



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4021 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. ... 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 ... cu sediul procesual ales la ..., cu sediul în ... Str. ..., județul ... împotriva procedurii organizată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... nr. ..., ... reprezentată convențional de ..., cu sediul profesional în ... Șos. ... - ..., nr. ..., ..., în cadrul procedurii de „negociere”, pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de foraj marin (offshore) în ...”, s-a solicitat:

- anularea procedurii de atribuire în cauză, având în vedere prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) și alin. (4) lit. b) și lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006;
- anularea notificării înregistrată sub nr. .../ 13.02.2013, comunicată în data de 15.02.2013, prin care oferta contestatorului a fost declarată inacceptabilă și neconformă, inclusiv a tuturor actelor subsecvente;
- anularea rezultatului procedurii, a comunicării acestuia și a tuturor actelor subsecvente - pentru situația în care procedura de negociere s-a finalizat prin desemnarea unui câștigător;
- inițierea unei noi proceduri de atribuire, ca efect al anulării prezentei proceduri.

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 ... 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:

Prin contestația formulată, ... contestă procedura organizată de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „negociere”, pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de foraj marin (offshore) în ...”, s-a solicitat:

- anularea procedurii de atribuire în cauză, având în vedere prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) și alin. (4) lit. b) și lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006;
- anularea notificării înregistrată sub nr. .../ 13.02.2013, comunicată în data de 15.02.2013, prin care oferta contestatorului a fost declarată inacceptabilă și neconformă, inclusiv a tuturor actelor subsecvente;
- anularea rezultatului procedurii, a comunicării acestuia și a tuturor actelor subsecvente - pentru situația în care procedura de negociere s-a finalizat prin desemnarea unui câștigător;
- inițierea unei noi proceduri de atribuire, ca efect al anulării prezentei proceduri.

Contestatorul precizează că a depus ofertă la procedura de atribuire în cauză, iar autoritatea contractantă a emis o primă solicitare de clarificări, înregistrată sub nr. .../01.02.2013, prin care i s-a solicitat clarificarea următoarelor aspecte:

„1. Vă rugăm să prezentați referințele pentru a demonstra îndeplinirea cerințelor minime referitoare la capacitățile tehnice și profesionale, după cum se specifică în cadrul documentelor de precalificare.

2. Vă rugăm să furnizați fișa detaliată - *Experiențe similare pentru toate proiectele prezentate cu toate informațiile solicitate, inclusiv descrierea similitudinii, conform documentelor de precalificare.*

3. Vă rugăm să explicați care este rolul, dacă există, a celor de la ... în legătură cu oferta dvs.

4. Vă rugăm să explicați care este rolul, dacă există, a scrisorii de intenție emisă de ... în legătură cu oferta dvs.

5. În cazul în care intenția candidatului, GSP (astfel denumit în scrisoarea de ofertă) este de a demonstra capacitățile tehnice și profesionale bazându-se pe resursele de la alte entități/persoane, atunci candidatului îi este necesar conform punctului 2.6 să dovedească un astfel de sprijin prin remiterea unui formular notarial care confirmă că garantul (terț) va oferi resursele tehnice și profesionale necesare pentru a finaliza proiectul. Subcontractarea trebuie să fie instrumentul juridic pentru a asigura dreptul autorității contractante să solicite în mod legitim îndeplinirea anumitor obligații de susținere persoanei/entității, pentru cazul în care candidatul va deveni contractor.

Persoana/entitatea (terț) sustinatoare trebuie să demonstreze că are resurse tehnice și profesionale pentru a sprijini candidatul. Dacă este cazul, vă rugăm să furnizați documente justificative corespunzătoare, conform instrucțiunilor din documentele de precalificare și în baza prevederilor art. 190 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările ulterioare, precum și art. 11 din O.G. nr. 925/2006, cu modificările ulterioare.

Prin urmare, dacă GSP demonstrează capacitățile sale tehnice și profesionale bazându-se pe resursele unei alte persoane candidatul trebuie să prezinte:

- a) Declarație de sprijin din partea terțului în legătură cu capacitățile sale tehnice și profesionale (astfel cum sunt prezentate în Secțiunea D - *Formulare de ofertă pentru documentele de precalificare*);
- b) Declarație privind principalele lucrări derulate în ultimii 3 ani;
- c) Formular Detaliat - *Experiența Similară*;
- d) Certificate/Documente emise sau contrasemnate în numele beneficiarului/clientului;
- e) Persoana/entitatea care asigură sprijinul va trebui să demonstreze situația sa personală și să prezinte o declarație referitoare la conflictul de interese.

De exemplu - în cazul în care candidatul demonstrează capacitățile sale tehnice și profesionale bazându-se pe resursele de ... acesta

trebuie să demonstreze că entitatea ... are propriile sale resurse tehnice și profesionale pentru a sprijini candidatul și că resursele nu sunt furnizate de altă entitate (de exemplu de compania mamă ...). Dacă resursele sunt furnizate de către compania mamă, atunci terțul care va fi subcontractat ar trebui să fie ...”.

Având în vedere complexitatea aspectelor ce necesitau clarificări, contestatorul a solicitat prin două adrese consecutive - transmise în data de 7 și respectiv 8 februarie - prelungirea termenului acordat (08.02.2013) până în data de 15.02.2013, solicitare care a fost respinsă, sens în care s-a emis notificarea înregistrată sub nr. .../13.02.2013 - comunicată în data de 15.02.2013 - prin care oferta contestatorului a fost declarată inacceptabilă și neconformă, invocându-se incidența prevederilor art. 36, 79 și 81 din H.G. nr. 925/2006.

În sprijinul solicitării de anulare a procedurii, contestatorul invocă prevederile art. 209. alin. (1) lit. c) și alin. (4) lit. b) și d) și art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul consideră că procedura de negociere directă litigioasă nu a asigurat o concurență reală între operatorii economici implicați, încălcând principiile nediscriminării, tratamentului egal și transparenței ce trebuie să guverneze orice procedură de achiziție publică.

Contestatorul consideră că au fost încălcate dispozițiile art. 116 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006, care prevede că numărul minim al candidaților, indicat în anunțul de participare prevăzut la alin. (3) trebuie să fie suficient pentru a asigura o concurență reală și, în orice situație, nu poate fi mai mic de 3.

Contestatorul subliniază că în cadrul procedurii au depus oferte un număr de 2 (doi) operatori economici, iar opțiunea corectă și legală a autorității contractante era aceea de a anula procedura.

Contestatorul arată că în anunțul de participare nr. ... nu se regăsește niciuna dintre mențiunile cu privire la numărul minim și eventual maxim al candidaților pe care intenționează să îi preselecteze autoritatea contractantă.

Contestatorul consideră că aplicarea procedurii de negociere în acest caz este posibilă numai după aplicarea și anularea procedurii inițiale de licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv sau cerere de oferte și numai dacă cerințele inițiale prevăzute în documentația de atribuire nu sunt modificate substanțial.

Contestatorul argumentează faptul că autoritatea contractantă ar fi fost îndreptățită să aplice procedura de negociere cu publicarea unui anunț de participare numai după aplicarea procedurii de

licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv sau cerere de oferte, dacă nu a fost depusă nicio ofertă sau au fost depuse numai oferte inacceptabile ori neconforme, adică în condițiile art. 110 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin adresa nr. .../28.02.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../28.02.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestație, în care, printre altele, invocă excepția tardivității formulării contestației.

...Analizând susținerile și documentele depuse la dosar, Consiliul constată următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „negociere”, pentru atribuirea acordului-cadru de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de foraj marin (offshore) în ...”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în data de 23.11.2012 anunțul de participare nr. ... criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Valoarea estimată a contractului, fără T.V.A., prevăzută în anunțul de participare, este între 250.000.000 USD și 750.000.000 USD.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției tardivității introducerii contestației invocată de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat.

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 contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze înainte de toate excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

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 (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.

În conformitate cu prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu completările și modificările ulterioare „*persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii*

dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)".

Din conținutul contestației rezultă că actul contestat al autorității contractante este solicitarea de clarificări emisă de autoritatea contractantă și modalitatea de derulare a procedurii de negociere cu publicarea unui anunț de participare aleasă de autoritatea contractantă, astfel în prima parte a contestației, ... contestă faptul că autoritatea contractantă a solicitat clarificări prin adresa nr. .../01.02.2013, acordând un termen scurt în raport cu complexitatea aspectelor ce urmau a fi clarificate, iar în partea a doua a contestației, criticile se referă la prevederi din anunțul de participare și documentația de atribuire, respectiv la faptul că autoritatea contractantă nu trebuia să aplice procedura de negociere, precum și la faptul că nu a fost asigurat numărul minim de candidați prevăzuți de legislația în domeniul achizițiilor publice.

Cu privire la criticile referitoare la termenul scurt acordat de autoritatea contractantă urmare a solicitării de clarificări înregistrată sub nr. .../01.02.2013, Consiliul constată următoarele:

După depunerea ofertelor, autoritatea contractantă a emis solicitarea de clarificări înregistrată sub nr. .../01.02.2013, prin care i-a solicitat contestatorului clarificarea unor aspecte din cadrul ofertei, termenul de răspuns fiind 08.02.2013.

În datele de 07.02.2013 și 08.02.2013, deci după 6 zile de la comunicarea adresei de solicitare de clarificări, contestatorul i-a transmis autorității contractante două solicitări de prelungire („Request for Extension”) a termenului de răspuns la clarificări, până în data de 15.02.2013.

Contestația a fost depusă la Consiliu prin fax în data de ... și calculând termenul legal în care ... putea formula contestație, Consiliul reține că aceasta a luat la cunoștință actul atacat – în speță adresa nr. .../01.02.2013, în data de 01.02.2013.

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 ofertantul contestator a luat cunoștință despre adresa în cauză în data de 01.02.2013, acest aspect rezultând și din conținutul contestației, astfel că, data de 01.02.2013 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva

solicitării de clarificări înregistrată sub nr. .../01.02.2013, termen care este depășit la data depunerii contestației, respectiv la data de

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a prevederilor solicitării înregistrată sub nr. .../01.02.2013 este 01.02.2012, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de ... a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării faptului că autoritatea contractantă nu a acordat un termen corespunzător în raport de complexitatea solicitărilor sale.

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, deoarece acesta a luat act de termenul în care trebuia să răspundă la solicitarea de clarificări la data de 01.02.2013, când a intrat în posesia solicitării de clarificări transmisă de autoritatea contractantă, astfel cum a fost mai sus reținut.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (adresele din datele de 07.02.2013 și 08.02.2013), prin care contestatorul a solicitat decalarea termenului de răspuns până în data de 15.02.2013, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva adresei de clarificări sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării termenului scurt acordat de către autoritatea contractantă pentru a răspunde la solicitarea de clarificări antemenționată.

În soluționare, Consiliul reține faptul că și dacă contestația ar fi fost îndreptată atât în fapt cât și în drept doar împotriva notificării formulate în data de 15.02.2013, nefiind astfel incidentă excepția tardivității, adresa de solicitare de clarificări în care a fost stabilit termenul de răspuns este valabilă și își produce efectele prin necontestarea acesteia în termenul legal.

Cu privire la criticile care se referă la prevederi din anunțul de participare și documentația de atribuire, respectiv la faptul că autoritatea contractantă nu trebuia să aplice procedura de negociere, precum și la faptul că nu a fost asigurat numărul minim de candidați prevăzuți de legislația în domeniul achizițiilor publice, Consiliu reține prevederile art. 256² alin. (2) care dispune că „în

cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”, în speță data de 23.11.2012, iar prin transmiterea contestației către Consiliu la data de ... contestatorul nu a respectat termenul de 10 zile prevăzut de legiuitor sub sancțiunea respingerii contestației ca fiind tardiv introdusă.

Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației referitoare la documentația de atribuire, care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ în domeniu, în vigoare, nicio excepție de la modalitatea de calcul a acestui termen, iar unde legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă potrivit principiului de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Consiliul consideră că acest termen, fiind un termen legal, potrivit prevederilor art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii potrivit principiului de drept *„nemo censetur ignorare legem”*.

În acest sens Consiliul reține că, potrivit acestui temei legal, persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile ordonanței de urgență, despre actul considerat nelegal, în speță documentația de atribuire, publicată în SEAP la data de 23.11.2012.

Potrivit aceluiași articol, Consiliul reține că legiuitorul a stabilit că termenul de contestare este dat de către valoarea contractului care urmează a fi atribuit, valoare estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a. Astfel, dacă valoarea contractului este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) coroborat cu prevederile art. 2 din Regulamentul CE 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), atunci, termenul de contestare este de 5 zile, iar dacă este egală sau mai mare, persoana vătămată poate introduce contestație în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință a actului care îi lezează interesele.

Având în vedere că dispozițiile art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 sunt dispoziții imperative de drept, Consiliul reține că societatea contestatoare nu poate să deroge de la prevederile legale, în sensul extinderii termenului de depunere a contestației după bunul său plac.

Prin urmare, termenul de 10 zile de contestare a documentației de atribuire publicată în SEAP la data de 23.11.2012, se împlinește în data de 03.12.2012, astfel că transmiterea contestației către C.N.S.C. la data de ... este în afara termenului legal, având în vedere dispozițiile art. 256² alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 3 lit. z) din același act normativ.

Aceleași aspecte sunt valabile și pentru critica cu privire la faptul că autoritatea contractantă „nu a asigurat un climat concurențial real” motivat de faptul că pe de o parte societatea contestatoare a cunoscut încă de la momentul depunerii candidaturilor că doar doi operatori economici au depus oferte respectiv ... și ..., iar pe de altă parte dreptul legal (și nu obligația) acordat de legiuitor la art. 117 din O.U.G. nr. 34/2006 de a alege fie anularea procedurii de atribuire fie continuarea acesteia în situația în care numărul candidaților preselecțai este mai mic decât numărul minim indicat în anunț.

În conformitate cu dispozițiile imperative ale art. 271 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, modificată și completată, *„sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256².”*

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, în temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din același act normativ, Consiliul va respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de ... în contradictoriu cu și va dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

MEMBRU COMPLET

...

...

.....Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 10 (zece) pagini.