



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, ... 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. ... formulată de către ... cu sediul în municipiul având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și CUI ... împotriva răspunsului nr. 1 din adresa de clarificări nr. 121 publicată pe SEAP în data de 23.04.2013, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... str. în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Achiziția de echipamente IT pentru sistemul de videoconferință ce va deservi personalul din ANOFM și unitățile subordonate în cadrul proiectului «Formarea profesională a personalului SPO din România»”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea din documentația de atribuire a cerințelor care încalcă prevederile legale în vigoare sau, dacă acest lucru nu mai este posibil, anularea procedurii de atribuire.

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

Respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

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 răspunsul nr. 1 din adresa de clarificări nr. ... publicată pe SEAP în data de 23.04.2013, elaborată 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 „Achiziția de echipamente IT pentru sistemul de videoconferință ce va deservi personalul din ANOFM și unitățile subordonate în cadrul proiectului «Formarea profesională a personalului SPO din România»”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea din documentația de atribuire a cerințelor care încalcă prevederile legale în vigoare sau, dacă acest lucru nu mai este posibil, anularea procedurii de atribuire.

Contestatorul susține că, prin răspunsurile din adresa contestată, ... încalcă prevederile art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea efectuând o completare a criteriilor de calificare, ca răspuns la o solicitare de clarificări adresată de un potențial ofertant, prin aceasta agravând cerințele de calificare inițiale.

Ofertantul contestator este de părere că prin modificările aduse, se creează premisele controlului canalului de distribuție de un terț (producătorul) care are interes economic opus principiului utilizării optime a fondurilor publice și duce la restrângerea concurenței prin lăsarea la latitudinea producătorului a deciziei asupra cui va furniza produsele solicitate de autoritatea contractantă.

În acest context, petentul opinează că autoritatea contractantă încearcă să creeze aparența legalității solicitărilor în dezbatere, utilizând sintagma „în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 509/2011 al A.N.R.M.A.P.”, deși, în urma analizei aprofundate a documentației de atribuire rezultă evidentă încălcarea prevederilor legale.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. .../10.05.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../10.05.2013, autoritatea contractantă învederează că, prin clarificările publicate în SEAP cu nr. .../23.04.2013, nu a modificat sau completat cerințele de calificare și selecție prevăzute la punctul III.2.3 din Fișa de date a achiziției, așa cum neîntemeiat susține contestatorul.

În acest sens, autoritatea contractantă susține că prin răspunsul la clarificări, a adus doar lămuriri cu privire la documentele pe care le-a solicitat în susținerea cerinței privind personalul tehnic de specialitate, fără a aduce vreo modificare cerinței în sine, care a rămas la forma inițială.

Prin adresele nr. .../...-..., respectiv nr. .../...-... din 14.05.2013, Consiliul a pus în discuția părților excepția privind tardivitatea introducerii contestației.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. .../14.05.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../15.05.2013, a răspuns solicitării Consiliului.

Prin adresa nr. .../15.05.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../15.05.2013, ... s-a conformat solicitării C.N.S.C. și a formulat un răspuns în acest sens.

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 de furnizare, având ca obiect „Achiziția de echipamente IT pentru sistemul de videoconferință ce va deservi personalul din ANOFM și unitățile subordonate în cadrul proiectului «Formarea profesională a personalului SPO din România»”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 09.03.2013, 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 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 ... Consiliul reține următoarele:

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că ... contestă cerințe ale documentației de atribuire, respectiv cerința referitoare la capacitatea profesională și listele adreselor unităților abilitate să execute service-ul autorizat solicitat în caietul de sarcini, constatând că data depunerii contestației la Consiliu este ... 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 (...)*”, 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 ..., ... a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea din documentația de atribuire a cerințelor care încalcă prevederile legale în vigoare.

Valoarea estimată fiind de 1.522.200 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 contestației depuse de ... rezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire, respectiv cerința III.2.3. din fișa de date a achiziției, referitoare la capacitatea profesională și cerința din caietul de sarcini referitoare la asigurarea serviciilor de service.

Contestația fiind transmisă prin e-mail în data de ... înregistrată la Consiliu în data de ... și calculând termenul legal în care ... putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de 09.03.2013.

Din documentele existente la dosarul cauzei rezultă că autoritatea contractantă a primit solicitări de clarificări referitoare la cerințele din cadrul documentației de atribuire.

Prin adresa nr. ... din 23.04.2013, răspunsul nr. 1, publicată în SEAP la data de 23.04.2013 orele 13:18 – Clarificare nr. 5, autoritatea contractantă nu aduce modificări cerinței minime de calificare din fișa de date a achiziției, pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, referitoare la personalul tehnic de specialitate și nici cerinței din caietul de sarcini referitoare la asigurarea serviciului de service, ci doar aduce lămuriri, argumente suplimentare referitoare la modalitatea în care operatorii economici vor putea demonstra îndeplinirea acestora.

Ca urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări antemenționat, ... a investit Consiliul prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... transmisă prin e-mail în data de ... 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 09.03.2013.

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 09.03.2013, 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 09.03.2013 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

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 09.03.2013, 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 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 răspunsurilor 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 nr. 1 din adresa contestată, rezultă că autoritatea contractantă menține cerința minimă de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională și cerința din caietul de sarcini referitoare la asigurarea serviciului de service, prevăzute inițial 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 impuse de către autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

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 – 09.03.2013 - 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 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”*.

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 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 menținut în continuare cerințele pentru care a adus lămuriri/argumentări suplimentare cu privire la modalitatea lor de îndeplinire de către operatorii economici.

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 adresei de răspuns contestată și o reclarificare mai detaliată a întrebărilor formulate, este evident, pe de o parte că societatea contestatoare nu dorește o precizare/detalieră/explicare a cerințelor din documentația de atribuire, ci eliminarea 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 ... 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

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.