



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus 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. ... formulată de către ... cu sediul în ... B-dul Eroilor, nr. 6-8, județul ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și CIF ... împotriva răspunsului la clarificarea nr. ..., publicat în SEAP în data de 20.06.2013 ora 12:35, emis de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în județul ... în cadrul procedurii de...„licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Proiectare și execuție de lucrări aferente proiectului «sistem integrat de management al deșeurilor în județul ... – construire centru de management integrat al deșeurilor în județul ... s-a solicitat anularea procedurii.

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 la clarificarea nr. ..., publicat în SEAP în data de 20.06.2013 ora 12:35, emis 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 „Proiectare și execuție de lucrări aferente proiectului «sistem integrat de management al deșeurilor în județul ... – construire centru de management integrat al deșeurilor în județul ... solicitând anularea procedurii.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă prevederile H.G. nr. 349/2005 privind depozitarea deșeurilor.

În răspunsul la clarificarea nr. ..., publicat în SEAP în data de 20.06.2013, autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea nr. ... astfel: „Pe baza calculelor din Studiul geotehnic, în anexa 2.3., cap. 2. Terasamente, panta terenului pe care se va afla amplasamentul depozitului, este domoală, minimizând riscul asociat alunecărilor de teren. Deci, nu sunt necesare lucrări de stabilizare a terenului.”

Contestatorul arată că răspunsul autorității contractante contravine studiului geologic anexat documentației de atribuire, în care, cu toate că se prezintă clar zona ca fiind cu riscuri majore în ceea ce privește potențialul și probabilitatea de producere a alunecărilor, în alte secțiuni se modifică încadrarea la potențial mediu de producere a alunecărilor de teren și probabilitate moderată.

Studiul geologic nu conține concluzii privind respectarea criteriilor de alegere a amplasamentului conform prevederilor H.G. nr. 349/2005 privind depozitarea – „Anexa 2. Cerințe generale la amplasarea și proiectarea unui depozit”.

În drept, contestatorul invocă prevederile art. 255 și următoarele din O.U.G. nr. 34/2006, precum și ale H.G. nr. 925/2006.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. .../27.06.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../... autoritatea contractantă consideră că răspunsul său este corect și este susținut de studiul geotehnic și referatul de verificare la Cerința Af – rezistență și stabilitate a terenului de fundare a construcțiilor și a masivelor de pământ – Verificator atestat ...: ing. ..., care atestă faptul că studiul geotehnic este corespunzător pentru faza verificată (Proiect tehnic și Caiet de sarcini pentru Depozit regional de deșeuri nepericuloase ...).

Scopul studiului geotehnic (punctul 1.6 din studiul geotehnic) constă în precizarea condițiilor geotehnice ale terenului de fundare din zona localității ..., în vederea construirii unui depozit de deșeuri nepericuloase, ce va fi construit, exploatat, monitorizat și închis în conformitate cu H.G. nr. 349/2005 privind depozitarea deșeurilor.

În partea de considerații privind stabilitatea terenului și de concluzii și recomandări de la capitolul 3 nu se face nicio referire sau afirmație privind schimbarea amplasamentului datorită instabilității terenului și pericolului de alunecări, ci dimpotrivă, se fac recomandări privind proiectarea depozitului pe acel amplasament.

Autoritatea contractantă subliniază că studiul geotehnic a fost verificat de doi verificatori atestați

Pentru admiterea Acordului de mediu, una dintre condiții a fost ca proiectul de depozit să fie în conformitate cu cerințele H.G. nr. 349/2005 și ale prevederilor Normativului tehnic privind depozitarea deșeurilor.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației și continuarea procedurii de atribuire.

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

Prin adresa nr. .../..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../..., autoritatea contractantă consideră contestația tardivă și neîntemeiată.

Prin adresa nr. .../..., înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., ... solicită respingerea excepției privind 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 contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Proiectare și execuție de lucrări aferente proiectului «sistem integrat de management al deșeurilor în județul ... – construire centru de management integrat al deșeurilor în județul ... În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 15.05.2013, 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 înțâietate 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 ... Consiliul reține următoarele:

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că ... contestă cerințe ale documentației de atribuire, respectiv faptul că nu au fost prevăzute lucrări pentru stabilizarea depozitului, nefiind considerate necesare, 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 anularea procedurii de atribuire deoarece autoritatea contractantă încalcă prevederile legale în vigoare privind depozitarea deșeurilor.

Valoarea estimată fiind de 96.426.447,82 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 faptul că în documentația de atribuire nu au fost prevăzute lucrări pentru stabilizarea depozitului pentru deșeuri.

Contestația fiind depusă 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 15.05.2013.

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 „Răspuns clarificare nr. 15” din 20.06.2013, publicată în SEAP la data de 20.06.2013 orele 12:35, autoritatea contractantă nu aduce modificări cerințelor documentației de atribuire, arătând că „Pe baza calculelor din studiul geotehnic, în anexa 2.3., cap. 2 „Terasamente”, panta terenului pe care se va afla amplasamentul depozitului, este domoală, minimizând riscul asociat alunecărilor de teren. Deci, nu sunt necesare lucrări de stabilizare a terenului”, aceste lucrări nefiind prevăzute nici în documentația de atribuire postată pe SEAP.

Ca urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări antemenționat, ... a investit Consiliul prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... depusă personal 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 15.05.2013.

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 15.05.2013, 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 15.05.2013 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 15.05.2013, 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 („vă rugăm să precizați dacă au fost prevăzute lucrări pentru stabilizarea depozitului și unde sunt incluse în listele de cantități”) 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 la clarificarea nr. 15, contestat, rezultă că autoritatea contractantă menține cerințele din documentația de atribuire, unde nu au fost prevăzute lucrări de stabilizare a terenului, astfel cum rezultă din studiul geotehnic – Verificator atestat ...: ing.

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, în speță conținutul studiului geotehnic, încă de la data publicării documentației – 15.05.2013 - 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 documentației de atribuire 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 răspunsul transmis contestatorului, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Astfel, prin răspunsurile furnizate, autoritatea contractantă a menținut în continuare cerințele inițiale prevăzute în documentația de atribuire publicată în SEAP.

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 întrebării formulate, este evident, pe de o parte că societatea contestatoare nu dorește o precizare/detalieră/explicare a cerinței din documentația de atribuire, ci modificarea acesteia, 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.