



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări 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 cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... înregistrată la ORC sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ..., împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr. R9319/26.09.2013, elaborat de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „reabilitarea și extinderea rețelei de distribuție și a rețelei de apă uzată în ...”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea din cadrul documentației de atribuire a cerințelor restrictive referitoare la modul de demonstrare a experienței similare precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca tardivă contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

În temeiul art. 278 alin. (6) din ordonanța evocată, dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ... solicită în contradictoriu cu ... obligarea autorității contractante la eliminarea din cadrul documentației de atribuire a cerințelor restrictive referitoare la modul de demonstrare a experienței similare precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Contestatoarea arată că, în data de 24.09.2013 a transmis autorității contractante o solicitare de clarificare în legătură cu posibilitatea ca, în dovedirea experienței similare, să poată fi depuse mai multe contracte similare având ca obiect execuția rețelelor de apă, care, împreună, să cumuleze cei 29 de km solicitați. Autoritatea contractantă a răspuns în data de 26.09.2013 în sensul că nu se acceptă dovedirea experienței similare prin depunerea mai multor contracte similare având ca obiect execuția rețelelor de apă, urmând a se respecta cerințele din fișa de date a achiziției.

Acest răspuns al autorității contractante este considerat de contestatoare ca nelegal iar cerința astfel clarificată este restrictivă, deoarece, în opinia sa, unui operator economic care a realizat prin mai mult de un contract experiența similară solicitată, respectiv 25 km rețele de canalizare și 29 km rețele de apă, având ca obiect lucrări similare obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, nu ar trebui să-i fie îngrădit dreptul de a participa la procedură, în condițiile în care îndeplinesc toate celelalte cerințe de calificare.

Limitarea la un singur contract ca experiență similară pentru rețele de canalizare de cel puțin 25 km și la un singur contract pentru rețele de apă de cel puțin 29 km, nu oferă autorității contractante niciun avantaj, și nu este în măsură să demonstreze potențialul tehnic al ofertantului și nici posibilitatea acestuia de a îndeplini contractul.

Prin adresa nr. 9663/02.10.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 33518/04.10.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă, solicitând respingerea acesteia, în principal, ca tardiv formulată, și în subsidiar, ca

nefondată. De asemenea, solicită respingerea capătului de cerere privind suspendarea procedurii.

Cu privire la excepția invocată, autoritatea contractantă precizează că, în condițiile în care contestația vizează conținutul documentației de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 256² aln. (1) lit. a) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, contestația trebuia depusă în termen de cel mult 10 zile de la publicarea în SEAP a documentației de atribuire, respectiv cel mai târziu la data de 22.09.2013. Astfel, prin raportare la data depunerii, în fapt, a contestației la Consiliu, respectiv la data de ..., contestația apare ca fiind tardivă.

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii, autoritatea contractantă arată că, nu a fost făcută dovada îndeplinirii a niciuneia dintre condițiile prevăzute la art. 275¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, respectiv existența unui caz temeinic justificat și a unei pagube iminente care nu poate fi prevenită decât prin suspendarea procedurii. În plus, arată că, nerespectarea cu strictețe a termenelor prevăzute în contractul de finanțare ar duce la aplicarea unor corecții din partea finanțatorului sau chiar pierderea finanțării, fiind în interes public ca solicitarea de suspendare a procedurii să fie respinsă.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă arată că, cerințele privind experiența similară a ofertanților au fost stabilite în conformitate cu prevederile art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 precum și cu luarea în considerare a recomandărilor președintelui ANRMAP din cuprinsul Anexei nr. 1 ale Ordinului nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Astfel, a impus dovedirea experienței similare doar din punct de vedere cantitativ, nu și valoric, în stabilirea cerințelor minime de calificare, limitându-se numai cele strict necesare, pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului, luând în considerare, totodată, și exigențele impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

De asemenea, arată că, în situația în care un singur ofertant nu are posibilitatea de a îndeplini cerința de calificare impusă, în conformitate cu prevederile art. 44 din OUG nr. 34/2006, poate să se asocieze cu alte societăți, iar în baza art. 190 din același act normativ, poate beneficia de susținerea unui terț.

Prin urmare, apreciază criticile legate de cerința referitoare la modul de demonstrare a experienței similare, ca fiind nefondate, și solicită respingerea acestora ca atare.

Prin „concluziile scrise” nr. 805/07.10.2013, înregistrate la Consiliu cu nr. 33805/07.10.2013, ... a răspuns susținerilor autorității contractante.

Astfel cu privire la excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă, contestatoarea solicită respingerea acesteia, motivat

de faptul că actul pe care îl atacă este răspunsul la solicitarea de clarificări nr. R9319/26.09.2013, publicat în SEAP în data de 27.09.2013, situație în care, prin raportare la prevederile art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, o contestație împotriva acestui răspuns putea fi depusă cel mai târziu la data de 02.10.2013. Prin urmare, apreciază că a înaintat contestația în termen legal.

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii, arată că aceasta este accesorie obiectului principal al contestației și reprezintă o consecință iminentă a acestuia. Arată, de asemenea, că, în situația în care contestația va fi admisă pe fond, ulterior datei limită pentru depunerea, respectiv deschiderea ofertelor, ofertele întocmite în baza unei fișe date restrictive vor omite elemente noi statuate prin decizia Consiliului. Mai mult, în situația în care Consiliul va considera restrictive anumite cerințe din documentația de atribuire, ar putea duce inclusiv la anularea procedurii, fapt de natură a avea implicații materiale atât pentru operatorii economici cât și pentru autoritatea contractantă.

Pe fondul cauzei, își menține criticile formulate prin contestație.

Analizând documentele depuse de părți la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin licitație publică, a contractului având ca obiect "reabilitarea și extinderea rețelei de distribuție și a rețelei de apă uzată în Seini, Sabisa și Târgu-Lăpuș", prin publicarea în SEAP - Sistemul Electronic de Achiziții Publice a anunțului de participare nr.

...

Criteriul de atribuire stabilit de autoritatea contractantă este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de 34,341,747.00 lei, fără TVA. Data limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de 29.10.2013, ora 09:00, urmând ca deschiderea acestora să fie făcută în aceeași zi la ora 11:00.

Documentația de atribuire aferentă procedurii în cauză a fost postată în SEAP, atașată anunțului de participare, la 11.09.2013. În urma analizei documentației de atribuire, contestatoarea a formulat o solicitare de clarificări, despre care face vorbire în cadrul contestației, solicitarea fiind publicată în SEAP, împreună cu răspunsul aferent, în data de 27.09.2013. Nemulțumită fiind de răspunsul autorității contractante, contestatoarea a formulat contestația în analiză.

În conformitate cu prevederile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei.” Prin

urmare, dată fiind excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează a verifica cu prioritate îndeplinirea de către contestatoare a condițiilor precizate de art. 256² alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Conform art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, „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: 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, 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 egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)“.

De asemenea, potrivit art. 3 lit z) din aceeași ordonanță, „În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:(...) z) 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“.

Totodată, conform art. 271 alin. (1) din aceeași ordonanță, „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.“

Văzând că ... susține că actul pe care a înțeles să îl atace este răspunsul la solicitarea de clarificări nr. R9319/26.09.2013 și verificând conținutul răspunsului atacat, Consiliul observă că, la solicitarea contestatoarei „Vă rugăm să ne clarificați dacă pentru îndeplinirea cerințelor din Fișa de date, de la cap. III.2.3 A) Capacitatea tehnică și/sau profesională, se pot depune mai multe contracte similare având ca obiect execuția rețelelor de apă, care împreună să cumuleze numărul de km solicitat (29km)“, autoritatea contractantă a răspuns că „Nu se acceptă, se vor respecta cerințele din fișa de date“.

Rezultă, deci, că prin răspunsul formulat, autoritatea contractantă nu a modificat sub niciun aspect documentația de atribuire, ci, dimpotrivă, a precizat că aceasta va fi respectată astfel cum a fost publicată inițial.

Potrivit dispozițiilor art. 78 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, "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 [...]", obligație ce a fost respectată de autoritatea contractantă prin transmiterea răspunsului contestat.

În cauză, prezintă relevanță și Ordinul nr. 171/2012 al președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, cu privire la clarificările care vizează conținutul documentației de atribuire, care aduce lămuriri suplimentare în legătură cu definirea noțiunii de clarificare.

Astfel, potrivit art. 1 din Ordinul menționat, „Răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, precum și clarificarea cu privire la conținutul documentației de atribuire emise de autoritatea contractantă reprezintă acte administrative prin care se aduc lămuriri/explicitări/limpeziri cu privire la conținutul documentației de atribuire și prin care nu se pot aduce modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, așa cum a fost publicată în S.E.A.P”.

Potrivit art. 2 din același ordin, „(1) În cazul în care autoritatea contractantă modifică, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, conținutul documentației de atribuire, termenele prevăzute la art. 256² alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, se raportează la data luării la cunoștință de răspunsul autorității contractante cu privire la solicitarea adresată acesteia.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1) [dacă modifică prin răspunsul la solicitarea de clarificări, conținutul documentației de atribuire], Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor analizează pe fond legalitatea modificării impuse de autoritatea contractantă”.

Așadar, din textul citat, rezultă că numai în cazul în care autoritatea contractantă aduce modificări conținutului documentației de atribuire, termenele de contestare se socotesc de la data modificărilor, în caz contrar urmând a fi calculate de la data actului prin care au fost stabilite, respectiv data publicării în SEAP a documentației de atribuire.

Prin urmare, în condițiile în care, prin răspunsul atacat, nu se aduce nicio modificare documentației de atribuire și, având în vedere că, valoarea estimată a contractului de lucrări supus atribuirii este de 34,341,747.00 lei, fără TVA, peste pragul echivalentului în lei a sumei 5.000.000 euro, prevăzut la art. 55

alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, termenul de contestare a documentației, prescris de art. 256² alin. (1) lit. a) din ordonanță, este de zece zile de la luarea la cunoștință a prevederilor documentației de atribuire.

Potrivit art. 256² alin. (2) din OUG nr. 34/2006, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță data de 11.09.2013, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care face parte integrantă și fișa de date a achiziției) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită. În consecință, cu raportare la data de 11.09.2013, o contestație împotriva prevederilor documentației de atribuire, putea fi depusă, cel mai târziu, la data de 23.09.2013.

În speță, Consiliul reține că ... a transmis contestația prin fax în data de ..., ceea ce, în considerarea celor anterior expuse, reprezintă, în mod evident, un demers tardiv.

Din cuprinsul contestației reiese în mod evident că ceea ce ar vatămă interesele contestatoarei sunt prevederile documentației de atribuire, prevederi pe care le cunoștea încă de la data publicării ei - 11.09.2013, astfel încât trebuia să manifeste o minimă diligență și să le atace în termenul legal, fiind tardivă contestarea lor în acest moment, motiv pentru care legalitatea documentației de atribuire nu poate fi analizată pe fond de către Consiliu.

Purtarea unei corespondențe de clarificare cu autoritatea contractantă, nu poate avea ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalare a 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. Termenul 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 operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria solicitare.

Față de ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, se va respinge ca tardivă contestația ... în contradictoriu cu ...

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,
...

MEMBRU,
... ..

MEMBRU,