



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084
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 consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în județul ... având CIF RO ... împotriva adresei nr. 20634/... emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în în...cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea acordului-cadru de servicii având ca obiect „Servicii de pază, protecție și intervenție la obiectivele, bunurile și valorile Sucursalei Hidrocentrale Hațeg”, s-a solicitat „suspendarea licitației până la data la care autoritatea contractantă consideră că poate emite: eratele necesare, răspunsurile la clarificările solicitate de către compania noastră și publicarea acestora pe SEAP pentru informarea tuturor ofertanților”.

Prin contestația nr. 123/05.03.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 7226/... depusă de către ..., cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., prin ..., cu sediul în, împotriva adreselor nr. 24097/25.02.2013 și 25356/26.02.2013, emise de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat admiterea contestației și obligarea autorității contractante la revenirea asupra răspunsurilor formulate și revizuirea acestora în conformitate cu dispozițiile legale.

În temeiul art. 273 alin. (1) 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, cu modificările și completările ulterioare, cele două contestații au fost conexe.

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

DECIDE:

Admite excepția introducerii contestațiilor, formulată de autoritatea contractantă.

Respinge ca tardiv introduse contestațiile formulate de ... și ... în contradictoriu cu ...

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 adresa nr. 20634/... emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, în...cadru procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea acordului-cadru de servicii având ca obiect „Servicii de pază, protecție și intervenție la obiectivele, bunurile și valorile Sucursalei Hidrocentrale Hațeg”, solicitând „suspendarea licitației până la data la care autoritatea contractantă consideră că poate emite: eratele necesare, răspunsurile la clarificările solicitate de către compania noastră și publicarea acestora pe SEAP pentru informarea tuturor ofertanților”.

Contestatorul precizează că în urma studierii documentației de atribuire a formulat solicitări de clarificare prin adresa nr. 1788/13.02.2013, iar în data de ... a primit adresa nr. 20634/..., prin care i s-a adus la cunoștință următoarele: „(...) pentru a răspunde la solicitările din adresa dvs., autoritatea contractantă este nevoită să publice o erată la anunțul de participare”.

Contestatorul arată că până la data formulării contestației, pe SEAP nu au fost făcute publice solicitările sale de clarificare și nici răspunsul autorității contractante.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 5410/... autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... în care invocă tardivitatea acesteia, având în vedere

că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 11.12.2012.

Prin contestația formulată, ... contestă adresele nr. 24097/25.02.2013 și 25356/26.02.2013, emise de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând admiterea contestației și obligarea autorității contractante la revenirea asupra răspunsurilor formulate și revizuirea acestora în conformitate cu dispozițiile legale.

Contestatorul precizează că a solicitat „(...) care sunt distanțele ce trebuie parcurse de agenții de securitate și echipajele de intervenție «întregul teritoriu al zonei de responsabilitate» pentru fiecare obiectiv”, iar răspunsul autorității contractante a fost următorul: „Autoritatea contractantă roagă potențialii ofertanți să viziteze obiectivele de pază aferente Sucursalei Hidrocentrale Hațeg pentru a vedea concret obiectivele desemnate în Documentația de atribuire”.

Contestatorul consideră că răspunsul autorității contractante nu este clar și fără echivoc.

Prin același înscris, la punctul 7 s-a solicitat să se precizeze care este dispozitivul de pază de la obiectivul 1, sediul SH Hațeg, ținând cont de precizarea conform căreia „accesul persoanelor în sediu se face printr-un acces principal și două accese secundare”, iar autoritatea contractantă a arătat că „Accesul persoanelor în sediu se face printr-un acces principal și două accese secundare, cele secundare fiind destinate evacuării personalului în caz de urgență. Pentru clarificarea solicitării autoritatea contractantă roagă potențialii ofertanți să viziteze obiectivul 1 – sediul SH Hațeg”.

Contestatorul a solicitat autorității contractante clarificări cu privire la creșterea salariului la 800 lei/lunar, sau să menționeze în mod concret actualizarea tarifului de la 01.07.2013, iar răspunsul autorității contractante a făcut referire numai la faptul că „ajustarea prețului contractelor subsecvente se face în momentul semnării actului adițional scris”.

Prin adresa nr. 33416/..., înregistrată la Consiliu sub nr. 8271/..., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ..., în care invocă tardivitatea introducerii contestației.

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 servicii având ca obiect „Servicii de pază, protecție și intervenție la

obiectivele, bunurile și valorile Sucursalei Hidrocentrale Hațeg”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 11.12.2012, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

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 contestațiile formulate de ... și ..., Consiliul reține următoarele:

Valoarea estimată a acordului-cadru de servicii, fără TVA, prevăzută în anunțul de participare, este de 4.977.320,4 RON.

Având în vedere faptul că din conținutul contestațiilor rezultă „*ipso facto*” că ... și ... contestă documentația de atribuire, constatând că datele transmiterii contestațiilor sunt ... și 06.03.2013 și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căroră „*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 contestațiile din punctul de vedere al termenului la care au fost depuse, astfel:

Prin contestațiile transmise la Consiliu, prin fax, la datele de ... și 06.03.2013, ... și ... au solicitat modificarea unor cerințe cuprinse în documentația de atribuire.

Valoarea estimată fiind de 4.977.320,4 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.

Din conținutul contestațiilor rezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire.

Contestațiile fiind depuse la Consiliu prin fax în datele de ... și 06.03.2013 și calculând termenul legal în care cei doi contestatori puteau formula contestațiile, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de 11.12.2012.

Din documentele transmise la dosarul cauzei rezultă că societățile contestatoare au adresat autorității contractante solicitări de clarificări, în care au solicitat lămuriri cu privire la documentația de atribuire.

Prin adresele nr. 20634/..., 24097/25.02.2013 și 25356/26.02.2013, autoritatea contractantă aduce lămuriri suplimentare cu privire la aspectele sesizate, fără a aduce modificări documentației de atribuire.

Ca urmare a răspunsurilor antemenționate, ... și ... au investit Consiliul cu contestațiile în cauză, transmise Consiliului prin fax în datele de ... și 06.03.2013, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societățile contestatoare au luat cunoștință despre cerințele contestate la data de 11.12.2012.

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 11.12.2012, 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 11.12.2012 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestațiilor împotriva documentației de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestațiilor.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, este 11.12.2012, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la datele de ... și

06.03.2013, a depunerii contestațiilor 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 (adresele de solicitare de clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns), prin care s-au solicitat 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 contestatorilor de a formula contestații, 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 contestatori 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 adresele formulate, 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.

Operatorii economici contestatori cunoșteau aspectele reclamate din documentația de atribuire (cum ar fi, spre exemplu, faptul că în cadrul caietului de sarcini nu sunt prevăzute distanțele ce trebuie parcurse, că nu este stabilită modalitatea de ajustare a prețului raportat atât la indicele de inflație cât și la dispozițiile H.G. nr. 23/2013, faptul că nu sunt prevăzute în mod exact tipurile de servicii ce fac obiectul acordului cadru etc.) încă de la data publicării ei – 11.12.2012 - și trebuiau să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă doreau 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, operatorii economici 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 contestațiilor este reglementată 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. 181 din Codul de Procedură Civilă.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 248 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 contestatorilor. Opțiunea modificării/completării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității contractante, 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 contestatorilor, chiar dacă acestea nu au fost în direcția așteptată de operatorii economicisolicitanți. Astfel, prin răspunsurile furnizate, autoritatea contractantă a specificat în mod clar că menține în continuare cerințele inițiale.

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 contractante 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 contractante, 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 societățile contestatoare nu doresc o precizare/detalieră/explicare a cerințelor din documentația de atribuire, ci modificarea/completarea 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 introduse, contestațiile formulate de ... și ..., 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

...

...