

D E C I Z I E
BO2012_0645
Data: ■.2012

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC sub nr. ■/29.05.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■ și CIF ■, împotriva documentației de atribuire elaborată de ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de colectare și de colaționare de date pentru Rețeaua de Informații Contabile Agricole din România”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea cerinței privind propunerea tehnică, așa cum este prezentată în cadrul documentației de atribuire, fișa de date, secțiunea IV: Procedura, IV.4.1. Modul de prezentare a propunerii tehnice.

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 ■ SRL, în contradictoriu cu ■.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

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 ■ SRL contestă documentația de atribuire elaborată de ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de colectare și de colaționare de date pentru Rețeaua de Informații Contabile Agricole din România”, solicitând obligarea

autorității contractante la modificarea cerinței privind propunerea tehnică, așa cum este prezentată în cadrul documentației de atribuire, fișa de date, secțiunea IV: Procedura, IV.4.1. Modul de prezentare a propunerii tehnice.

Contestatorul precizează că în 23.05.2012, autoritatea contractantă a publicat prin intermediul SEAP răspunsul la clarificări privind capacitatea tehnică, urmare a solicitării unui agent economic de prezentare a unei declarații pe propria răspundere că își însușește modul de completare și transmitere a chestionarelor completate.

Contestatorul susține că prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă omite prezentarea unor argumente care să susțină cerința din documentația de atribuire a procedurii, explicând rolul Direcției pentru Agricultură Județeană, deja tratat în caietul de sarcini.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 35 alin. (5) din OUG 34/2006.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ■/ 06.06.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/06.06.2012, autoritatea contractantă precizează că, întrucât operatorul economic interesat a contestat solicitările impuse prin propunerea tehnică, termenul de contestare este de 10 zile de la publicarea anunțului de participare și solicită respingerea contestației ca tardiv formulată.

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

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de colectare și de colaționare de date pentru Rețeaua de Informații Contabile Agricole din România”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în ■.04.2012, anunțul de participare nr. ■, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. 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 ■ SRL, Consiliul reține următoarele:

Valoarea estimată a contractului fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. ■/■.04.2012, este de ■ RON.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că SC ■ SRL contestă documentația de atribuire, constatând că data transmiterii contestației la Consiliu este 28.05.2012, conform ștampilei de poștă de pe plicul aflat la dosarul cauzei 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 CNSC, la 28.05.2012, SC ■ SRL a solicitat modificarea documentației de atribuire.

Valoarea estimată fiind de ■ RON, deci peste 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 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 depuse de SC ■ SRL rezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire.

Contestația fiind depusă în 28.05.2012 și calculând termenul legal în care SC ■ SRL putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la ■.04.2012.

După circa 38 zile de la luarea la cunoștință a cerințelor din documentația de atribuire, contestatorul a înaintat autorității

contractante adresa înregistrată la aceasta sub nr. ■/22.05.2012 prin care a solicitat modificarea documentației de atribuire.

La 23.05.2012 ora 10:28, autoritatea contractantă postează pe SEAP răspunsul la solicitarea de modificare a documentației de atribuire formulată de contestator, în care aduce lămuriri suplimentare cu privire la aspectele sesizate, fără a aduce modificări documentației de atribuire.

Ca urmare a răspunsului postat pe SEAP, SC ■ SRL a investit Consiliul prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmisă Consiliului prin poștă în 28.05.2012, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele contestate la 14.04.2012.

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 ■.04.2012, 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 ■.04.2012 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva documentației de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației, respectiv la data de 28.05.2012.

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 ■.04.2012, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la 28.05.2012, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerințelor documentației de atribuire postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Purtarea, de către unii operatori economici și de către contestator, a unor corespondențe cu autoritatea contractantă (adresele de solicitare de clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns), prin care solicitau 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 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.

Analizând răspunsul la adresa formulată, rezultă că autoritatea contractantă a precizat faptul că menține cerințele prevăzute în cadrul documentației de atribuire.

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 tehnice 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 – ■.04.2012 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerința în discuție, dacă dorea înlăturarea/modificarea sau completarea ei. 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 formulată de un operator economic terț.

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/completări documentației de atribuire. Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitările de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta prin răspunsurile postate pe SEAP, chiar dacă acestea nu au fost în direcția așteptată de operatorii economici solicitanți. Astfel, prin răspunsul furnizat, autoritatea contractantă a specificat în mod clar că *„Direcția pentru Agricultură Județeană este reprezentantul ■ în teritoriu și este responsabilă pentru organizarea activității ■ la nivel de județ. (...)”*.

Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea contractantă să își modifice/completeze 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 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 respectivei cerințe din documentația de atribuire, operatorul economic trebuia să o conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Chiar și în ipoteza în care Consiliul ar dispune anularea răspunsului contestat și o reclarificare mai detaliată a întrebării formulate, este evident, pe de o parte că operatorul economic nu dorește o precizare/detalieră/explicare a cerințelor din documentația de atribuire, ci modificarea documentației de atribuire, iar pe de altă parte, în această etapă a procedurii, 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 ■ SRL, 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 7 (sapte) pagini