



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 municipiul județul ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare RO ... împotriva...răspunsului nr. .../01.07.2013 din adresa de clarificări nr. .../26.06.2013 publicat pe SEAP în data de...01.07.2013, elaborat de către..... .. în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... Moara de Vânt nr. 34, județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de consultanță pentru managementul proiectului «Dezvoltarea și modernizarea Aeroportului Internațional ... - Modul 1- Proiectarea și execuția lucrărilor pentru realizarea suprafețelor de mișcare aferente unei piste noi cu lungimea de 2400 m în R.A. Aeroportul ...»”, 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:

Admite excepția tardivității introducerii contestației, invocată de autoritatea contractantă.

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. .../01.07.2013 din adresa de clarificări nr. .../26.06.2013 publicat pe SEAP în data de 01.07.2013, elaborat...de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de...„licitație deschisă”, organizată...pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Servicii de consultanță pentru managementul proiectului «Dezvoltarea și modernizarea Aeroportului Internațional ... - Modul 1- Proiectarea și execuția lucrărilor pentru realizarea suprafețelor de mișcare aferente unei piste noi cu lungimea de 2400 m în R.A. Aeroportul ...»”, 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 răspunsul nr. ... din 01.07.2013 la solicitarea de clarificări nr. ... din 26.06.2013, autoritatea contractantă a menținut o cerință minimă de calificare cu privire la expertul financiar nominalizat în contract, care trebuia să prezinte diplomă expert contabil specializare în management financiar, restrictivă și „disproporționată”.

Ofertantul contestator este de părere că, autoritatea contractantă prin răspunsul la clarificare a insistat asupra acceptului primit de la A.N.R.M.A.P. pentru publicarea documentației de atribuire. Astfel, acesta în opinia contestatorului, nu reprezintă un argument pentru a menține o cerință minimă de calificare restrictivă, care încalcă libertatea operatorilor economici de a participa la licitație.

În acest context, petentul arată că, postarea în SEAP a documentațiilor de atribuire, urmare a avizului A.N.R.M.A.P., ar reprezenta „fundamentul ultim și suprem pe care se bazează procedurile de achiziții din România, atunci niciun operator economic nu ar mai putea contesta nicio documentație de atribuire, întrucât toate documentațiile au fost verificate și avizate în prealabil”. Astfel, contestatorul menționează că, art. 255 din O.U.G nr. 34/2006 este pentru evitarea „erorilor sau abuzurilor ce pot apărea în cadrul procedurilor de achiziții publice”.

În acest sens, contestatorul precizează că, impunerea cerinței „minime de prezentare din partea expertului financiar a unei diplome expert contabil specializare în management financiar este restrictivă și disproporționată față de obiectul prezentului contract”.

Față de cele solicitate mai sus contestatorul solicită 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 drept, contestatorul invocă dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. .../... înregistrată la Consiliu sub nr. .../17.07.2013, autoritatea contractantă arată că, documentația de atribuire a fost aprobată de către A.N.R.M.A.P., astfel că prevederile acesteia sunt conforme cu prevederile legale privind achizițiile publice. ...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 solicitate, fără a aduce vreo modificare cerinței în sine, care a rămas la forma inițială, deși nu s-a solicitat clarificarea cerinței ci eliminarea acesteia.

Prin adresa nr. ... din 16.07.2013 ... completează contestația nr. ... din ... Astfel, prin prezenta adresă, contestatorul face referire la răspunsul nr. ... din ... emis de către autoritatea contractantă prin care aduce unele modificări cerințelor de calificare din fișa de date.

Contestatorul, arată că autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. ... din ... a răspuns contestației formulate. De asemenea, contestatorul arată că, autoritatea contractantă prin răspunsul nr. ... din ... a informat operatorii economici că: „se consideră ca fiind îndeplinită cerința de calificare dacă pentru persoana nominalizată se demonstrează că deține diplomă de expert contabil și o specializare în management financiar”. Referitor

la această clarificare a autorității contractante, contestatorul arată că au fost aduse modificări cerinței din fișa de date.

Față de cele solicitate mai sus contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. .../19.07.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../22.07.2013, a răspuns la completarea nr. ... din ... a contestatorului.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, prin răspunsul dat nu modifică cerința de calificare, ci doar explică, detaliat, fără ambiguități, nelămurirea solicitantului.

Autoritatea contractantă, menționează că, această detaliere a avut ca scop o mai bună înțelegere a conținutului fișei de date a achiziției, nu este incidentă încadrării în prevederile art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, motivat de faptul că aceasta nu constituie o modificare și/sau completare a unui criteriu de calificare și selecție.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă precizează că, cerința de calificare referitoare la expertul financiar, a rămas neschimbată, așa cum a fost definită prin fișa de date a achiziției, încă de la data publicării acesteia.

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 servicii, având ca obiect „Servicii de consultanță pentru managementul proiectului «Dezvoltarea și modernizarea Aeroportului Internațional ... - Modul 1- Proiectarea și execuția lucrărilor pentru realizarea suprafețelor de mișcare aferente unei piste noi cu lungimea de 2400 m în R.A. Aeroportul ...»”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 07.06.2013, 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 cerința referitoare la...expertul financiar...din fișa de date,...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 căroră „*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 1.492.909 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 tehnică și/sau profesională și cerința din fișa de date referitoare la expertul financiar.

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 07.06.2013.

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 26.06.2013, răspunsul nr. ..., publicată în SEAP la data de 01.07.2013 orele 11:59 și răspunsul nr. ... din ... publicată în SEAP la data de ... orele 16:32 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 expertul financiar, 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 07.06.2013.

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 07.06.2013, 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 07.06.2013 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 07.06.2013, 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. ... din adresa contestată, rezultă că autoritatea contractantă menține cerința minimă de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională și cerința din fișa de date referitoare la expertul financiar, 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...-

07.06.2013...- 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 10 (zece) pagini.