

DECIZIE

BO2011_0459

Data: .2011

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▪/25.01.2011, depusă de către S.C. ▪ S.R.L., cu sediul în ▪, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ▪, și Cod Unic de Înregistrare ▪, împotriva documentației de atribuire și a clarificărilor, emise de către ▪, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ▪, în cadrul procedurii de „licitație restrânsă accelerată”, organizată pentru atribuirea acordului - cadru de achiziție publică având ca obiect „Servicii de evaluare tehnică și financiară a cererilor de finanțare depuse pentru axele prioritare 1-5 din programul operațional regional 2007 – 2013, în vederea sprijinirii autorității de management și a organismelor intermediare”, s-a solicitat:

- „obligarea autorității contractante la anularea răspunsului dat privind cerința pentru experiența similară;
- adoptarea de măsuri de remediere a informațiilor furnizate în răspunsurile date la clarificări privind forma și conținutul documentelor care vin în susținerea cerințelor de personal;
- suspendarea procedurii de achiziție publică;
- remedierea clarificărilor oferite de autoritatea contractantă implicit a documentației de atribuire și reluarea procedurii de achiziție publică”.

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 formulată contestația formulată de S.C. ▪ S.R.L., în contradictoriu cu ▪.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 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:

S.C. ▪ S.R.L. a formulat contestație împotriva documentației de atribuire și a clarificărilor, emise de către ▪, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație restrânsă accelerată”, organizată pentru atribuirea acordului - cadru de achiziție publică având ca obiect „Servicii de evaluare tehnică și financiară a cererilor de finanțare depuse pentru axele prioritare 1-5 din programul operațional regional 2007 – 2013, în vederea sprijinirii autorității de management și a organismelor intermediare”, solicitând:

- „obligarea autorității contractante la anularea răspunsului dat privind cerința pentru experiența similară;
- adoptarea de măsuri de remediere a informațiilor furnizate în răspunsurile date la clarificări privind forma și conținutul documentelor care vin în susținerea cerințelor de personal;
- suspendarea procedurii de achiziție publică;
- remedierea clarificărilor oferite de autoritatea contractantă implicit a documentației de atribuire și reluarea procedurii de achiziție publică”.

În fapt, contestatorul precizează că, în urma analizării documentației de atribuire, a constatat că aceasta conține o serie de cerințe de natură a discrimina ofertanții și de a favoriza doar anumiți operatori economici, drept pentru care au fost solicitate unele clarificări.

Contestatorul arată că, în urma răspunsurilor la clarificări s-a modificat documentația de atribuire.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ▪/27.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▪/28.01.2011, ▪, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației depuse de S.C. ▪ S.R.L., ca fiind tardiv formulată, iar referitor la motivele invocate de către contestator autoritatea contractantă precizează că prin răspunsul la clarificări nu a modificat documentația de atribuire, doar a explicat elementele suplimentare pentru înțelegerea corectă a cerințelor obligatorii.

Având în vedere aspectele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind tardivă și nefondată.

Ținând cont că, contestatorul prin adresa de completare, fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul sub nr. ▪/28.01.2011, la contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ▪/25.01.2011, a solicitat suspendarea procedurii de achiziție

publică, Consiliul prin adresa nr. ▪/31.01.2011 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. ▪/31.01.2011, a pus în discuția părților solicitarea contestatorului, cerând autorității contractante un punct de vedere.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ▪/ 31.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▪/01.02.2011, ▪, în calitate de autoritate contractantă, precizează că nu este de acord cu solicitarea contestatorului deoarece, nu se află în situația prevăzută la art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv nu este vorba de producerea unei pagube iminente.

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

▪, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație restrânsă accelerată”, pentru atribuirea acordului - cadru de achiziție publică având ca obiect „Servicii de evaluare tehnică și financiară a cererilor de finanțare depuse pentru axele prioritare 1-5 din programului operațional regional 2007 – 2013, în vederea sprijinirii autorității de management și a organismelor intermediare”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în data de ▪.01.2011 anunțul de participare nr. ▪, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Valoarea estimată a contractului fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. ▪/07.01.2011, este de 11.077.983,87 lei.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „ipso facto” că S.C. ▪ S.R.L. contestă documentația de atribuire, constatând că data depunerii contestației este 25.01.2011 și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit căroră „*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 Consiliul va analiza contestația din punct de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația transmisă personal la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la data de 25.01.2011, S.C. ▪ S.R.L. a solicitat „obligarea autorității contractante la anularea răspunsului dat privind cerința pentru experiența similară prin care se modifică documentația de atribuire; adoptarea de măsuri de remediere a informațiilor furnizate în răspunsurile date la clarificări privind forma și conținutul documentelor care vin în susținerea cerințelor de personal; suspendarea procedurii de achiziție publică; remedierea clarificărilor oferite de autoritatea contractantă implicit a documentației de atribuire și reluarea procedurii de achiziție publică”.

Valoarea estimată fiind de 11.077.983,87 lei, deci peste pragul prevăzut de art. 55 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 256² alin. (1) din aceeași ordonanță este de 10 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 documentația de atribuire.

Contestația fiind transmisă personal în data de 25.01.2011 și calculând termenul legal în care S.C. ▪ S.R.L. va putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de ▪.01.2011.

La datele de ▪.01.2011, ▪.01.2011, ▪.01.2011 autoritatea a formulat adresele de răspuns la clarificările formulate de către operatorii economici interesați, care au fost postate în aceleași zile, în SEAP, în care, arată care a fost rațiunea introducerii acestor cerințe și aduce explicații vizavi de necesitatea acestora și de modalitatea de îndeplinire.

Ca urmare a acestor răspunsuri la solicitările de clarificări depuse la autoritatea contractantă, S.C. ▪ S.R.L. a investit Consiliul prin prezenta contestație, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii. În preambulul contestației, contestatorul menționează „explicit” că acesta contestă fișa de date a achiziției sub-capitolul IV.4.2) și IV.4.3) și solicită „obligarea autorității contractante la anularea răspunsului dat privind cerința pentru experiența similară prin care se modifică documentația de atribuire; adoptarea de măsuri de remediere a informațiilor furnizate în răspunsurile date la clarificări privind forma și conținutul documentelor care vin în susținerea cerințelor de personal; suspendarea procedurii de achiziție publică; remedierea clarificărilor oferite de autoritatea contractantă implicit a documentației de atribuire și reluarea procedurii de achiziție publică”.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele contestate pe care le reclamă (fișa de date a achiziției) la data de 07.01.2011.

Conform art. 256² 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 07.01.2011, 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 O.U.G. nr. 34/2006 și de cele ale art. 3 lit. z) din aceeași ordonanță, rezultă așadar, ca

data de 07.01.2011 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 10 zile de depunere a contestației împotriva cerințelor cuprinse în fișa de date a achiziției, termen care este depășit la data depunerii contestației împotriva documentației de atribuire, respectiv la data de 25.01.2011.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, este 07.01.2011, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 25.01.2011, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerințelor cuprinse în fișa de date a achiziției postat în SEAP de autoritate.

Purtarea, de către unii operatori economici, a unor corespondențe cu autoritatea contractantă (adresele de solicitare de clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns), prin care solicitau înlăturarea din cuprinsul fișei de date a cerințelor contestate, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva lor sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o adresă de solicitare de clarificări întocmită în baza art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006 întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept principiul „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că, 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 răspunsului la solicitările de clarificări, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel solicitarea, de către contestator sau de către alți operatori economici, a unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație împotriva documentației de atribuire.

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.

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

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice 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 fișa de date a achiziției încă de la data publicării ei - 07.01.2011 - 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 unor solicitări de clarificări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din fișa de date a achiziției, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la o clarificare formulată de un alt operator economic.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 137 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din fișa de date a achiziției.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care contestatorul declară că atacă doar răspunsurile la clarificări ale autorității contractante, Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a fișei de date a achiziției, aceasta și-a consolidat forța obligatorie.

Consiliul reține faptul că prin răspunsurile formulate la clarificările solicitate, autoritatea contractantă nu a modificat fișa de date a achiziției ci doar a clarificat/lămurit/explicat cerințele considerate de anumiți operatori economici ambiguu formulate, cerințele din fișa de date a achiziției rămânând aceleași.

Relevante sunt și susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere depus la dosar în care menționează în mod explicit faptul că „prin răspunsul la clarificare, autoritatea contractantă nu a modificat documentația de atribuire, ci doar a precizat elemente suplimentare pentru înțelegerea corectă a cerinței minime obligatorii”.

În cauză prezintă relevanță normele art. 78 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 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 [...]”.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele tehnice sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform art. 78 alin. (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 din fișa de date a achiziției, 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 urmează ca, în temeiul art. 278 alin. (1) și (5) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, să admită excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă iar pe cale de consecință să respingă, ca tardiv introdusă, contestația formulată de S.C. ▪ S.R.L. în contradictoriu cu ▪, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

PREȘEDINTE COMPLET

▪

MEMBRU

▪

MEMBRU

▪

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) file.