

DECIZIE
BO2012_0081
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/01.02.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/01.02.2012, depusă de SC ■ SA, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■ și CIF ■, împotriva răspunsului la solicitările de clarificări, comunicat prin adresa nr. ■/27.01.2012, 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 de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri de exploatație agricolă în ■”, s-a solicitat:

- în principal, obligarea autorității contractante la „remedierea încălcărilor detaliate în cuprinsul prezentei contestații”, respectiv un răspuns clar și neechivoc la solicitările de clarificări, care să fie în concordanță cu prevederile legale ale Fișei de date a achiziției și ale modelului de contract de lucrări, precum și efectuarea remediilor ce se impun;
- în subsidiar, „anularea întregii proceduri de atribuire dată fiind afectarea gravă a procedurii, având în vedere toate omisiunile și neconcordanțele asupra documentelor de importanță majoră, fără de care oferta nu se poate întocmi”.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite excepția tardivității introducerii contestației, invocată de autoritatea contractantă.

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

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 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:

Prin contestația formulată, SC ■ SA contestă răspunsul la solicitările de clarificări, comunicat prin adresa nr. ■/27.01.2012, emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru atribuirea

contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri de exploatație agricolă în ■”, solicitând:

- în principal, obligarea autorității contractante la „remedierea încălcărilor detaliate în cuprinsul prezentei contestații”, respectiv un răspuns clar și neechivoc la solicitările de clarificări, care să fie în concordanță cu prevederile legale ale Fișei de date a achiziției și ale modelului de contract de lucrări, precum și efectuarea remedierilor ce se impun;
- în subsidiar, „anularea întregii proceduri de atribuire dată fiind afectarea gravă a procedurii, având în vedere toate omisiunile și neconcordanțele asupra documentelor de importanță majoră, fără de care oferta nu se poate întocmi”.

Contestatorul precizează că prin răspunsul la clarificări nr. ■/27.01.2012, autoritatea contractantă a arătat că există posibilitatea obținerii unui avans de la autoritatea finanțatoare, în condițiile în care prin modelul de contract și prin Fișa de date a achiziției nu este prevăzută posibilitatea plății în avans.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante să menționeze expres dacă se va acorda avans pentru execuția lucrărilor la acest obiectiv, precum și să menționeze cuantumul avansului și modalitatea de restituire a acestuia.

Cu privire la răspunsul de clarificare nr. ■/27.01.2012, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a răspuns solicitării de a oferi un termen de plată clar și neechivoc.

Cu privire la răspunsul de clarificare nr. ■/27.01.2012, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a adus modificări documentației de atribuire în sensul că „se stabilește ca decontarea să se realizeze în trei tranșe, se vor înainta autorității contractante trei situații de plată pe parcursul celor două luni.”

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante să indice termenul în care executantul va trimite achizitorului situația de plată precum și care este limita perioadei precizate în ofertă pentru plata facturilor către executant.

Cu privire la răspunsul de clarificare nr. ■/27.01.2012, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu cunoaște mecanismul de decontare a lucrărilor executate, precum și cui aparține responsabilitatea aprobării și confirmării situației de lucrări și a celei de plată. Situația de lucrări și cea de plată se confirmă de către dirigințele de șantier și se aprobă de către achizitor. Prin documentația de atribuire nu se specifică perioada în care autoritatea contractantă, prin Dirigințele de șantier, are obligația de a confirma și aproba situația de lucrări și cea de plată. După aprobarea acestora executantul emite factura pentru suma confirmată și aprobată.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante să indice termenul în care are obligația de a confirma și aproba situațiile de plată în vederea emiterii facturii, întrucât lipsa indicării unui termen clar și neechivoc poate duce la situația terminării lucrărilor fără ca aprobarea situațiilor de plată să existe.

Cu privire la răspunsul de clarificări nr. ■/27.01.2012, contestatorul consideră că autoritatea contractantă contrazice răspunsul dat prin clarificarea nr. ■, cele două răspunsuri fiind contradictorii cu privire la aplicarea penalităților.

Contestatorul solicită ca penalitățile să fie calculate în aceeași manieră atât pentru achizitor, cât și pentru executant.

Contestatorul solicită admiterea contestației, obligarea autorității contractante la efectuarea remedierilor solicitate, iar în subsidiar anularea procedurii de atribuire.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ■/02.02.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/02.02.2012, ■, în calitate de autoritate contractantă, invocă excepția tardivității introducerii contestației raportat la dispozițiile art. 256² din OUG 34/2006, arătând că obiectul contestației este documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, documentație care a fost publicată la data de ■.01.2012 în SEAP.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardiv formulată.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă specifică faptul că, după inițierea procedurii de achiziție și aprobarea documentației de atribuire, modelul de contract nu poate suferi modificări.

Autoritatea contractantă precizează că ■ va aviza contractul ce urmează a fi semnat în această procedură, după stabilirea câștigătorului, dar înainte ca acesta să fie semnat de părți. Așadar, dacă ■ a avizat modelul de contract din documentația de atribuire într-o anumită formă, nu va accepta la avizare în vederea semnării un alt model de contract.

Modelul de contract este obligatoriu pentru autoritatea contractantă, dar și pentru părțile care doresc să participe la procedură.

Prin modelul de contract atașat Fișei de date a achiziției se indică faptul că autoritatea contractantă nu va acorda avans executantului lucrării în vederea demarării lucrărilor. Faptul că autoritatea contractantă primește avans la contractul de finanțare nu are nicio relevanță pentru executantul lucrării.

Autoritatea contractantă consideră că SC ■ SA nu a înțeles mecanismul de implementare a unui proiect cu finanțare europeană. Bugetul aprobat pentru acest proiect este cel depus o dată cu cererea de finanțare. Acesta nu va suferi modificări în urma finalizării procedurilor de achiziție pe proiect.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia „Achizitorul avea obligația de a stabili prin contractul de achiziție un termen ferm de plată”, autoritatea contractantă precizează că prin modelul de contract și prin răspunsul la solicitarea de clarificări i s-a indicat faptul că termenul de plată este de „30 de zile de la încasarea tranșei de plată de la finanțator”.

În ceea ce privește susținerea conform căreia „modelul de contract de finanțare la care Achizitorul a făcut trimitere nu conține asemenea prevederi, acestea fiind clauze abuziv introduse de către autoritatea contractantă”, ■ consideră că o astfel de susținere nu poate fi primită întrucât stabilirea clauzelor contractuale în cadrul unui contract de achiziție de lucrări este prerogativa exclusivă a autorității contractante. Singura obligație legală a autorității contractante este aceea de a achita sumele dovedite și datorate aferente lucrărilor executate.

Autoritatea contractantă subliniază că în răspunsul la solicitarea nr. 10 nu a stabilit ca decontarea să se realizeze în trei tranșe, astfel cum susține contestatorul, iar stabilirea tranșelor de plată se face între părțile contractului de finanțare, respectiv ■ și ■. Practic, contestatorul dorește încheierea unui act adițional la contractul de finanțare, în care să se precizeze tranșele de plată ce urmează a fi încasate la implementarea proiectului, ceea ce este imposibil.

Referitor la solicitarea de clarificări nr. ■, autoritatea contractantă precizează că finanțatorul nu aprobă situațiile de plată în sine, ci aprobă dosarul de eliberare a tranșei de plată, care conține aceste situații.

Cu privire la răspunsul de clarificare nr. ■, autoritatea contractantă precizează că solicitarea de a stabili în mod proporțional penalitățile pentru ambele părți contractante este neîntemeiată justificat de faptul că penalitățile sunt menite să acopere prejudiciul pe care fiecare parte contractantă l-ar încerca în situația în care cealaltă parte nu și-ar respecta obligațiile sale din contract.

Autoritatea contractantă nu consideră îndreptățită solicitarea de a modifica modelul de contract.

Autoritatea contractantă consideră neîntemeiată solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, deoarece documentația de atribuire este clară, iar oferta poate fi întocmită în cele mai bune condiții.

În drept, autoritatea contractantă invocă dispozițiile OUG 34/2006 și ale H.G. nr. 925/2006.

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

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri de exploatare agricolă în ■”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ■ din data de ■.01.2012, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Având în vedere prevederile art. 278 al. 1 din OUG 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestațiilor formulate, sens în care trebuie să analizeze înainte de toate excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestațiilor.

Nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege. Prin constatarea decăderii dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Excepțiile absolute (ce privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu din oficiu în orice moment al soluționării contestației.

Referitor la contestația formulată de SC ■ SA, Consiliul reține următoarele:

Valoarea estimată a contractului fără TVA, prevăzută în invitația de participare nr. ■/■.01.2012, este de ■ RON, echivalentul a ■ euro (pentru cursul BNR din ■.01.2012, respectiv 1 euro = 4,3424 lei).

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că SC ■ SA contestă documentația de atribuire, constatând că data transmiterii contestației este 01.02.2012 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 punctul de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația transmisă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor la data de 01.02.2012, SC ■ SA a solicitat modificarea/completarea documentației de atribuire.

Valoarea estimată fiind de ■ euro, 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, coroborat cu

prevederile art. 2 din Regulamentul nr. 1251/2011 (Regulament care, potrivit art. 288 din Tratatul CEE, se aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale), 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 depuse de SC ■ SA rezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire.

Contestația fiind depusă în 01.02.2012 și calculând termenul legal în care SC ■ SA putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la ■.01.2012.

La 27.01.2012, autoritatea contractantă postează pe SEAP răspunsurile la solicitările de modificare a documentației de atribuire formulate de contestator, în care aduce lămuriri suplimentare cu privire la aspectele sesizate, fără a aduce modificări documentației de atribuire.

Ca urmare a răspunsurilor postate pe SEAP, SC ■ SA a investit Consiliul prin contestația nr. ■/01.02.2012, transmisă Consiliului în data de 01.02.2012, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre neclaritatea cerințelor contestate la data de 24.01.2012.

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 24.01.2012, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care face parte integrantă și fișa de date a achiziției 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 cele ale art. 3 lit. z din OUG 34/2006, rezultă așadar, că data de 24.01.2012 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva neclarităților cerințelor din cadrul documentației de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației, respectiv la data de 01.02.2012.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 al. 1 Cpc, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, este 24.01.2012, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la 01.02.2012, a depunerii contestației la Consiliu și la autoritatea contractantă. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării neclarităților cerințelor

documentației de atribuire postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Purtarea de către operatorii economici a corespondenței cu autoritatea contractantă (adresele de solicitare de clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns), prin care solicita precizări cu privire la conținutul documentației de atribuire 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 solicitare de clarificări întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept „*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 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.

Analizând răspunsurile la adresele formulate, rezultă că autoritatea contractantă a precizat care au fost motivele introducerii respectivelor cerințe fără a le modifica/completa.

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

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări 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 documentația de atribuire încă de la data publicării ei – 24.01.2012 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal neclaritățile cu privire la cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea/modificarea/completarea 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 documentația de atribuire, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la o clarificare.

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 documentația de atribuire.

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/completarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica/completa 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/completa documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat clarificările. Opțiunea modificării/completării 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 documentației de atribuire. 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 răspunsurile postate pe SEAP, chiar dacă acestea nu au fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Astfel, prin răspunsurile furnizate, autoritatea contractantă a specificat care a fost rațiunea introducerii respectivelor cerințe în cadrul documentației de atribuire, acestea rămânând nemodificate.

Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe la Consiliu, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/completării 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 reținut mai

sus, potrivit 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 din documentația de atribuire, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Chiar și în ipoteza în care Consiliul ar dispune anularea adreselor de răspuns și o reclarificare mai detaliată a întrebărilor formulate, este evident, pe de o parte că societatea contestatoare nu dorește o precizare/detaliere/explicare a cerințelor din documentația de atribuire, ci refacerea documentației de atribuire, ceea ce implică modificarea/completarea cerințelor criticate, iar pe de altă parte, în această etapă a procedurii, cerințele contestate din documentația de atribuire nu s-ar schimba cu nimic.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 278 al. 1 și 5 din OUG 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 SC ■ SA, în contradictoriu cu ■, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

MEMBRU COMPLET

■

■

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (noua) pagini