



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 CIF ... „împotriva actelor autorității contractante care încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice”, elaborate de către..... – ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... B-dul ... județul ... în cadrul procedurii de...„licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Construcția sistemelor de alimentare cu apă și canalizare pentru aglomerările Cujmir și Branștea”, s-a solicitat „obligarea autorității contractante să elimine cerințele nelegale din documentația de atribuire care încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice”.

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

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată de ... „împotriva actelor autorității contractante care încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice”, elaborate de către..... - ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de...„licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Construcția sistemelor de alimentare cu apă și canalizare pentru aglomerările Cujmir și Braniștea”, s-a solicitat „obligarea autorității contractante să elimine cerințele nelegale din documentația de atribuire care încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice”.

Contestatorul consideră că, prin modul de întocmire a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 2, art. 35 alin. (5) și art. 188 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin adresa transmisă în data de 29.10.2013, prin fax, contestatorul i-a solicitat autorității contractante remedierea actelor administrative care încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice și prelungirea duratei de depunere a ofertelor, cu fixarea termenului ulterior măsurilor ce vor fi dispuse, însă aceasta nu a răspuns în termenul legal.

Contestatorul a solicitat următoarele:

a) Eliminarea prevederilor Cap. III.2.3.a) - cerința 1: „pentru contracte de execuție rețele de canalizare - ofertantul trebuie să fi executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 32,80 Km de rețele de canal;

b) Eliminarea prevederilor Cap.III.2.3.a) - cerința 2: „pentru contracte de execuție rețele de apă potabilă - ofertantul trebuie să fi executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 37,71 Km de rețele de apă potabilă și/sau aducțiuni de apă potabilă.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 35 alin. (5) și ale art. 188 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006.

Impunerea în documentația de atribuire la Cap. III.2.3.a), cerința 1 și cerința 2 în sarcina ofertantului de a prezenta cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 32,80 km rețele de canal, respectiv a cel puțin 37,71 km rețele de apă potabilă și/sau aducțiuni de apă potabilă încalcă prevederile art.2, art. 35 alin. (5) și art. 188 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 prin limitarea la un singur contract a distanței de rețele de canal,

respectiv rețele de apă potabilă, în condițiile în care condiția privind realizarea unei distanțe minime de rețea de canal, respectiv de rețea de apă potabilă, poate fi îndeplinită de ofertant în două sau mai multe contracte.

Menținerea acestor cerințe încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă neputând impune în sarcina ofertanților obligativitatea realizării distanței minime solicitate în documentația de atribuire, în cadrul unui singur contract.

Prin adresa nr. .../15.11.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../15.11.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care consideră contestația neîntemeiată deoarece:

- documentația de atribuire a fost întocmită conform legislației în vigoare – O.U.G. nr. 34/2006, H.G. nr. 925/2006, Ordinul ANRMAP nr. 2266/2012, Anexa 2;
- acceptarea solicitării contestatorului privind eliminarea cerințelor solicitate în contestație ar însemna încălcarea de către autoritatea contractantă a Ordinului nr. 2266/2012 Anexa 2, Fișa de date – Capacitatea tehnică și/sau profesională.
- autoritatea contractantă a impus cerințele de calificare invocate mai sus, la jumătate față de cantitățile reale ale contractului.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nelegală, neîntemeiată și nemotivată.

Prin adresele nr. .../...-.../19.11.2013 și nr. .../...-.../19.11.2013, Consiliul a pus în discuția părților excepția privind tardivitatea introducerii contestației.

Până la data emiterii prezentei decizii, părțile nu au răspuns la solicitarea Consiliului.

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

... - ... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Construcția sistemelor de alimentare cu apă și canalizare pentru aglomerările Cujmir și Braniștea”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în S.E.A.P. anunțul de participare nr. ...

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:

Prin contestația transmisă prin fax la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la data de ... astfel cum rezultă din raportul de fax existent la dosarul cauzei, ... a solicitat eliminarea unor cerințe din documentația de atribuire, referitoare la contractele similare pe care trebuie să le fi executat ofertantul, precum și prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Valoarea estimată a contractului cu TVA, prevăzută în anunțul de participare, fiind de 48.076.455,23 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 este de cel mult 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Contestația fiind depusă 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 27.09.2013.

La data de 29.10.2013, contestatorul a înaintat autorității contractante, prin fax, notificarea fără număr de înregistrare la emitent, prin care solicită eliminarea unor cerințe din documentația de atribuire, referitoare la contractele similare pe care trebuie să le fi executat ofertantul, precum și prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Prin această notificare, contestatorul comunică autorității contractante că „În caz contrar, ne vom adresa cu contestație către CNSC, în baza prevederilor legale (...)”.

Analizând conținutul acestei adrese coroborat cu prevederile legale în vigoare, Consiliul urmează să o califice ca fiind notificare în

temeiul prevederilor art. 256¹ din O.U.G. nr. 34/2006 și nu solicitare de clarificări în temeiul prevederilor art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006.

Ca urmare a faptului că autoritatea contractantă nu a răspuns la notificarea antemenționată, ... a investit Consiliul cu contestația ... prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii. În preambulul contestației, contestatorul menționează „explicit” că aceasta este îndreptată împotriva actelor autorității contractante care încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice și solicită obligarea autorității contractante „să elimine cerințele nelegale din documentația de atribuire care încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice”....Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele pe care le reclamă (documentația de atribuire) la data de 27.09.2013.

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 27.09.2013, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care face parte integrantă fișa de date 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 27.09.2013 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 27.09.2013, 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.

Transmiterea de către un operator economic a unei notificări autorității contractante, 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/notificare 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, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări sau de modificare a documentației de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel, solicitarea de modificare a documentației de atribuire, făcută de către contestator sau de către alți operatori economici, 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.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 și art. 256¹ din OUG nr. 34/2006, prin cererea de clarificare/notificarea formulată la o documentație de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințele tehnice impuse de către autoritatea contractantă.

Potrivit art. 256¹ din O.U.G. nr. 34/2006, „înainte de a se adresa instanței competente, persoana vătămată notifică autoritatea contractantă cu privire la pretinsa încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la intenția de a sesiza instanța judecătorească competentă. Dispozițiile art. 205 și 256² rămân aplicabile” astfel această notificare 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 de drept procedura astfel cum prevede art. 256¹ alin. (2) din același act normativ.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări sau notificare a autorității contractante 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 – 27.09.2013 - 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.

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. 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.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, să respingă ca tardiv introdusă contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... – ... și să dispună continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

.....Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.