

DECIZIE
Nr. ■ BO2011_0096
Data: ■.2011

Prin contestația FN, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ■/24.12.2010, depusă de către SC ■ SRL, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■, și CUI ■, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de mare publicitate în presa scrisă locală ■”, cod CPV 79341000-6, s-a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri necesare pentru remedierea actului/actelor care afectează procedura de atribuire.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității introducerii contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca tardiv introdusă, contestația formulată de SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

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 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC ■ SRL a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de mare publicitate în presa scrisă locală - ■”, cod CPV 79341000-6, solicitând obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri necesare pentru remedierea actului/actelor care afectează procedura de atribuire.

Contestatorul consideră cerința autorității contractante privind

introducerea în caietul de sarcini, lotul II, punctul 5, a sintagmei „Tip - mijloc financiar: plătit”, ca fiind restrictivă și nejustificată, în raport cu obiectul contractului.

În drept, contestatorul invocă prevederile art. 35 al. (5) și art. 36 al. (1) din OUG 34/2006

În punctul de vedere comunicat prin Adresa nr. ■/04.01.2011, înregistrată la CNSC sub nr. ■/06.01.2011, ■, în calitate de autoritate contractantă, consideră contestația depusă de SC ■ SRL în principal tardivă, iar în secundar nefondată și, pe cale de consecință, solicită respingerea acesteia.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte” pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de mare publicitate în presa scrisă locală - ■”, cod CPV 79341000-6. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în data de ■.12.2010 invitația de participare nr. ■, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Valoarea estimată a contractului fără TVA, prevăzută în anunțul nr. ■/15.12.2010, este de 111.500 lei.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că SC ■ SRL contestă caietul de sarcini, văzând că data depunerii contestației prin poștă și transmițerii prin e-mail este 23.12.2010 și ținând cont de dispozițiile art. 278 al. (1) din OUG 34/2006 potrivit cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.....*”, și de excepția tardivității invocată de către autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, Consiliul va analiza contestația din punct de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația transmisă prin poștă la CNSC, la 23.12.2010, SC ■ SRL a solicitat „*obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri necesare pentru remedierea actului/actelor care afectează procedura de atribuire*”, respectiv consideră cerința din caietul de sarcini, lotul II, punctul 5, „Tip - mijloc financiar: plătit”, ca fiind restrictivă și nejustificată, în raport cu obiectul contractului.

Valoarea estimată fiind de 111.500 lei, deci sub pragul prevăzut de art. 55 al. (2) din OUG 34/2006, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 256² al. (1) din aceeași ordonanță este de 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Din conținutul contestației, rezultă că actul contestat al autorității contractante, ■, este caietul de sarcini.

Contestația fiind transmisă prin poștă și e-mail în data de

23.12.2010 și calculând termenul legal în care SC ■ SRL putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la ■.12.2010.

Prin adresa nr. ■/15.12.2010, contestatorul solicită eliminarea cerinței „Tip - mijloc financiar: plătit” din caietul de sarcini lotul II punctul 5.

Analizând conținutul acestei adrese coroborat cu prevederile legale în vigoare, Consiliul urmează să o califice ca fiind notificare în temeiul prevederilor art. 256¹ din OUG 34/2006 și nu solicitare de clarificări în temeiul prevederilor art. 78 din OUG 34/2006.

La data de 20.12.2010 orele 15:49, autoritatea contractantă a postat pe SEAP răspunsul la adresa antemenționată în care precizează care a fost rațiunea introducerii anumitor cerințe de calificare și aduce explicații vizavi de necesitatea acestora.

Ulterior răspunsului postat pe SEAP, SC ■ SRL a investit Consiliul prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ■/24.12.2010, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii. În preambulul contestației, contestatorul menționează în mod „explicit” că aceasta este îndreptată împotriva caietului de sarcini, în cadrul lotului II, în care autoritatea contractantă solicită, la pct. 5, „Tip - mijloc financiar: plătit”.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele contestate, respectiv cerințele specificate în caietul de sarcini, la 15.12.2010.

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 15.12.2010, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care face parte integrantă și caietul de sarcini) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 256² din OUG 34/2006 și de cele ale art. 3 lit. z) din aceeași ordonanță, rezultă așadar, ca data de 15.12.2010 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva cerințelor din documentația de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației împotriva documentației de atribuire, respectiv la 23.12.2010.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 al. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, este 15.12.2010, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 23.12.2010, a transiterii prin poștă a contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării documentației de atribuire postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (solicitarea de clarificări nr. ■/15.12.2010 și nr. ■/17.12.2010), prin care contestatorul a solicitat eliminarea cerinței contestate din cuprinsul caietului de sarcini nu au ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune faptul că, o solicitare de clarificare făcută în temeiul prevederilor art. 78 din OUG 34/2006/răspunsul primit la o astfel de solicitare/o notificare făcută în temeiul prevederilor art. 256¹ din același act normativ, întrerupe termenul de depunere a contestației, astfel potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” contestatorul nu poate adăuga la lege.

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi spre exemplu data primirii răspunsului la o solicitare de clarificare/la notificarea formulată, deoarece legiuitorul nu dispune că solicitările de clarificări/notificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel solicitarea unor clarificări/formularea unei notificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

Potrivit art. 78 din ordonanță „*operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări*” astfel această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic, care nu a formulat contestația în termen la documentația de atribuire și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsul formulat de autoritatea contractantă la întrebarea nr. 1, rezultă că autoritatea contractantă a reiterat prevederile din caietul de sarcini și a justificat cerințele contestate.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 și art. 256¹ din OUG 34/2006, prin cererea de clarificare/ notificarea formulată la o documentație de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințele impuse de către autoritatea contractantă.

Potrivit art. 256¹ din OUG 34/2006, „*înainte de a se adresa instanței competente, persoana vătămată notifică autoritatea contractantă cu privire la pretinsa încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la intenția de a sesiza instanța judecătorească competentă. Dispozițiile art. 205 și 256² rămân aplicabile*” astfel această notificare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care n-au formulat contestația în termen la documentația de atribuire, și nici nu suspendă de drept procedura astfel cum prevede art. 256¹ al. (2) din același act

normativ.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări/notificare duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din caietul de sarcini încă de la data publicării lor – 15.12.2010 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea lor. 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 clarificare/notificare, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la data transmiterii acesteia/de la data primirii răspunsului.

Așadar, raportat la normele art. 278 al. (1) din ordonanță și la cele ale art. 137 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din caietul de sarcini.

De asemenea, prin necontestarea în termenul legal a documentației de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză 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, nici atât, 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 caietul de sarcini după voința operatorului economic care a formulat clarificări. 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 cerințelor de calificare ori altor prevederi ale documentației.

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 postat pe SEAP, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Astfel prin răspunsul furnizat autoritatea contractantă a menținut prevederile din documentația de atribuire.

Pe de altă parte, se poate lesne observa că solicitarea contestatorului nu are ca scop clarificarea cerinței, aceasta fiindu-i clară acestuia, ci eliminarea ei, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice/elimine cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe fie la Consiliu, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/eliminării pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform art. 78 al. (1) și (2) din ordonanță, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „clarificări”, iar „autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată”. Nicăieri nu figurează dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității, mai ales dacă ele sunt clare și înțelese de cei interesați. Bunăoară, nici nu își are rostul o solicitare de clarificare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de aceștia.

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, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 278 al. (1) și (5) din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, urmează să admită excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă, iar pe cale de consecință va respinge, ca tardiv introdusă, contestația formulată de SC ■ SRL, în contradictoriu ■, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei, în scopul verificării temeiniciei criticilor formulate în contestație.

În temeiul art. 278 al. (6) din aceeași ordonanță va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU

■

MEMBRU

■

Redactată în 3 (trei) exemplare originale, conține 6 (șase) file