



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 OUG 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. ... depusă de către ... cu sediul în ... județul ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... prin ... cu sediul în ... județul ... formulată împotriva răspunsului la adresa de solicitare clarificări nr. 152/19.08.2013, emis de către COMUNA ... (PRIMĂRIA ...), cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de „cerere de oferte” online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Alimentare cu energie electrică și iluminat public comuna ..., județul ... cod CPV 45231400-9, s-a solicitat:

- în principal, anularea acestuia și eliminarea din documentația de atribuire – fișa de date – a cerințelor nelegale menționate mai jos, cu obligarea autorității contractante la refacerea documentației de atribuire în condiții de respectare a prevederilor legale în ceea ce privește secțiunea III.pct.2.1.b) alin. 3: Atestat ANRE pentru încercări de echipamente și instalații electrice și secțiunea III.pct.2.3. a) alin. 2: experiența similară, precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației

- în subsidiar, în măsura în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii conform art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În baza prevederilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) și alin. (6) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul respinge ca tardivă contestația formulată de ... în contradictoriu cu COMUNA ... (PRIMĂRIA ...) și dispune continuarea procedurii de atribuire.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din același act normativ, respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere referitor la suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

... a formulat contestație împotriva răspunsului la adresa de solicitare clarificări nr. 152/19.08.2013, emis de către COMUNA ... (PRIMĂRIA ...), cu în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de „cerere de oferte” online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Alimentare cu energie electrică și iluminat public comuna ..., județul ... cod CPV 45231400-9, solicitând:

- în principal, anularea acestuia și eliminarea din documentația de atribuire – fișa de date – a cerințelor nelegale menționate mai jos, cu obligarea autorității contractante la refacerea documentației de atribuire în condiții de respectare a prevederilor legale în ceea ce privește secțiunea III.pct.2.1.b) alin. 3: Atestat ANRE pentru încercări de echipamente și instalații electrice și secțiunea III.pct.2.3. a) alin. 2: experiența similară, precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației

- în subsidiar, în măsura în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii conform art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

O primă critică a contestatorului vizează cerința privind experiența similară din cuprinsul fișei de date, publicată în SEAP la data de 14.08.2013, pe care o apreciază nelegală, restrictivă, de natură a împiedica accesul operatorilor economici interesați de această procedură și de a limita concurența.

În acest sens, contestatorul apreciază că impunerea prezentării unui singur contract în valoare minimă de 1.600.000 lei, exclusiv TVA, avantajează cercul restrâns al operatorilor economici care au încheiat contracte de valori importante, diferența făcută de autoritatea contractantă între aceștia și acei operatori economici care pot face dovada îndeplinirii cerinței în cauză prin prezentarea

mai multor contracte de valori mai mici, aduce atingere principiului promovării concurenței și principiul proporționalității.

În opinia contestatorului, conform art. 7 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, nu ar trebui să fie relevant pentru autoritatea contractantă dacă un operator economic poate face dovada atingerii pragului valoric minim impus prin prezentarea unui singur contract de o valoare ridicată sau prin dovada executării a două sau mai multe contracte a căror valoare însumată să atingă pragul respectiv. De asemenea, în accepțiunea sa, nu se poate afirma că un operator economic care a executat lucrări similare în cadrul mai multor contracte nu are potențialul și capacitatea necesare de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Ținând cont și de dispozițiile Directivei 2004/18/CE, contestatorul învederează faptul că scopul impunerii cerinței minime de calificare a experienței similare printr-un singur contract de o valoare minimă însemnată are un caracter restrictiv și disproporționat, limitând în mod artificial competiția.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul invocă jurisprudența CNSC și pe cea a ICCJ – Secția Contencios Administrativ-Fiscal, considerând că în prezenta cauză sunt incidente prevederile art. 2 alin. (2) lit. e), art. 178 alin. (2) art. 179 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, cele ale art. 7 și art. 8 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, pe care autoritatea contractantă le-a ignorat, ajungând la aplicarea unei proceduri contrare scopului și rezultatului urmărit de lege.

Cea de-a doua critică a contestatorului vizează cerința atestatului solicitat la secțiunea III.2.1.b) alin. (3): Atestat ANRE pentru încercări echipamente și instalații electrice, conform HG nr. 540/2004 actualizată cu HG nr. 553/2007 și Legea 13 – legea energiei electrice. Contestatorul apreciază solicitarea unui atestat suplimentar celui cerut la alin. (2), ca fiind restrictivă, de natură a înlătura acei operatori economici care, deși sunt atestați ANRE să execute lucrări de tipul și specialitatea celor din prezenta achiziție, nu dețin totuși un atestat care nu este necesar pentru a se putea efectua aceste lucrări. În același sens, contestatorul subliniază faptul că aceste încercări, în documentația de atribuire, nu sunt cuantificate valoric, ceea ce demonstrează că nu fac obiectul contractului ce urmează să fie atribuit, precizând totodată că și în lipsa acestui atestat suplimentar, lucrarea se poate executa în condiții de respectare a legislației în domeniul energiei electrice în considerarea atestatului ANRE tip C2A solicitat la alin. 2, atestatul solicitat abuziv fiind de tip A.

Prin adresele nr. 17118/...-... respectiv nr. 17119/...-... Consiliul a pus în discuția contestatorului, respectiv autorității contractante, excepția privind tardivitatea contestației.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 4272/30.08.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... COMUNA ... (PRIMĂRIA ...) în calitate de autoritate contractantă, invocă excepția tardivității introducerii contestației, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit.b) și alin. (2), precum și a prevederilor art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În susținerea excepției invocate, autoritatea contractantă, arată că a publicat în SEAP, la data de 14.08.2013, anunțul de participare nr. ... împreună cu întreaga documentație de atribuire, de unde rezultă că termenul de depunere a unei contestații împotriva prevederilor acesteia a fost 19.08.2013.

Autoritatea contractantă învederează faptul că, deși în cuprinsul contestației, ... solicită anularea răspunsului la solicitarea de clarificări nr. „52/19.08.2013” și, în consecință, eliminarea din documentația de atribuire a cerințelor privind experiența similară și atestatul ANRE pentru încercări echipamente și instalații electrice, se observă, fără echivoc, că societatea contestatoare dorește, de fapt, eliminarea din fișa de date a unor cerințe de calificare care erau *ab initio* stabilite încă de la publicarea anunțului de participare, 14.08.2013. Mai mult, autoritatea contractantă subliniază faptul că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu a modificat cerințele solicitate prin fișa de date.

În aceste condiții, având în vedere că ... a transmis contestația în data de ... rezultă în mod evident că operatorul economic a încălcat dispozițiile legale imperative referitoare la termenele de depunere a contestațiilor și, pe cale de consecință, solicită respingerea contestației ca tardivă, în temeiul art. 271 alin. (1) coroborate cu art. 256² alin. (1) lit.b) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la fondul contestației, autoritatea contractantă consideră solicitarea contestatorului de eliminare a cerințelor criticate din cuprinsul fișei de date ca fiind neîntemeiată și nejustificată.

În demonstrarea caracterului legal al cerințelor contestate, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 8 și art. 9 din HG nr. 925/2006, precum și pe cele ale Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, menționând că, în cauză, modul de solicitare a experienței similare se putea reține ca o condiție restrictivă doar în măsura în care se cerea îndeplinirea de către ofertanți atât a unui nivel valoric, cât și cantitativ, ori, solicitarea prezentării a cel puțin unui contract similar procedurii nu poate fi reținută ca nivel cantitativ, întrucât

nivelul cantitativ nu se referă la numărul documentelor/contractelor, ci la cantitatea serviciilor prestate. Mai mult, autoritatea contractantă precizează că în cazul în care ofertantul nu are posibilitatea îndeplinirii unei cerințe de calificare, în speță, experiența similară, conform art. 190 acesta poate fi susținut și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant și persoana respectivă.

Cât privește atestatul ANRE de tip A pentru încercări de echipamente și instalații electrice, autoritatea contractantă susține că acesta se justifică prin complexitatea lucrărilor care urmează a fi puse în operă, fiind necesar pentru executarea contractului, deoarece reprezintă un document care conferă operatorilor economici competența de a efectua aceste încercări, fără de care lucrarea nu poate fi considerată terminată, în timp ce atestatul de tip C2A conferă dreptul de proiectare și execuție a liniilor subterane sau aeriene cu tensiuni nominale de 0,4kv -20kv și posturi de transformare cu tensiune nominală superioară de cel mult 20kv.

Față de cele anterior expuse, autoritatea contractantă solicită menținerea solicitărilor de fișa de date și respingerea contestației.

La solicitarea Consiliului, ... a răspuns prin adresa nr. 170/02.09.2013 înregistrată la CNSC sub nr.29279/..., solicitând respingerea excepției invocate și soluționarea pe fond a contestației.

Contestatorul precizează că obiectul contestației sale îl reprezintă anularea răspunsului la solicitarea sa de clarificări transmisă autorității contractante sub nr. 152/19.08.2013, care se circumscrie prevederilor legale în materie, fiind un act al autorității contractante ce poate fi contestat de sine stătător. Mai arată că solicitarea de clarificări a fost necesară datorită modului echivoc, ambiguu și interpretabil în care au fost redactate cerințele din fișa de date a achiziției, în special cerința experienței similare, iar după primirea răspunsului din partea autorității contractante a avut certitudinea și confirmarea că această cerință trebuie înțeleasă la modul restrictiv, așa cum a comunicat autoritatea contractantă.

Mai arată că răspunsul la clarificări a fost comunicat în sistem electronic sub nr. 4108/20.08.2013, iar contestația a fost expediată în data de ... În opinia contestatorului, numai pe cale de consecință se vor produce eventuale efecte și asupra documentației achiziției, subliniind faptul că solicitarea sa de clarificări (19.08.2013) a fost formulată în termenul celor 5 zile de la data publicării documentației pe SEAP (14.08.2013), astfel că și dacă s-ar lua în considerare data de 14.08.2013 ca dată de referință pentru calcularea termenului de contestare, acesta este respectat prin prisma solicitării de clarificări a celor două cerințe în termenul legal.

Contestatorul apreciază că în vederea verificării formulării și înregistrării în termen a contestației, este necesar a se stabili atât documentul contestat, cât și termenul la care trebuie să se raporteze, iar în aceste condiții, cum în cauză documentul contestat și a cărui anulare se cere, este răspunsul nr. 4108 la solicitarea de clarificări, iar data de raportare pentru calcularea termenului limită pentru introducerea contestației este data luării la cunoștință a acestui răspuns, respectiv 20.08.2013.

Cât privește modul de calcul al termenului de 5 zile, contestatorul arată că acesta începe să curgă din data de 21.08.2013, împlinindu-se în prima zi lucrătoare, respectiv ... astfel că apreciază că a formulat și introdus în termen contestația sa. Tot referitor la modul de calcul a termenului, contestatorul invocă dispozițiile Codului Civil, conform cărora, „când termenul se stabilește pe zile, nu se ia în calcul prima și ultima zi a termenului”, de unde rezultă că ultima zi a termenului de 5 zile este ziua de luni, ... data expedierii contestației.

De asemenea, contestatorul subliniază faptul că în aceeași dată a expediat și autorității contractante un exemplar al contestației, fapt recunoscut și de aceasta în cuprinsul punctului de vedere.

Totodată, referitor la susținerile autorității contractante cu privire la criticile sale, contestatorul invocând legislația europeană, consideră că modul în care autoritatea contractantă a înțeles să soluționeze cererea sa de clarificări contravine directivelor europene, restricționându-se accesul celor interesați să participe la procedură, cu încălcarea principiului concurenței.

În final, contestatorul subliniază încă o dată că modul ambiguu, echivoc și interpretabil în care a fost redactată documentația, în special cerința experienței similare, a făcut necesară solicitarea de clarificări, pentru ca ulterior răspunsului primit persoana interesată putea aprecia dacă există motiv de contestație sau nu, dacă există cauza legală care să justifice promovarea unei astfel de situații.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

COMUNA ... (PRIMĂRIA ...), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte” online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Alimentare cu energie electrică și iluminat public comuna ..., județul ... cod CPV 45231400-9. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... din data de 14.08.2013.

Referitor la cererea de suspendare a procedurii, Consiliul reține că autoritatea contractantă a decis, în data de 27.08.2013,

ora 11:00, suspendarea acesteia, decizie publicată și în SEAP, astfel că solicitarea contestatorului este rămasă fără obiect.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității depunerii contestației

În soluționare Consiliul reține că ... formulează contestație împotriva răspunsului la adresa de solicitare clarificări nr. 152/19.08.2013, contestația fiind transmisă Consiliului, prin poștă, în data de ... și înregistrată sub nr. ...

Din analiza răspunsului autorității contractante considerat nelegal, Consiliul reține că prin acesta, autoritatea contractantă nu a modificat informațiile deja publicate în SEAP, la data de 14.08.2013, odată cu invitația de participare nr.... astfel că singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să lezeze interesele contestatorului este, în cazul de față, fișa de date, act de care ... a luat la cunoștință în data de 14.08.2013, data publicării acesteia în SEAP.

În aceste condiții, Consiliul nu va reține ca întemeiate susținerile contestatorului cu privire la faptul că data de la care se calculează termenul pentru introducerea contestației, în cazul de față, este data la care autoritatea contractantă a publicat răspunsul la solicitarea de clarificări, având în vedere că purtarea unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta din urmă își menține cerințele de calificare în forma inițială din documentația de atribuire) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

În acest context, sunt incidente și prevederile Ordinului președintelui ANRMAP nr. 171/2012, cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire.

Astfel, Consiliul reține că operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentația de atribuire încă de la data publicării acesteia – 14.08.2013 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele respective, dacă dorea eliminarea, completarea sau schimbarea lor, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de ordonanță. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/ modificări operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație,

invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la diverse solicitări de clarificări.

Mai mult, conform dispozițiilor art. 179 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă nici nu putea să remedieze aspectele criticate de contestator, astfel că acesta trebuia să se îndrepte către CNSC, în mod direct, pentru măsurile de remediere.

În aceste condiții, ținând cont de data luării la cunoștință a prevederilor considerate nelegale, raportat la data formulării contestației, Consiliul reține următoarele:

În conformitate cu dispozițiile art. 271 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, *„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”*.

Potrivit prevederilor art. 256² alin. (1) lit. b) din actul normativ antemenționat, și anume *„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 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, (...) 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)”*, iar potrivit art. 256² alin. (2) *„în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP (...), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”*.

Valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică de lucrări care face obiectul contestației, este, potrivit invitației de participare nr. ... din data de 14.08.2013 publicat în SEAP, de 2.017.220 RON, prin urmare mai mică decât valoarea prevăzută la art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, având în vedere cele mai sus menționate și ținând cont de dispozițiile art. 271 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 256² alin. (1) lit. b) și alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, și de cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ, respectiv *„zile - zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. 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”, se constată că, în speță, contestația împotriva documentației de atribuire, și implicit a fișei de date a achiziției, parte integrantă a acesteia, de care contestatorul a luat la cunoștință în data de 14.08.2013, trebuia înaintată atât Consiliului, cât și autorității contractante, până la data de 19.08.2013 inclusiv.

Așadar, prin formularea și transmiterea contestației la data de ... împotriva unor prevederi considerate nelegale cunoscute încă din data de 14.08.2013, ... nu a respectat termenul prevăzut de legiuitor, sub sancțiunea respingerii contestației ca fiind tardivă.

Data fiind soluționarea contestației, capătul de cerere referitor la suspendarea procedurii până la soluționarea contestației va fi respins ca rămas fără obiect.

Față de considerentele anterior expuse, Consiliul va respinge ca tardivă contestația formulată de ... în contradictoriu cu COMUNA ... (PRIMĂRIA ...) și va dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...