



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 nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., depusă de către S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., Șos. ..., nr. ..., bloc ..., sc. ..., ap. ..., județul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrul Comerțului ... și CIF ..., împotriva răspunsului la solicitările de clarificări publicat în SEAP în data de 11.01.2013, de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., Str. ..., nr. ..., în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Dezvoltare și implementare sistem ... ATM 2015+”, s-a solicitat în principal „anularea adresei de răspuns publicată în SEAP în data de 11.01.2013 la anunțul nr. ..., reformularea răspunsurilor la întrebările de clarificări, astfel încât acestea să fie clare, complete și fără ambiguități și aducerea acestora la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați”, iar în subsidiar, în cazul imposibilității adoptării măsurilor corective antemenționate, „anularea procedurii 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 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:

Prin contestația formulată, S.C. ...S.R.L. contestă răspunsul la solicitările de clarificări publicat în SEAP în data de 11.01.2013, de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Dezvoltare și implementare sistem ... ATM 2015+”, solicitând în principal „anularea adresei de răspuns publicată în SEAP în data de 11.01.2013 la anunțul nr. ..., reformularea răspunsurilor la întrebările de clarificări, astfel încât acestea să fie clare, complete și fără ambiguități și aducerea acestora la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați”, iar în subsidiar, în cazul imposibilității adoptării măsurilor corective antemenționate, „anularea procedurii de atribuire”.

Contestatorul critică modul în care autoritatea a înțeles să se conformeze la prevederile art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul precizează că la solicitările de clarificări adresate autorității contractante, aceasta a înțeles să formuleze numai răspunsuri neclare, incomplete și ambigue, de natură a menține caracterul evaziv al unor secțiuni ale documentației de atribuire, nesocotind dispozițiile art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006.

Spre exemplu, prin întrebările nr. 3-10, exclusiv întrebarea nr. 7, pornind de la precizările din documentație, se solicită clarificarea sau definirea unor termeni pentru a fi facilitată o înțelegere corectă a acestora, mai ales că limba de comunicare în cadrul procedurii este limba engleză.

Răspunsul autorității contractante la acest prim set de întrebări este unic și formulat la modul general prin trimitere la o secțiune a documentației, fără a fi indicat paragraful lămuritor aferent întrebării respective, utilizând fraza standard: „Please see

the corresponding detailed technical requirements in the Tender Book, Annex 2 (FTS) and list of reference documents (Table 2-1 Applicable standards and Documents)".

Numai la întrebarea 8, răspunsul beneficiază, pe lângă textul standard, de o precizare în plus, dar și aceasta este la fel de generală: „... also in particular FTS chapter 7 - Technical Monitoring and Control -TMC.”

Prin faptul că autoritatea contractantă a răspuns invariabil cu același text la aceste întrebări, afectează dreptul de a primi răspunsuri clare, complete și fără ambiguități și care sunt absolut necesare în elaborarea unei oferte competitive.

Contestatorul solicită reformularea răspunsurilor astfel încât acestea să întrunească atributele cerute de legiuitor în art. 78 alin. (3) din ordonanță privitor la răspunsurile la solicitările de clarificare, respectiv acestea trebuie să fie clare, complete și fără ambiguități.

Prin întrebările 13 - 17 se solicită clarificarea modului sau a metodologiei de stabilire a cerințelor (elementelor) suplimentare prezentate de ofertant în oferta sa, precum și modul de determinare a numărului corect al acestora și care va fi luat în considerare în evaluare. Răspunsul autorității contractante este echivoc pentru întrebările 13 și 14 - și anume că acestea vor fi evaluate individual utilizându-se metodologia pentru cerințele obligatorii, iar în cazul în care acestea nu sunt clare, se vor solicita clarificări și/sau descrieri detaliate sau o demonstrație practică.

La întrebările 15-16 prin care se solicită metodologia de stabilire a numărului corect de elemente/cerințe suplimentare, autoritatea contractantă răspunde făcând trimitere la răspunsurile 13 și 14, recunoscând astfel că nu deține o asemenea metodologie prin care să se asigure de numărul corect al elementelor/cerințelor suplimentare prezentate de fiecare ofertant.

Lipsa unei asemenea metodologii este de natură să afecteze principiul tratamentului egal și să distorsioneze concurența în procedura de atribuire a contractului în speță.

Contestatorul solicită reformularea răspunsurilor la întrebările 13-17 în sensul prezentării și explicării metodologiei de evaluare/stabilire a cerințelor suplimentare, precum și a numărului acestora, într-o manieră obiectivă, astfel încât toți cei interesați să participe în procedura de atribuire să beneficieze de tratament egal.

Prin întrebările 21-23 se dorește clarificarea modului în care autoritatea contractantă va stabili dacă va solicita numai clarificări la ofertă și/sau o demonstrație practică. Răspunsurile la aceste

Întrebări sunt evazive, autoritatea contractantă recunoscând, în fapt, că nu are o metodologie clară cu privire la aspectele semnalate, menținând cu bună știință starea de incertitudine privitoare la metodologia de stabilire a modului de confirmare a celor prezentate în propunerea tehnică, creându-se astfel premisele discriminării unor ofertanți în fața altora.

Contestatorul solicită reformularea răspunsurilor la întrebările 21-23 în sensul prezentării și explicării metodologiei de stabilire a situațiilor în care pentru clarificare este necesară o demonstrație practică, astfel încât toți cei interesați să participe în procedura de atribuire să beneficieze de tratament egal.

Prin întrebarea 24 s-a solicitat clarificarea sintagmei „quality of responses” prevăzută la pct. 1.5 b din SoW (Statement of Work) și dacă există o metodologie prin care este măsurată în mod obiectiv calitatea răspunsurilor.

La această întrebare punctuală, autoritatea contractantă înțelege să răspundă prin invocarea întregului paragraf din secțiunea 1.5 din (SoW) - numită „Principles for evaluation of the tender proposal”. Încercând să justifice răspunsul, autoritatea contractantă adaugă precizări care completează caietul de sarcini cu cerințe suplimentare, deoarece ele nu se regăsesc în documentație.

Dacă autoritatea contractantă ar fi dorit să clarifice anumite aspecte din caietul de sarcini, ar fi putut publica o clarificare în acest sens.

Contestatorul solicită reformularea răspunsului dat la întrebarea 24 în sensul de a clarifica aspectele precizate, fără a fi adăugate și alte informații care nu au legătură cu aspectele sesizate.

Prin întrebările 25-31 se solicită clarificarea modului de apreciere a prezentărilor din cadrul demonstrației practice, respectiv dacă autoritatea are în vedere o metodologie obiectivă de a aprecia prezentările și prin care să se evite adoptarea unor decizii subiective.

Autoritatea contractantă face trimitere la răspunsul dat întrebării 24, recunoscând că este în incapacitate de a răspunde la întrebările formulate, fiind evident că trimiterea la răspunsul anterior care nu acoperă problematica ridicată în întrebările 25-30, acestea referindu-se la elemente diferite față de cele din întrebarea 24.

Contestatorul solicită reformularea răspunsurilor la întrebările 25-31 în sensul prezentării și explicării metodologiei de apreciere punctuală a prezentărilor din cadrul demonstrației practice.

Prin întrebarea 32 se solicită explicații referitoare la relevanța demonstrației practice față de factorii de evaluare care, în cazul de față, nu au nicio legătură cu elementele solicitate a fi prezentate în cadrul demonstrației practice.

Autoritatea contractantă face din nou trimitere la răspunsul întrebării 24.

Contestatorul solicită remedierea acestei situații prin publicarea unui răspuns clar, complet și fără ambiguități la întrebarea 32.

Prin întrebările 33-34 se solicitau confirmări legate de componentele hardware și software COTS care vor fi oferite. Răspunsul autorității contractante la aceste întrebări este surprinzător, prin faptul că adaugă la caietul de sarcini o cerință complet nouă, respectiv precizarea că nivelul SWAL 3 este solicitat pentru toate componentele software utilizate în cadrul soluției oferite, fie hardware embedded sau software de infrastructura third-party. În situația în care soluția oferită va conține componentele hardware și software COTS, demonstrarea nivelului SWAL 3 pentru acestea este practic imposibilă (de exemplu pentru un firmware de servere COTS sau pentru o bază de date relațională COTS), conturându-se astfel concluzia că autoritatea contractantă dorește numai soluții care nu includ astfel de componente și că ofertanții care se bazează pe componente COTS ce sunt altminteri recunoscute ca perfect viabile și utilizate pe larg în domeniu sunt împiedicați să participe la această procedură. Contestatorul solicită reformularea răspunsurilor la întrebările 33-34 în sensul eliminării cerințelor suplimentare introduse prin răspunsul publicat în data de 11.01.2013 astfel încât toți cei interesați să participe în procedura de atribuire să beneficieze de tratament egal.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca inadmisibilă, tardivă și nefondată.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă” pentru atribuirea contractului de

achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Dezvoltare și implementare sistem ... ATM 2015+”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...din data de 08.12.2012, 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 dispăre 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 furnizare, fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. ...din data de 08.12.2012, este de 33.500.000 EUR.

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 la Consiliu este 21.01.2013 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 introducerii contestației invocată de 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 21.01.2013, S.C. ...S.R.L. a solicitat modificarea unor cerințe cuprinse în documentația de atribuire.

Valoarea estimată fiind de 33.500.000 EUR, 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.

Din conținutul contestației depuse de S.C. ...S.R.L. rezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire.

Contestația fiind depusă la Consiliu personal în data de 21.01.2013 și calculând termenul legal în care S.C. ...S.R.L. putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de 08.12.2012.

Din documentele existente la dosarul cauzei rezultă că autoritatea contractantă a primit mai multe solicitări de clarificări, în care s-a solicitat modificarea documentației de atribuire.

Prin adresa nr. ..., publicată în SEAP la data de 11.01.2013 orele 13:16, autoritatea contractantă aduce lămuriri suplimentare cu privire la aspectele sesizate, fără a aduce modificări documentației de atribuire.

Ca urmare a răspunsurilor antemenționate, S.C. ...S.R.L. a investit Consiliul prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., depusă la registratura Consiliului în data de 21.01.2013, 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 data de 08.12.2012.

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 08.12.2012, 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 O.U.G. nr. 34/2006 și cele ale art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, rezultă așadar, că data de 08.12.2012 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 21.01.2013.

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 08.12.2012, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 21.01.2013, 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 un operator economic a unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care solicita precizări cu privire la conținutul documentației de atribuire nu are 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 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 documentația de atribuire încă de la data publicării ei – 08.12.2012 - 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.

De asemenea, prin necontestarea în termenul legal a documentației de atribuire, aceasta și-a 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 caracteristicile tehnice specificate în caietul de sarcini.

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.

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

...