



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, ... 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 Consiliu sub nr.depusă de ... cu sediul în ... B-dul ..., nr. 14, bl. 21, sc. A, et. 1, ap. 4, sector 1 și punct de lucru în având CIF ..., împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr. .../... elaborată de către autoritatea contractantă ... cu sediul în județul ... în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte” online, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului, pentru proiectul «Modernizarea parcurilor balneare din stațiunea ... s-a solicitat:

- „obligarea autorității contractante la formularea clar și fără ambiguități referitoare la cerința privind experiența similară din fișa de date prevăzută la capitolul III.2.3”;
- „modificarea răspunsului 2, în sensul acceptării unei recomandări care să conțină datele esențiale fără să respecte modelul impus”.

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 la solicitarea de clarificări nr. .../... elaborată de către autoritatea contractantă ... în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte” online, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului, pentru proiectul «Modernizarea parcurilor balneare din stațiunea ... solicitând:

- „obligarea autorității contractante la formularea clar și fără ambiguități referitoare la cerința privind experiența similară din fișa de date prevăzută la capitolul III.2.3”;
- „modificarea răspunsului 2, în sensul acceptării unei recomandări care să conțină datele esențiale fără să respecte modelul impus”.

Contestatorul precizează următoarele:

Având în vedere răspunsurile autorității contractante la solicitarea de clarificări privind cerința prevăzută de capitolul III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară din Fișa de Date, respectiv: „Ofertantul va prezenta ca dovadă a experienței similare (conform art. 13 din Ordin 509/2011): o listă care va conține cel puțin un contract de experiență similară în valoare de cel puțin 200.000 lei fără TVA , însoțită de certifiacte/ documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau client beneficiar, pentru fiecare lucrare în parte.

- Anexa 2 la Formular nr. 12E - experiență similară;
- Formular nr. 18 – Recomandări” și anume:

La întrebarea nr. 1 - „Vă rugăm să clarificați care este obiectul contractelor acceptate ca experiență similară. Ținând cont că, în conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții - Art. 22 e), f) - asistența tehnică din partea proiectantului este o etapă a proiectării, vă rugăm să ne confirmați că un contract de proiectare poate fi acceptat ca experiență similară, atât timp cât

cerința referitoare la valoarea contractului este îndeplinită. Menționăm că în cele mai multe cazuri - așa cum este și firesc și așa cum terminologia o arată - contractele de proiectare includ și asistența tehnică a proiectantului pe durata realizării proiectului”, răspunsul autorității contractante a fost: „Se respectă cerința cu privire la Experiența similară prevăzută de capitolul II 1.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de Date a achiziției.”

La întrebarea nr. 2 - „Vă rugăm să ne confirmați că o recomandare a beneficiarului, care nu respectă întocmai modelul Formularului 18, dar conține datele esențiale pentru dovedirea experienței, va fi acceptată”, răspunsul autorității contractante a fost: „Se respectă modalitatea de îndeplinire a Experienței similare prevăzută la capitolul II 1.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de Date a achiziției”.

În ceea ce privește primul răspuns, autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, întrucât răspunsurile formulate fac trimitere doar la Fișa de Date, autoritatea contractantă nefăcând nicio mențiune sau precizare care să vină în sprijinul operatorilor economici.

Prin răspunsul nr. .../... la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă practic nu clarifică în niciun fel aspectele supuse atenției și care sunt importante pentru operatorii economici interesați în elaborarea documentației pentru participarea la această licitație.

În ceea ce privește al doilea răspuns, autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 11 alin. 2) din H.G. nr. 925/2006.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile prevăzute de art. 78 alin. (2), art. 33 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 11 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 și ale H.G. nr. 925/2006.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. .../... înregistrată la Consiliu sub nr. 35187/... autoritatea contractantă invocă excepția tardivității introducerii contestației.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte” online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului, pentru proiectul «Modernizarea

parcurilor balneare din stațiunea ... În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... din data de 04.10.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „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 răspunsurile la solicitările de clarificări prin care autoritatea contractantă îi aduce la cunoștință faptul că cerințele în discuție rămân neschimbate, 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 (...)*” și de excepția tardivității introducerii contestației, invocată de autoritatea contractantă, 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 formularea clar și fără ambiguități referitoare la cerința privind experiența similară din fișa de date prevăzută la capitolul III.2.3”, precum și „modificarea răspunsului 2, în sensul acceptării unei recomandări care să conțină datele esențiale fără să respecte modelul impus”.

Valoarea estimată a contractului de achiziție publică de servicii fiind de 217.442,75 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 cerințele privind experiența similară și modalitatea de îndeplinire a experienței similare, prevăzute în documentația de atribuire și considerate restrictive de către contestator.

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 04.10.2013.

Din documentele existente la dosarul cauzei rezultă că autoritatea contractantă a primit solicitarea de clarificări referitoare la cerințele în discuție din cadrul documentației de atribuire.

Prin adresa nr. ... din ... publicată în SEAP la data de ... orele 10:50 („Răspuns clarificări”), autoritatea contractantă nu aduce modificări cerințelor documentației de atribuire, arătând că cerințele în discuție rămân neschimbate.

Ca urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări antemenționate, ... a investit Consiliul prin contestația nr..... înregistrată la Consiliu sub nr. ... transmisă prin fax 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 04.10.2013.

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 04.10.2013, 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 04.10.2013 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 04.10.2013, 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 solicită precizări cu privire la conținutul documentației de atribuire sau modificarea acesteia, 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 răspunsurile la clarificări din adresa nr. .../... contestată, rezultă că autoritatea contractantă menține cerințele din documentația 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 documentației – 04.10.2013 - 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 întrebărilor formulate, este evident, pe de o parte că societatea contestatoare nu dorește o precizare/detalieri/explicare a cerințelor din documentația de atribuire, ci modificarea 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 9 (nouă) pagini.