

DECIZIE
BO2010_0473
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■ din 14.01.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■ din 18.01.2010, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, cod unic de înregistrare ■, împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la clarificări, postat în SEAP în data de 08.01.2010, de către ■, având sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de proiectare și execuție a proiectului integrat „înființare rețea de canalizare cu stație de epurare în ■, spațiu public de recreere în satul ■, modernizare drumuri de interes local, înființare centru local de asistență socială, ■”, coduri CPV 45232400-6 - lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale; 45200000-9 - lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice; 45233120-6 - lucrări de construcții de drumuri și 71322000-1 - servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice, contestatoarea a solicitat anularea fișei de date a achiziției.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor alin. (5) al art. 278 din OUG 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 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge, ca tardivă, contestația nr. ■ din 14.01.2010, depusă de SC ■ SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (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 nr. ■ din 14.01.2010, SC ■ SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■, a solicitat anularea fisei de date a achizitiei, considerand ca, prin cerintele de calificare referitoare la experienta similara a ofertantilor, se incalca principiile nediscriminarii, tratamentului egal, transparentei si proportionalitatii.

Petenta precizeaza ca, prin documentatia de atribuire, publicata in SEAP sub forma de fisier atasat anuntului de participare nr. ■ din ■.12.2009, a fost impusa cerinta minima de calificare ca ofertantii sa prezinte o lucrare de executie spatii de recreere - bazin de inot - cu o valoare mai mare sau egala cu 800.000 lei, fara TVA.

Fata de respectiva cerinta, prin adresa nr. ■ din 06.01.2010, petenta a solicitat autoritatii contractante sa accepte ca fiind experienta similara si executia de lucrari de amenajari de parcuri sau construire de sali de sport.

Continutul raspunsului publicat de autoritatea contractanta in SEAP in 08.01.2010 – „ofertantul trebuie sa faca dovada indeplinirii unei lucrari similare ca natura si complexitate cu investitia supusa licitatiei. Prin urmare cerinta minima “1 lucrare de executie spatii de recreere-bazin de inot - cu o valoare mai mare sau egala cu 800.000 lei, fara TVA” va fi considerata satisfacuta daca ofertantul prezinta: 1 lucrare de executie spatii de recreere-bazin de inot - cu o valoare mai mare sau egala cu 800.000 lei, fara TVA, sau, 2 lucrari de executie, din care, una pentru spatii publice de recreere (parc, terenuri de joaca, terenuri de sport in aer liber), cu valoare de 475.000 RON, fara TVA si una pentru bazin de inot semi-olimpic, sau similar (minim 500 mc capacitate), cu valoare minima de 325.000 Ron”, este considerat de contestatoare nelegal deoarece, prin mentinerea cerintei privind experienta similara constituita de construirea unui bazin de inot semi-olimpic, sau similar, se restrictioneaza participarea la procedura, intrucat, in Romania, nu s-au efectuat frecvent astfel de lucrari.

In drept, au fost invocate dispozitiile art. 2, 255 si urmatoarele din O.U.G. 34/2006 si cele ale HG 925/2006.

In probatiune, au fost depuse, in xerocopie, fisa de date a achizitiei, adresele nr. ■/06.01.2010 si nr. ■/08.01.2010.

Prin punctul sau de vedere, inaintat Consiliului prin adresa nr. ■ din 20.01.2010, autoritatea contractanta a solicitat respingerea contestatiei ca tardiva, motivata prin aceea ca, documentatia de atribuire a fost publicata in SEAP in ■.12.2009, sub forma de atasament la anuntul de participare nr. ■, iar depunerea contestatiei in 14.01.2010 a fost efectuata cu depasirea termenului legal de 5 zile dispus de normele art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG 34/2006.

Pe fond, autoritatea contractanta a solicitat respingerea contestatiei ca nefondata, mentionand ca realizarea bazinului de inot presupune conditii specifice, atat din punctul de vedere al executiei, cat si al calitatii apei din bazin, care nu pot fi asimilate conditiilor impuse de realizarea unei sali de sport.

Totodata, se invedereaza ca in cadrul programului "Bazine de inot", instituit prin HG 414/2007, au fost realizate un numar apreciabil de stranduri, bazine de inot pentru centre SPA si complexe sportive.

Din probatoriu administrat de parti la dosar, Consiliul retine:

Procedura de licitatie deschisa organizata de catre ■ in vederea atribuirii contractului de proiectare si executie a proiectului integrat „infiintare retea de canalizare cu statie de epurare in ■, spatiu public de recreere in satul ■, modernizare drumuri de interes local, infiintare centru local de asistenta sociala, ■” a fost initiata prin publicarea in SEAP a anuntului de participare nr. ■ din ■.12.2009, in care s-au mentionat: valoarea estimata a contractului, fara TVA – 7.971.075 lei, echivalentul a aprox. 1.900.000 euro; criteriul de atribuire a contractului – oferta cea mai avantajoasa din punct de vedere economic; data limita de depunere a ofertelor - 25.01.2010, ora 09:00; data deschiderii ofertelor - 25.01.2010, ora 12:00.

Documentatia de participare a fost publicata in SEAP sub forma de fisier atasat anuntului de participare.

Prin pct. d).2. „experienta similara” al cap. V. „criterii de calificare si selectie” din fisa de date a achizitiei din documentatia de atribuire a fost impusa conditia minima de calificare pentru demonstrarea experientei similare constand in îndeplinirea cumulativa a cerințelor pentru activitățile de execuție, astfel: „informatii privind principalele lucrari executate: ofertanții, în înțelesul dat de prezenta documentație de atribuire, vor face dovada executarii si finalizarii (receptie la terminarea lucrarilor) in ultimii 5 ani a cel putin: [...] 1 lucrare de executie spatii de recreere-bazin de inot - cu o valoare mai mare sau egala cu 800.000 lei, fara TVA”.

Prin adresa nr. ■ din 06.01.2010, societatea contestatoare a solicitat autoritatii contractante sa precizeze "daca la cap. III – fisa de date a achizitiei - d) Capacitatea tehnica si/sauprofesionala punctul d) 2. – experienta similara, referitor la: 1 lucrare de recreere – bazin de inot pentru executant, se accepta si lucrari de amenajari parcuri sau construire sali de sport”.

La solicitarea petentei, raspunsul autoritatii contractante publicat in SEAP sub nr. ■ din 08.01.2010 a fost: "ofertantul trebuie sa faca dovada indeplinirii unei lucrari similare ca natura si

complexitate cu investitia supusa licitatiei. Prin urmare cerinta minima <1 lucrare de executie spatii de recreere-bazin de inot - cu o valoare mai mare sau egala cu 800.000 lei, fara TVA> va fi considerata satisfacuta daca ofertantul prezinta: 1 lucrare de executie spatii de recreere-bazin de inot - cu o valoare mai mare sau egala cu 800.000 lei, fara TVA, sau, 2 lucrari de executie, din care, una pentru spatii publice de recreere (parc, terenuri de joaca, terenuri de sport in aer liber), cu valoare de 475.000 RON, fara TVA si una pentru bazin de inot semi-olimpic, sau similar (minim 500 mc capacitate), cu valoare minima de 325.000 Ron”.

Ca urmare a răspunsului antementionat, SC ■ SRL a investit Consiliul prin contestația înregistrată la acesta cu nr. ■/18.01.2010, prin care solicită anularea fisei de date a achizitiei. Din redactarea și argumentarea contestației, Consiliul determină că, în fapt, reclamanta contestă două acte ale autorității contractante, respectiv pe de o parte documentatia de atribuire (anumite cerințe din aceasta) și, pe de altă parte, răspunsurile de clarificare nr. ■ din 08.01.2010, motiv pentru care Consiliul se va pronunța separat față de cele două acte contestate.

Procedând la verificarea exceptiei tardivitatii depunerii contestatiei invocata de autoritatea contractanta, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre primul dintre actele pe care le reclamă (documentatia de atribuire) la 29.12.2009. Conform art. 256 ind. 2 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 29.12.2009, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită. Așadar, 29.12.2009 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 5 zile de depunere a contestației împotriva prevederilor documentatiei de atribuire, stabilit în textul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice [estimarea valorii contractului de lucrari fiind sub pragul valoric de 5.000.000 euro, prevăzut la art. 55 alin. (2) din ordonanță].

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 alin. 1 C. proc. civ., pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, este 29.12.2009, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la 14.01.2010, a depunerii contestației la Consiliu (data postei). În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerinței minime de calificare constand in prezentarea unei lucrari de realizare a unui bazin de inot semi-olimpic, sau similar, drept pentru care se admite ca fiind

fondată excepția tardivității contestării prevederilor fișei de date postată în SEAP de autoritate la 29.12.2009.

Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă (adresa nr. ■ din 06.01.2010), prin care SC ■ SRL a cerut modificarea documentatiei de atribuire, nu 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 fișa de date a achiziției încă de la data publicării ei – 29.12.2009 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerința în discuție, dacă dorea schimbarea ei, motivarea că a încercat mai întâi, prin cererile de clarificări din 06.01.2010, să se lămurească cu autoritatea, pentru a nu se ajunge la contestație, 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/modificări formulate ea însăși la distanță de peste 5 zile de la cunoașterea fișei de date, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria adresă.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 137 C. proc. civ., Consiliul reține incidența tardivității reclamării prevederilor documentatiei de atribuire, cererea de anulare a fișei de date a achiziției din contestația SC ■ SRL, urmând a fi respinse ca atare, 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 OUG 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, niciatât, 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 nicio obligație legală de a modifica

documentatia de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebările. 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 modificarea prevederilor documentației în sensul dorit de societatea contestatoare. 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 sau, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Astfel, prin răspunsul furnizat, autoritatea a clarificat cererea adresată de SC ■ SRL. *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.*

Față de cele ce preced, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG 34/2006, Consiliul va decide respingerea ca tardiva a contestației nr. 82 din 14.01.2010, depusă de SC ■ SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității clauzelor documentației de atribuire, fiind ținut de excepția tardivității contestării lor la acest moment, care împiedică o analiză pe fond a acestora, potrivit art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 137 C. proc. civ.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în trei exemplare, conține 6 (șase) file