



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20...80
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. ... depusă de către ... cu sediul în ... județul ... înregistrată la Oficiul Național al Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... formulată împotriva anumitor cerințe ale fișei de date, elaborate de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... județul ... în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Lucrări de refacere și modernizare a infrastructurii rutiere afectate de inundații în anul 2010 în ... județul ... cod CPV 45233120-6 - *Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2)*, s-a solicitat eliminarea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională a utilajelor stabilizator/reciclator de soluri și repartizor/finisor pentru beton în flux continuu.

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

...Prin contestația formulată, ... contestă răspunsurile de clarificare emise de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Lucrări de refacere și modernizare a infrastructurii rutiere afectate de inundații în anul 2010 în ... județul ... cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat eliminarea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională a utilajelor stabilizator/reciclator de soluri și repartizor/finisor pentru beton în flux continuu.

Contestatorul precizează că anumite cerințe din fișa de date a achiziției publice, susținute prin răspunsul la solicitarea de clarificări și publicate în SEAP de autoritatea contractantă în data de 28.08.2013, încalcă prevederile legislației în vigoare.

Contestatorul afirmă că în secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională – cerința nr. 3, privind dotările specifice, utilajele, echipamentele tehnice, mijloace de transport și alte mijloace fixe pe care ofertantul se angajează să le utilizeze pentru îndeplinirea contractului, se solicită ca ofertantul să facă dovada că dispune de următoarele utilaje: autogreder, buldozer, compactor autopropulsat cu rulouri, compactor autopropulsat pe pneuri, repartizor/finisor de mixturi asfaltice, autocisternă, autogudronator, mașină pentru marcaje rutiere, autobetoniere, buldoexcavator, stabilizator/reciclator de soluri, repartizor/finisor pentru beton în flux continuu, stație betoane, stație de mixturi asfaltice.

În același timp, contestatorul arată că prin documentația de atribuire publicată în SEAP, autoritatea contractantă a prezentat formularele C6-C9 (extrasele de materiale, manoperă, utilaje și transport), iar în formularul C8 – Extras de utilaje (pagina 80 din listele de cantități), utilajele stabilizator/reciclator de soluri, repartizor/finisor pentru beton în flux continuu nu apar cu nicio oră de funcționare.

De asemenea, contestatorul menționează că în data de 23.08.2013 i-au fost solicitate clarificări cu privire la acest aspect autorității contractante, care prin răspunsul publicat în SEAP în data

de 28.08.2013, a precizat că „Formularele C6-C9 sunt orientative, iar în conformitate cu Ordinul 863/2008, nu sunt obligatorii”, precum și faptul că „posibilii ofertanți trebuie să facă dovada deținerii sub orice formă a dotării minime stabilită prin fișa de date, întrucât orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție, conduce la anularea procedurii de atribuire, invocând art. 179 din OUG 34/2006”.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă se află într-o gravă eroare, întrucât formularele C6 și C9 nu sunt orientative, ele rezultând din „rularea antemăsurătorilor în programul de devize”, respectiv din rularea articolelor specifice în formularul F3.

Mai mult decât atât, contestatorul susține că în cuprinsul Ordinului nr. 863/2008, nu există nici un articol care să menționeze faptul că formularele antemenționate nu sunt obligatorii, însăși autoritatea contractantă solicitând prezentarea lor în fișa de date a achiziției publice, pagina 8, punctul IV.4.1, modul de prezentare a propunerii tehnice, punctul 9, lit. b)-c).

Totodată, ... consideră că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă încearcă să justifice, conform art. 8, pct. 2 din H.G. nr. 925/2006, de ce a solicitat o altă listă de utilaje decât cea care apare în Formularul C8, în acest sens indicând prezența în formularul F3, a devizelor A1 și B1, a articolului comasat „Stabilizare pământ pe adâncimea de 30 cm cu enzime speciale” și susținând că această categorie de lucrări se realizează cu utilaje speciale.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă se află într-o gravă eroare, întrucât în formularul F3, obligatoriu pentru toți potențialii ofertanți la categoria de lucrări mai sus menționată sunt prevăzute următoarele articole de lucrări, care nu implică utilizarea altui utilaj decât cele menționate în formularul C8, după cum urmează:

„- TSC01D1 – scarificarea mecanică a terenului cu autogreder cu scarificator până la 175 CP pe adâncimea de 40 cm teren ctg. 4;

- DA07A1 – amestecarea cu autogrederul a diverselor sorturi de materiale granulare, folosite în straturile de fundație sau în straturile de bază;

- cod material – Stabilizator pe bază de enzime speciale;

- TSD07B1 – compactarea mecanică a umpluturilor cu rulou compresor static autopropulsat de 10-12 t., în straturi succesive de 15-20 cm grosime după compactare, exclusiv udarea fiecărui strat în parte;

- TSD14A1 – udarea mecanică a straturilor de pământ cu autocisternă de 5-8 t., prevăzută cu dispozitiv de stropire”.

În această situație, ... consideră că cerințele fișei de date nu sunt în conformitate cu listele de cantități, pe baza cărora se face evaluarea lucrărilor, autoritatea contractantă încălcând prevederile art. 8, pct. 1, din H.G. 925/2006, din cuprinsul căruia citează.

Față de argumentele mai sus prezentate, contestatorul solicită admiterea cererii sale și eliminarea cerințelor privind capacitatea tehnică și/sau profesională a utilajelor stabilizator/reciclator de soluri și repartizor/finisor pentru beton în flux continuu.

Prin adresa nr. .../03.09.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../03.09.2013, ... a înaintat punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... pe care o consideră neîntemeiată.

Autoritatea contractantă menționează că documentația de atribuire, aferentă prezentei proceduri, a fost aprobată de către departamentul de achiziții al CRPDRP 2 Sud-Est Constanța și acceptată de către ANRMAP prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ...

Întrucât proiectul este finanțat din fonduri europene PNDR, durata de monitorizare a contractului fiind de 2 ani de la data ultimei plăți, și pentru evitarea unor „eventuale penalizări pe motive tehnice în urma vizitelor în teren care se vor efectua de către APDRP – Serviciul Tehnic”, autoritatea contractantă a decis realizarea categoriilor de lucrări cu utilaje specifice, respectiv cu stabilizator/reciclator de soluri.

Autoritatea contractantă susține că în listele de cantități de lucrări, formularele F3 – Deviz A1 – terasamente și Deviz B1 – Terasamente, la capitolul de lucrări (2) „Stabilizare pământ pe adâncimea de 30 cm cu enzime speciale”, categoria de lucrări respectivă urmează să fie realizată cu utilajul specific, și anume cu stabilizator/reciclator de soluri.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că formularele C6 și C9 sunt orientative, iar potrivit Ordinului nr. 863/2008 coroborat cu O.U.G. nr. 34/2006 actualizată, nu sunt obligatorii.

În concluzie, autoritatea contractantă afirmă că posibilia ofertanți trebuie să demonstreze deținerea „sub orice formă, a dotării minime stabilită în fișa de date”, și menționează că prezenta procedură este încadrată în contractul de finanțare nr. ..., semnat cu APDRP – România, conform anexei I, art. 12 alin. (4), și poate

suferi penalizări în cazul întârzierilor nefondate ale procedurilor de achiziții publice, în valoare de 2% din valoarea investiției.

Prin adresele nr. .../... - .../11.09.2013 și nr. .../... - .../11.09.2013, Consiliul a pus în discuția părților excepția privind tardivitatea introducerii contestației, invocată din oficiu.

Prin adresa nr. .../11.09.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../11.09.2013, autoritatea contractantă consideră contestația tardiv formulată.

Prin adresa nr. .../11.09.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../12.09.2013, contestatorul consideră că, contestația nu poate fi considerată tardivă, întrucât a respectat termenul prevăzut la art. 256² lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, și anume 5 zile de la data luării la cunoștință a actului atacat.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura „cerere de oferte” offline, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Lucrări de refacere și modernizare a infrastructurii rutiere afectate de inundații în anul 2010 în ... județul ... cod CPV 45233120-6 – *Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2)*, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ... conform căruia valoarea estimată este de 2.998.210 lei, fără TVA și a documentației de atribuire aferentă.

Potrivit fișei de date a achiziției publice, criteriul de atribuire ales este: „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 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 cerințe referitoare la capacitatea tehnică, 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, remedierea din documentația de atribuire a cerințelor care încalcă prevederile legale în vigoare.

Valoarea estimată fiind de 2.998.210 RON, deci sub 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 5 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.a) din fișa de date a achiziției, referitoare la capacitatea tehnică.

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 19.08.2013.

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. .../27.08.2013 - răspunsul publicat în SEAP la data de 28.08.2013 orele 14:44 - „Răspuns clarificare 2”, autoritatea contractantă nu aduce modificări cerinței minime de

calificare din fișa de date a achiziției pct. III.2.3.a), ci doar aduce lămuriri, argumente suplimentare referitoare la necesitatea utilajelor solicitate.

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 19.08.2013.

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 19.08.2013, 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 19.08.2013 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 19.08.2013, 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 din adresa contestată, rezultă că autoritatea contractantă menține cerința minimă de calificare privind capacitatea tehnică, prevăzută 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 – 19.08.2013 - 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 răspunsul publicat în SEAP, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Astfel, prin răspunsul furnizat, 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 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, 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 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 11 (unsprezece) pagini.