel ofertanții locali ori cei care au mai livrat anterior produse identice în România.

În fapt, prin solicitările introduse de autoritatea contractantă se încalcă principiile nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, stabilind criterii de calificare ce restrâng dreptul ofertanților de a participa la procedura licitației deschise.

În plus, se consideră că cerința referitoare la prezentarea de copii, chiar și parțiale, cu privire la contractele încheiate de ofertanți determină încălcarea obligațiilor de confidențialitate asumate de ofertanți prin acele contracte, autoritatea contractantă neprecizând de ce a extins cerințele prevăzute de art. 188 al. 1 lit. a din OUG 34/2006 și nici cum aceste contracte pot aduce mai multe și mai complete informații decât cele menționate în textul normei legale.

Față de cele expuse de SC ■ SRL, în punctul său de vedere autoritatea contractantă invocă art. 271 din OUG 34/2006 și solicită respingerea contestației ca tardiv introdusă, fiind încălcate prevederile art. 256² din același act normativ, întrucât documentația de atribuire a fost publicată pe SEAP la 04.12.2009, iar contestația a fost înaintată la consiliu în data de 24.12.2009, deci în afara termenului de 10 zile prevăzut la lit. a a art. 256².

În ceea ce privește fondul cauzei, se invederează că cerința referitoare la prezentarea unor copii de pe prima și ultima pagină din contract nu încalcă confidențialitatea contractelor încheiate de ofertanți și nici prevederile art. 188 al. 1 lit. a, care sunt exemplificative, nu limitative, iar în ceea ce privește prezentarea de recomandări se menționează că acestea au fost solicitate la pct. IV.4 - Capacitatea tehnică din Fișa de date a achiziției.

Referitor la cerința privind lista de referință a produsului pentru livrări în România pentru beneficiari cu același specific de activitate (tratarea apei în vederea potabilizării), aceasta a fost solicitată având la baza faptul că apa râului ■ are o amprentă de tratabilitate apropiată cu a celorlalte ape din România, neexistând intenția de a favoriza ofertanții locali ori pe cei care au mai livrat anterior produse identice fizico-chimic.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, consiliul reține că SC ■ SA a inițiat prin publicarea anunțului de participare nr. ■/04.12.2009 o licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare de polihidroxi-clorura de aluminiu. Atașat

anunțului de participare din 04.12.2009 autoritatea contractantă a publicat și documentația de atribuire în cuprinsul căreia se regăsesc condițiile de calificare criticate de SC ■ SRL în contestația de față.

La data de 21.12.2009, deci la 17 zile de la publicarea documentației, SC ■ SRL a înaintat autorității adresa nr. ■/21.12.2009 prin care solicită anumite clarificări privind cerințele de calificare și specificațiile tehnice impuse. La 21.12.2009 autoritatea a postat în SEAP răspunsul de clarificare nr. ■/21.12.2009, prin care răspunde punctual fiecărei întrebări adresate. Ca urmare a acestui răspuns, SC ■ SRL a investit consiliul prin contestația înregistrată la acesta în 24.12.2009, prin care solicită modificarea documentației de atribuire și suspendarea licitației.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, în contextul ridicării de către autoritate a excepției tardivității ei, consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre actul pe care îl reclamă (documentația) la data de 04.12.2009. Conform art. 256 ind. 2 al. 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 ■.12.2009, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care fac parte integrantă fișa de date a achiziției și caietul de sarcini) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită. Așadar, ■.12.2009 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de cinci zile de depunere a contestației împotriva cerințelor cuprinse în documentație, stabilit în textul art. 256 ind. 2 al. 1 lit. b din ordonanța de urgență privind achizițiile publice [estimarea valorii contractului de furnizare de 239.400 RON fiind sub pragul valoric de 400.000 euro, prevăzut la art. 55 al. 2 lit. b din ordonanță].

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 al. 1 C. proc. civ., pentru reclamarea la consiliu a cerințelor din documentație, este 04.12.2009, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la 24.12.2009, a depunerii contestației la consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerințelor cuprinse în documentația achiziției, drept pentru care se admite ca fiind fondată excepția tardivității contestării acestora.

Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă (adresa nr. ■/21.12.2009), prin care SC ■ SRL a cerut explicații legate de cerințele din fișa de date a achiziției, n-are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentația achiziției încă de la data publicării ei - 04.12.2009 - și

trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea schimbarea lor, motivarea că s-a încercat mai întâi clarificarea lor cu autoritatea neputând fi reținută pentru depășirea termenului impus de lege. 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 adrese de solicitare de clarificări formulate ea însăși la distanță de peste cinci zile de la cunoașterea documentației, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria adresă. Prin urmare, raționamentul contestatoarei evocat în completarea nr. ■/04.01.2009 înaintată consiliului, precum că termenul legal de contestare începe să curgă de la data primirii răspunsului la clarificări, nu e unul judicios, legea prevăzând contrariul [conform art. 256 ind. 2 al. 1 din ordonanță, persoana trebuie să sesizeze CNSC sau, după caz, instanța judecătorească competentă, în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, într-un anumit termen de la luarea la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, deci nu de la primirea vreunui răspuns de clarificări].

Pe de altă parte, se poate lesne observa că, prin contestația sa, SC ■ SRL reclamă și cere modificarea documentației de atribuire, aceasta fiind unicul act față de care aduce obiecții și pe care îl atacă societatea contestatoare.

De bună seamă că 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 fișa de date, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității cerințelor documentației achiziției, fiind ținut de excepția tardivității contestării lor la acest moment, care împiedică o analiză pe fond a acestora, potrivit art. 278 al. 1 din ordonanță și art. 137 C. proc. civ. Așadar, raportat la normele precitate, consiliul reține incidența tardivității reclamării cerințelor din documentație, capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la modificarea ei urmând a fi respinse ca atare.

Relativ la capătul de cerere ultim al contestatoarei - de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației -, întrucât la această dată a fost soluționată contestația, consiliul urmează a respinge capătul de cerere ca rămas fără obiect.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în trei exemplare, conține 4 (patru) file