



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745; www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., depusă de către S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul ..., str. ..., județul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrul Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., împotriva răspunsului la solicitările de clarificări nr. ...publicat în SEAP în data de ..., de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., bd. ..., județul ..., în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Lucrări de construcții în cadrul proiectului «Valorificare turistică a Ansamblului mitropolitan din ...» - cod SMIS 10904”, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante la prelungirea datei de depunere a ofertelor cu minim 30 de zile și modificarea răspunsului la cele trei cereri de clarificări contestate.

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

DECIDE:

Respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de către S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu

Dispune continuarea procedurii de atribuire 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 răspunsului la solicitările de clarificări nr. ..., ..., ... și ..., publicat în SEAP în data de ..., de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Lucrări de construcții în cadrul proiectului «Valorificare turistică a Ansamblului mitropolitan din ...» - cod SMIS 10904”, solicitând anularea procedurii de atribuire, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante la prelungirea datei de depunere a ofertelor cu minim 30 de zile și modificarea răspunsului la cele trei cereri de clarificări contestate.

Contestatorul învederează că, prin răspunsurile date la cererile de clarificări anterioare, în număr de peste 50, autoritatea nu a dat clarificări, ci a completat și modificat propria-i documentație tehnică, așa cum se întâmplă și în cazul solicitării nr.

În acest sens, ofertantul arată că a întocmit documentația completă a ofertei, astfel încât să se prezinte la licitație în data de 08.01,2013, însă pe data de ..., imediat după a doua prelungire, autoritatea contractantă a publicat și continuă să publice răspunsuri la clarificări care implică modificarea acelor documente, situație în care, interesele contestatorului sunt vătămăte prin refuzul autorității de a prelungi termenul de depunere a ofertelor, datorită aceluiași cauze pentru care s-a mai prelungit anterior cu justificarea incoerentă că: „termenul pus la dispoziția ofertanților pentru elaborarea ofertei este de 89 de zile calendaristice, cu peste 37 de zile mai mare decât numărul minim de zile impus de legislația în vigoare pentru această formă de procedură. Prin aceasta, autoritatea contractantă consideră că perioada pentru elaborarea ofertelor este suficientă și nu este de acord cu cererea ofertantului”.

Față de acest aspect, contestatorul subliniază că imediat după anunțul tip erată nr. ..., prin care se prelungește termenul de

depunere a ofertelor, din ...până în ...au apărut 12 răspunsuri la cereri de clarificări, care implică modificări ale documentației tehnice, în special ale listelor de cantități de lucrări, decalarea între ...- ...având la bază cereri de clarificări, care, între data expedierii eratei mai sus amintită și publicarea acesteia în SEAP (...), au fost în număr de 3 (trei).

Astfel, pentru 3 răspunsuri autoritatea contractantă a acordat 8 zile de prelungire, iar pentru 12 nu se acordă nicio zi, acest mod de operare conducând în opinia contestatorului la o restrângere clară a concurenței și la încălcarea art. 2 alin. (2) lit. b) și f) din O.U.G. nr. 34/2006, fapt ce impune aplicarea art. 209 din același act normativ, autoritatea trebuind să hotărască singură anularea procedurii.

Concluzionând, ofertantul face mențiunea că nu acceptă justificarea că legislația ar permite o singură prelungire a termenului de depunere a ofertelor, întrucât ofertanții nu sunt vinovați de avalanșa de modificări a documentației, iar autoritatea contractantă ori aplică art. 2 alin. (2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006, asumându-și răspunderea, ori va aplica art. 209, procedând la anulare, motiv pentru care solicită o prelungire corespunzătoare a acestui termen de depunere, inclusiv printr-un calcul de proporționalitate, în sensul că dacă pentru 3 (trei) clarificări a prelungit data depunerii ofertelor cu 8 zile, pentru 12 răspunsuri ar trebui să o prelungească cu cel puțin 24 de zile.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L. ca nefondată și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că, doar una dintre cele 12 clarificări, cu 19 zile înainte de deschiderea ofertelor, aduce modificări nesemnificative la documentația postată, în răspunsul la solicitarea de prelungire menționând că de la publicarea anunțului și până la depunerea ofertelor aceasta a însumat la momentul acela un număr de 89 de zile, adică cu peste 37 de zile față de termenul minim impus de legislație.

Totodată, autoritatea contractantă face precizarea că, în ce privește „încălcarea gravă a drepturilor ofertanților” în vederea stabilirii consumului propriu de material, resurse umane, utilaje și transport, nu a permis prezentarea de oferte alternative, în care ofertanții să-și stabilească singuri condițiile tehnice și cantitățile ofertate.

Prin adresele nr. ..., Consiliul a pus în discuția părților excepția privind tardivitatea introducerii contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă a răspuns adresei Consiliului, considerând contestația tardiv introdusă.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., contestatorul solicită respingerea excepției privind tardivitatea introducerii contestației, arătând că a depus contestație împotriva răspunsurilor la clarificări, și nu împotriva documentației de atribuire.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura „licitație deschisă” pentru atribuirea contractului de achiziție publică, având ca obiect „Lucrări de construcții în cadrul proiectului «Valorificare turistică a Ansamblului mitropolitan din ...» - cod SMIS 10904”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...din data de 19.10.2012, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 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 S.C. ...S.R.L., Consiliul reține următoarele:

Valoarea estimată a contractului de lucrări, fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. ..., este de 41.514.121,73 RON.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că S.C. ...S.R.L. contestă documentația de atribuire, constatând că data transmiterii contestației este 10.01.2013 și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...)*” și de excepția tardivității invocată din oficiu, 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 10.01.2013, S.C. ...S.R.L. a solicitat prelungirea datei de depunere a ofertelor, modificată și publicată în SEAP la data de ..., precum și clarificări legate de planul de management de riscuri (cerință din fișa de date publicată în SEAP la data de 19.10.2012), clarificări legate de norma de timp de 1,2 ore/kg din răspunsul la clarificări nr. ..., publicată în SEAP la data de 19.11.1012 și clarificări legate de pompa pilot din răspunsul la clarificări nr. 39, publicat în SEAP în data de 21.12.2012.

Valoarea estimată fiind de 41.514.121,73 RON, 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, 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.

Contestația fiind depusă la Consiliu personal în data de 10.01.2013 și calculând termenul legal în care S.C. ...S.R.L. putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Actele autorității contractante, contestate de S.C. ...S.R.L., au fost publicate pe SEAP la datele de ..., 19.10.2012, 19.11.1012 și 21.12.2012.

Din documentele transmise de contestator la dosarul cauzei rezultă că acesta a adresat autorității contractante o solicitare de clarificări, prin adresa nr. ..., în care a solicitat modificarea documentației de atribuire, respectiv „o nouă prelungire a termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 30 de zile”, ultima prelungire a termenului de depunere a ofertelor fiind publicată în SEAP în data de

Prin adresa nr. .../..., intitulată „Răspuns solicitare de clarificări nr. 61”, publicat pe SEAP la data de ... orele 21:23, autoritatea contractantă aduce lămuriri suplimentare cu privire la

aspectele sesizate, fără a aduce modificări documentației de atribuire, precizând că „(...) autoritatea contractantă consideră că perioada pentru elaborarea ofertelor este suficientă și nu este de acord cu cerința ofertantului”.

Prin adresa nr. ..., contestatorul a solicitat clarificări referitoare la „Planul managementului de riscuri”, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa antemenționată, neaducând modificări documentației de atribuire.

Prin adresa nr. ..., contestatorul a adresat o solicitare de clarificări referitoare la norma de timp de 1,2 ore/kg, ce face obiectul clarificării nr. ..., la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. .../... (Răspuns solicitare de clarificări nr. 59), prin care nu acceptă modificările solicitate.

Prin adresa nr. .../08.01.2013, contestatorul a solicitat clarificări privind pompa pilot, ce face obiectul clarificării nr. 39 din 21.12.2012, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. .../... (Răspuns solicitare de clarificări nr. 62), în care aduce clarificări suplimentare asupra aspectelor semnalate, fără a aduce modificări documentației de atribuire.

Ca urmare a răspunsurilor antemenționate, S.C. ...S.R.L. a investit Consiliul prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., depusă la registratura Consiliului în data de 10.01.2013, 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 datele de ..., 19.10.2012, 19.11.2012 și 21.12.2012.

Conform art. 256² alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația răspunsurile la solicitările de clarificări publicate în SEAP la datele antemenționate, data luării la cunoștință este data publicării lor, în speță ..., 19.10.2012, 19.11.2012 și 21.12.2012, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație, din care fac parte integrantă și răspunsurile la solicitările de clarificări, la data publicării lor, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 și cele ale art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, rezultă așadar, că datele de ..., 19.10.2012, 19.11.2012 și 21.12.2012 reprezintă datele la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva răspunsurilor la solicitările de clarificări, termene care sunt depășite la data depunerii contestației, respectiv la data de 10.01.2013.

Prin urmare, datele de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, respectiv din răspunsurile la solicitările de clarificări, sunt ..., 19.10.2012, 19.11.2012 și 21.12.2012, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acestea erau depășite la data de 10.01.2013, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării răspunsurilor la solicitările de clarificări postate în SEAP de autoritatea contractantă.

Purtarea de către un operator economic a unei corespondențe 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 (cerințele 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 răspunsurile la adresa formulată, rezultă că autoritatea contractantă menține cerințele prevăzute în cadrul documentației de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 din O.U.G. nr. 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 solicitările de clarificări încă de la data publicării lor, respectiv ..., 19.10.2012, 19.11.2012 și 21.12.2012 și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea/modificarea sau 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 solicitare de clarificare.

De asemenea, în speță, modalitatea de calcul a termenului de depunere a contestației este reglementat de art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 în sensul că *„Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”*. Față de aceste aspecte coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006 care stipulează că *„În măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”*, rezultă fără putință de tăgadă faptul că nu sunt incidente prevederile art. 101 din Codul de Procedură Civilă.

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 documentația de atribuire și solicitările de clarificări în discuție.

De asemenea, prin necontestarea în termenul legal a cerințelor în cauză, acestea și-au consolidat forța obligatorie. 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 [...]”.

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 contestatorului. 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 solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta prin răspunsurile transmise contestatorului, chiar dacă acestea nu au fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Astfel, prin răspunsurile furnizate, autoritatea contractantă a specificat în mod clar că menține în continuare cerințele criticate.

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

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 contestate 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 contestate, ci modificarea acestora, 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 alin. (1) și (5) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, 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 COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...