

DECIZIE
Nr. ■ BO2011_0015
Data: ■.2011

Prin contestația datată 06.12.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■/09.12.2010, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, CUI ■, împotriva adresei nr. ■/03.12.2010 și a documentației de atribuire întocmite de ■, prin ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de cerere de oferte organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări de modernizare drumuri sătești, s-a solicitat admiterea contestației, obligarea autorității contractante să procedeze la remedierea actelor care afectează procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, anularea documentației de atribuire, precum și a întregii proceduri.

Autoritatea contractantă a solicitat obligarea contestatoarei la plata sumei de 4.802,86 lei, cu titlu de garanție de participare.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CNSC

DECIDE:

În temeiul 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 tardiv capătul de cerere referitor la anularea documentației de atribuire și ca nefondate pe cele privind anularea adresei de clarificări nr. ■/ 03.12.2010 și anularea procedurii, din contestația SC ■ SRL datată 06.12.2010, în contradictoriu cu ■, prin ■.

Respinge ca inadmisibilă solicitarea autorității contractante de obligare a contestatoarei la plata sumei de 4.802,86 lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. (3) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, SC ■ SRL a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, arătând că, prin adresa nr. ■/29.11.2010, a solicitat autorității contractante o serie de clarificări și remedierea unor dispoziții (cerințe obligatorii) ale documentației de atribuire care, în opinia sa, încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice.

Prin adresa nr. ■/03.12.2010, ■ a răspuns parțial favorabil la solicitările de clarificări și la măsurile de remediere a unor cerințe ale documentației de atribuire.

Contestatoarea precizează că s-a răspuns favorabil la întrebările nr. 1 și 2 legate de cerința cu privire la asigurarea următorului personal de specialitate: inginer diplomat pentru drumuri, inginer diplomat topograf, inginer diplomat atestat ca inspector de specialitate cu protecția muncii, și cu privire la responsabilul cu controlul tehnic de calitate în construcții care nu trebuie să fie atestat decât în domeniile drumuri și poduri, nefiind nevoie să fie atestat și în domeniile „tunele, piste de aviație, transport pe cablu, de interes național și județean”.

Referitor la celelalte solicitări cu privire la cerințele obligatorii prevăzute în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a refuzat să remedieze încălcările normelor legale invocate.

La cap. IV.3 din fișa de date a achiziției este prevăzută cerința obligatorie cu privire la dovedirea unei cifre medii anuale de afaceri pe perioada 2007-2009, inclusiv, de minim 3.000.000 lei.

Contestatoarea susține că au fost încălcate prevederile art. 9 lit. b) din HG 925/2006, întrucât, prin solicitarea unei cifre medii anuale de afaceri echivalente cu suma de 3.000.000 lei, a fost restricționată participarea la procedură de atribuire.

La cap. VI din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a prevăzut care sunt factorii de evaluare aferenți criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”. Stabilirea factorilor de evaluare prevăzuți în acest capitol al fișei de date a achiziției încalcă prevederile art. 199 al. (3) din ordonanță și ale art. 14 al. (2) și art. 15 din HG 925/2006, deoarece nu este prevăzut algoritmul de calcul și metodologia concretă de punctare a avantajelor pentru următorii factori de evaluare: planul calității, proceduri tehnice de execuție, proiectul organizării de șantier și planul propriu de protecția mediului.

Prin adresa nr. ■/13.12.2010, Consiliul a solicitat contestatoarei punctul de vedere asupra excepției tardivității, având în vedere că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în ■.11.2010, iar contestația a fost depusă în 07.12.2010.

SC ■ SRL a răspuns cu adresa înregistrată la Consiliul sub nr. ■/14.12.2010, în care a precizat că a considerat că trebuie mai întâi să dea posibilitatea autorității contractante să remedieze anumite încălcări ale legislației și abia ulterior, ca urmare a refuzului autorității de a le remedia, a formulat contestație. Față de adresa nr. ■/03.12.2010, contestația nu e tardivă. Se solicită respingerea excepției ridicate.

În punctul său de vedere asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/29.12.2010, autoritatea contractantă arată că, în ce privește cifra de afaceri, au fost luate măsuri de remediere, astfel că această critică a rămas fără obiect.

Referitor la factorii de evaluare se apreciază că aceștia reflectă metodologia concretă de punctare a avantajelor relative, fiind

respectate prevederile art. 14 al. (2) din HG 925/2006 și art. 199 al. (3) din OUG 34/2006.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca rămasă fără obiect și ca nefondată, menținerea hotărârii din raportul procedurii de atribuire, precum și obligarea contestatoarei la plata sumei de 4.802,86 cu titlu de garanție de participare.

Dosarul achiziției publice și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate sub nr. ■/29.12.2010.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de atribuire aplicată de ■, prin ■, în vederea atribuirii contractului de lucrări de modernizare drumuri sătești este cererea de oferte. Conform invitației de participare nr. ■/26.11.2010, publicată în SEAP, data limită de depunere a ofertelor a fost 08.12.2010, ora 09:00, iar deschiderea acestora a fost programată pentru aceeași dată, ora 10:30.

Ulterior luării la cunoștință de documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă și de adresa nr. ■/03.12.2010, pentru motivele evocate anterior, SC ■ SRL a depus la Consiliu contestația în analiză.

Ca aspect preliminar Consiliul observă că petenta contestă pe de o parte fișa de date a achiziției, iar pe de altă parte răspunsul la solicitarea sa de clarificări, motiv pentru care Consiliul se va pronunța separat față de fiecare dintre actele contestate.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre primul dintre actele pe care le reclamă (fișa de date a achiziției) la data de 26.11.2010, data publicării în SEAP a documentației de atribuire, atașată invitației de participare nr. ■/26.11.2010. Conform art. 256² 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 26.11.2010, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită. Data de 26.11.2010 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, stabilit în textul art. 256² al. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice. Conform acestui text legal, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este egală sau mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 al. (2), contestația poate fi depusă în cel mult cinci zile de la data luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Față de valoarea estimată a contractului de lucrări de 1.022.858 lei, fără TVA [sub pragul de 4.845.000 euro, fără TVA, fixat de art. 55 al. (2) invocat mai sus], Consiliul determină că termenul de depunere la Consiliu a contestațiilor privind procedura de atribuire este de cel mult

cinci zile începând cu cea următoare datei luării la cunoștință de către contestator despre actul apreciat ca nelegal, moment de la care se va calcula termenul de transmitere a contestației înregistrate la Consiliu în 09.12.2010. Astfel, socotind termenul conform dispozițiilor procedurale aplicabile [art. 3 lit. z) din ordonanță], se constată că acesta era depășit la data depunerii contestației adresate Consiliului la oficiul poștal (07.12.2010), ultima zi pentru depunerea contestației împotriva documentației de atribuire fiind 02.12.2010.

Purtarea unei corespondențe de clarificare cu autoritatea contractantă 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 de la data publicării documentației – 26.11.2010- și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea eliminarea, completarea sau schimbarea lor, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de ordonanță. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest mod, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări 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 al. (1) din ordonanță și la cele ale art. 137 C. proc. civ., Consiliul reține incidența tardivității reclamării cerințelor/factorilor de evaluare din fișa de date a achiziției, contestația față de acestea urmând a fi respinsă ca atare.

Fiind ținut de excepția tardivității, Consiliul *nu va analiza pe fond* criticile formulate cu privire la cerințele/factorii de evaluare din fișa de date a achiziției.

Continuând cu verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației față de celălalt act reclamat, Consiliul reține că, față de răspunsul la clarificări nr. ■/03.12.2010, contestația nu este tardivă.

Prin adresa nr. ■/29.11.2010, societatea contestatoare a solicitat autorității contractante să precizeze ce înțelege prin sintagmele „inginer diplomat pentru drumuri”, „inginer diplomat topograf” și respectiv „inginer diplomat atestat ca inspector de specialitate cu protecția muncii”, precum și condițiile care trebuie să le îndeplinească persoanele respective; s-au solicitat informații legate de condițiile ce trebuie îndeplinite de „responsabilul cu controlul tehnic de calitate”. De asemenea, s-a cerut remedierea cerințelor din fișa de date referitoare la cifra medie de afaceri și factorii de evaluare.

■ a răspuns cu adresa nr. ■/03.12.2010, prin care a remediat anumite aspecte și a precizat că rămân neschimbate „criteriile de atribuire”.

Prin acest act autoritatea contractantă nu a introdus noi criterii de calificare și nu a modificat factorii de evaluare, aceștia rămânând în forma prevăzută la data publicării fișei de date în SEAP.

Prin adresele nr. ■/03.12.2010 și ■/07.12.2010, autoritatea contractantă a remediat aspectele contestate referitoare la personalul propus și la cifra medie de afaceri, astfel că acestea au rămas fără obiect.

Referitor la adresa de clarificări prezintă relevanță normele art. 78 al. (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 documentația după voința operatorului economic care a formulat solicitările de anulare/remediere a anumitor cerințe, respectiv a factorilor de evaluare. 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 factorilor de evaluare cuprinși în documentație. 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, chiar dacă răspunsul nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse sau de a stabili factori de evaluare care să nu respecte legislația privind achizițiile publice, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe/factori din documentație, operatorul economic trebuia să le conteste *înainte de expirarea termenului legal*, iar nu să aștepte împlinirea lui, mai ales că sesizase obiecțiunile sale autorității prin adresa "de clarificări". În realitate solicitarea SC ■ SRL nici măcar nu este de clarificare a documentației - care nu era cu nimic neclară respectivei societăți -, ci de remediere a anumitor cerințe de calificare/factori de evaluare din cuprinsul ei.

Față de cele reținute, în temeiul art. 278 al. (5) din OUG 34/2006, Consiliul va respinge ca tardiv formulat capătul de cerere de anulare a documentației de atribuire și, ca nefondat, pe cel de anulare a răspunsului autorității nr. ■/03.12.2010 și a întregii proceduri, din contestația SC ■ SRL.

În ce privește solicitarea autorității contractante de obligare a contestatoarei la plata sumei de 4.802,86 lei, cu titlu de garanție de

participare, aceasta urmează a fi respinsă ca inadmisibilă, deoarece, pe de o parte, potrivit art. 278¹ al. (1) din ordonanță autoritatea contractantă este cea care reține anumite sume din garanția de participare dacă contestația este respinsă, Consiliul neavând atribuții în acest sens, iar pe de altă parte, în cauză, astfel cum arată și primăria, contestația fiind la documentație, nu a fost constituită garanția de participare de către SC ■ SRL. De asemenea, se reține că acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii se soluționează de către instanță și nu de Consiliu.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în trei exemplare, conține 6 (șase) file