



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP
030084

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. 230/...

Data:...

Prin contestația nr. 5/... înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... cu sediul în ... județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CUI ... reprezentată legal de ... - ... împotriva răspunsului la solicitările de clarificare nr. 11/20.01.2014, publicat în SEAP la data de 20.01.2014, ora 16:09, elaborat de autoritatea contractantă cu sediul în ... județul ... în cadrul procedurii de atribuire în vederea încheierii unui acord cadru de lucrări, prin „cerere de oferte”, având ca obiect: „... cod CPV 45233141-9, cu etapă finală de licitație electronică, s-au solicitat următoarele:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 275¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, ca unică măsură de prevenire a prejudicierii valorilor de interes public ocrotite privind corecta, libera și loiala concurență, valori ocrotite și prin prevederile art. 2 din OUG nr. 34/2006 și întărite prin prevederile art. 2 alin. (1) din HG nr. 925/2006;

- remedierea deficiențelor constatate referitoare la documentația de atribuire prin anularea răspunsului la solicitarea de clarificare ce face obiectul prezentei contestații și emiterea unui nou act în vederea conferirii tratamentului egal și, în fond, a egalității de șanse pentru toți operatorii economici interesați de procedură în vederea posibilității de a participa într-un sistem concurențial corect și nerestricționat;

- iar în condițiile în care acest lucru nu este posibil, să se dispună anularea procedurii de atribuire date fiind gravele abateri ale autorității contractante cum sunt ele definite de art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și, fără a se mai pronunța asupra fondului cauzei, respinge, ca tardiv introdusă, contestația formulată de ... cu sediul în județul ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă cu sediul în județul ...

Pe cale de consecință, Consiliul respinge, ca rămasă fără obiect, solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză, formulată de ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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 nr. 5/... înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... împotriva răspunsului la solicitările de clarificare nr. 11/20.01.2014, publicat în SEAP la data de 20.01.2014, ora 16:09, elaborat de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în vederea încheierii unui acord cadru de lucrări, prin „cerere de oferte”, având ca obiect: „... .. cod CPV 45233141-9, cu etapă finală de licitație electronică, s-au solicitat următoarele:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 275¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, ca unică măsură de prevenire a prejudicierii valorilor de interes public ocrotite privind corecta, libera și loiala concurență, valori ocrotite și prin prevederile art. 2 din OUG nr. 34/2006 și întărite prin prevederile art. 2 alin. (1) din HG nr. 925/2006;

- remedierea deficiențelor constatate referitoare la documentația de atribuire prin anularea răspunsului la solicitarea de clarificare ce face obiectul prezentei contestații și emiterea unui nou act în vederea conferirii tratamentului egal și, în fond, a egalității de șanse pentru toți operatorii economici interesați de procedură în vederea posibilității de a participa într-un sistem concurențial corect și nerestricționat;

- iar, în condițiile în care acest lucru nu este posibil, să se dispună anularea procedurii de atribuire date fiind gravele abateri

ale autorității contractante cum sunt ele definite de art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

În fapt, contestatorul susține următoarele:

- autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire în cauză prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. ... împreună cu documentația de atribuire aferentă;

- termenul limită de depunere a ofertelor îl reprezintă data de ..., ora 9.00, iar la aceeași dată, orele 11.00, va avea loc procedura de deschidere a acestora;

- în data de 20.01,2014, ora 16:09, autoritatea contractantă a postat, în SEAP, răspunsul nr. 11 privitor la o solicitare de clarificare provenită din partea unui operator economic prin care se notificau toți ofertanții interesați de procedură de faptul că ofertantul are obligația de a avea sediul social sau un punct de lucru la data limită de depunere a ofertelor pe raza de activitate a ocoalelor silvice din cadrul lotului pentru care depune oferta;

- o astfel de precizare este menită de a restricționa concurența și se află în totală contradicție cu prevederile legale în materia achizițiilor publice, aducând gravă atingere scopului și principiilor definite de art. (2) din OUG nr. 34/2006 și prevederile art. 2 alin. (3) din HG nr. 925/2006;

- în aceeași ordine de idei, contestatorul consideră că autoritatea contractantă îngreșește dreptul operatorilor economici de a participa la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului, conform celor specificate în acest sens la art. 8 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006;

- contestatorul consideră condiția de calificare impusă de autoritatea contractantă privitoare la existența sediului social al ofertantului sau a unu punct de lucru pe raza unei anumite zone ca fiind o clauză restrictivă;

- totodată, arată că, în mod firesc, se putea solicita un angajament din partea operatorului economic participant de a își organiza activitatea în vederea derulării corespunzătoare a contractului, în condițiile declarării acestuia ca și câștigător, prin deschiderea unui punct de lucru în zonă;

- de altfel, contestatorul afirmă că, ca și operator economic, a înțeles, până la postarea răspunsului la solicitarea de clarificare, tocmai acest lucru de a-și asuma angajamentul de a deschide un punct de lucru pe raza fiecarui lot unde intenționează a participa, deși acest lucru, datorită geografiei fiecărui lot, raportat la harta județului ... nu i se părea concludent, doar la satisfacerea necesității de a interveni prompt;

- contestatorul susține că, în mod evident, sunt favorizați doar operatorii care au puncte de lucru pe raza celor patru loturi prezentate în fișa de date a procedurii de achiziție publică și nu consideră că o astfel de situație este benefică mediului concurențial;

- contestatorul afirmă că singura precizare se regăsește în conținutul unei fraze inserată pe două rânduri în caietul de sarcini la pag. 9, respectiv "promitentul executant va deține cel puțin un punct de lucru/sediu pe raza de activitate a ocoalelor silvice din cadrul lotului/loturilor pentru care depune oferta", frază care, inserată astfel, prin nesocotirea obligației legale de a stipula criteriul de calificare în invitația de participare, constituie clauză nescrisă conform art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006;

- însă, subliniază că, caietul de sarcini cuprinde, în mod obligatoriu, specificații tehnice, conform cu art. 35 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, iar existența unul punct de lucru nu reprezintă o specificație tehnică, ci un criteriu de calificare mascat, în acest mod, raportat la situația dată, pentru a prezumție de legalitate în vederea descalificării operatorilor economici neagreați; în acest sens, consideră că pe analiza invitației de participare și a fișei de date a achiziției nu se constată folosirea măcar o dată a sintagmei "punct de lucru";

- pe aceste considerente, contestatorul a solicitat Consiliul să constate faptul că răspunsul la solicitarea de clarificare este actul autorității contractante prin care se schimbă sensul gramatical conferit prevederii din caietul de sarcini și, în mod implicit, se distorsionează concurența loială și se crează condiții discriminatorii și un climat ce aduce atingere egalității de șanse și principiului nediscriminării cu consecințe implicit asupra utilizării eficiente a fondurilor publice.

Prin adresa nr. 1259/.../... Consiliul a solicitat ... opinia sa referitoare la excepția tardivității contestației, raportată la documentul contestat și anume clarificarea nr. 11/20.01.2014, prin care nu s-a modificat documentația de atribuire atașată invitației de participare nr. ... la prevederile art. 256² alin. (1) și (2) coroborat cu art. 55 și cu art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și la dispozițiile art. 1 din Ordinul ANRMAP nr. 171/2012, care interzic autorității contractante modificarea documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 7/23.01.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 2397/..., ... a menționat că, după cum a precizat și în contestația inițială, răspunsul la solicitarea de clarificare se încadrează în prevederile art. 255 alin. (1) coroborat cu alin. (3) al aceluiași articol din OUG nr. 34/2006, motivat de considerentele de mai jos:

- procedural, nu a contestat anunțul de intenție și nici fișa de date și nici măcar caietul de sarcini, ci un cu totul alt act al autorității contractante; este vorba despre o clarificare solicitată de un operator economic cu privire la o prevedere din caietul de sarcini, clarificare care este în sine un act separat de ceea ce presupune un caiet de sarcini, anunț de intenție sau fișă de date;

- răspunsul la solicitarea de clarificare schimbă sensul gramatical al unei fraze strecurată în caietul de sarcini, creând astfel efecte juridice noi raportat la situația inițială și, prin urmare, este un act ce modifică documentația de atribuire, încălcând astfel prevederile art. 1 din Ordinul ANRMAP nr. 171/2012;

- recunoașterea reciprocă este un principiu, stipulat la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, ce are la bază încrederea; de aceea, pornind de la prezumția de legalitate și acordând bună credință autorității contractante, ca și operator economic a considerat că într-o documentație de atribuire nu pot fi strecurate clauze restrictive, de ordin chiar discriminatoriu, care să afecteze scopul actului normativ, respectiv al OUG nr. 34/2006, privind promovarea concurenței;

- conform art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 "autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire". În caietul de sarcini, la pagina 9 apare fraza "promitentul executant va deține cel puțin un punct de lucru/sediu pe raza de activitate a ocoalelor silvice din cadrul lotului/loturilor pentru care depune oferta";

Față de acest aspect, contestatorul a solicitat Consiliului să constate faptul că:

1. sintagma "punct de lucru" este regăsită doar în caietul de sarcini în fraza indicată. Restul documentației de atribuire (invitație de participare și fișă de date unde ar trebui cuprinse, în mod explicit, criteriile de clarificare) nu face referire la puncte de lucru;

2. Fraza nu are un caracter clar, formularea fiind ambiguă. Mai mult de atât, verbul a deține este folosit la timpul viitor, iar coroborând cu faptul că fraza se regăsește în caietul de sarcini la capitolul III. Întocmirea documentațiilor necesare execuției lucrărilor, capitol ce face referire, după cum și începe, la modul în care promitentul executant își va asuma derularea lucrărilor "după semnarea contractelor subsecvente", se inducea percepția asupra angajamentelor pe care și le asumă a le întreprinde ofertantul în condițiile adjudecării procedurii și, nicidecum, înainte de aceasta.

De asemenea, contestatorul a solicitat Consiliul să ia act de faptul că scopul operatorilor economici nu este acela de a contesta procedurile de achiziție publică, ci acela de a putea participa în sensul adjudecării lucrărilor în scopul de a valorifica anumite cote de piață și, în final, de a-și genera profit.

Totodată, contestatorul precizează că se pot face contestații numai asupra unor elemente clare. Ori, ținând cont de argumentele prezentate până acum, fraza, raportat și la celelalte documente ale procedurii ce nu induceau în atenție obligația, de altfel nelegală fiind în deplină contradicție cu prevederile art. 2 și 17 din OUG nr. 34/2006, după cum a arătat în contestație, de a deține un punct de lucru înainte de a ofera, nu avea o conotație clară.

Contestatorul apreciază că nerespectarea art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 de către autoritatea contractantă privind caracterul clar și explicit atribuit criteriilor și regulilor de calificare, nu putea genera exercitarea dreptului la contestație asupra documentației de atribuire fără ca autoritatea contractantă să nu-și clarifice intenția; în contextul unei neexplicitări a acestei cerințe, nimeni nu poate porni de la prezumția că autoritatea contractantă are intenții contrare dispozițiilor legale fiind grav afectate prevederile art. 17 cu incidență asupra art. 2 din OUG nr. 34/2006.

De altfel, afirmă că procedura solicitării de clarificări este similară unei proceduri prealabile datorită rolului său de a se conferi un grad ridicat de transparentă și de a preîntâmpina grevarea, inclusiv, a Consiliului cu o multitudine de acte deduse analizei.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 1258/.../... 23.01.2014, transmiterea, în copie, a dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere referitor la contestație.

De asemenea, Consiliul a cerut să transmită opinia referitoare la excepția tardivității contestației, raportată la documentul contestat și anume clarificarea nr. 11/20.01.2014, prin care nu s-a modificat documentația de atribuire atașată invitației de participare nr. ... la prevederile art. 256² alin. (1) și (2) coroborat cu art. 55 și cu art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și la dispozițiile art. 1 din Ordinul ANRMAP nr. 171/2012, care interzic autorității contractante modificarea documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 10555/..., înregistrate la CNSC cu nr. 2395/..., autoritatea contractantă a comunicat documentele cerute și punctul său de vedere, solicitând Consiliului respingerea contestației, formulată de ... ca tardiv introdusă, din următoarele motive:

- „toate motivele care au stat la baza fundamentării și formulării contestației fac referire clară la documentația de atribuire

care a fost publicată în data de 09.01.2014, dată de la care au trecut 12 zile până pe data de ...

- clarificările solicitate ulterior, (datei publicării în SEAP) de diverși operatori economici (clarificări care au detaliat diverse aspecte din documentația de atribuire) care au generat corespondența prin operatorul SEAP, nu au ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire în forma precizată la data de 09.01.2014 și menținută ulterior, sau decalarea datei de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestației, întrucât dispozițiile legale nu prevăd faptul că o solicitare de clarificări, făcută în temeiul art.78 din OUG 34/2006, întrerupe ori suspendă termenul de depunere a contestației. În conformitate cu art.78 din OUG nr. 34/2006 operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, însă prin cererea de clarificări, nu se poate forța o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la prevederi din documentația de atribuire.

- dacă s-ar admite interpretarea, că orice explicație privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac a actelor vizând documentația de atribuire, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor prin art. 256² din ordonanță ceea ce este de neacceptat”.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire în vederea încheierii acordului cadru de lucrări prin „cerere de oferte”, având ca obiect: „... .. cod CPV 45233141-9, cu etapă finală de licitație electronică, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, invitația de participare nr. ... conform căreia valoarea estimată a achiziției este cuprinsă între 10.975.717,84 și 19.....095,54 lei, fără TVA.

Conform prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Având în vedere norma anterior invocată, Consiliul va proceda la soluționarea excepției tardivității contestației formulată de ... invocată de în cadrul punctului său de vedere transmis prin adresa nr. 10555/..., înregistrate la CNSC cu nr. 2395/....

Astfel, Consiliul va reține faptul că ofertantul ... a transmis, în data de ... contestația nr. 5/... înregistrată la CNSC sub nr. ...

De asemenea, Consiliul ia în considerare faptul că, deși contestatorul precizează ca act atacat, adresa de clarificare nr. 11 din data de 20.01.2014, despre care a luat la cunoștință în data de 20.01.2014, ora 16:09, odată cu publicarea acesteia în SEAP, în

fapt, acesta atacă prevederile documentației de atribuire, publicată în SEAP în data de 09.01.2014, reținut fiind faptul că, prin adresa de clarificări, autoritatea contractantă nu a modificat documentația de atribuire, ci numai a detaliat elementele acesteia, respectând astfel dispozițiile art. 1 din Ordinul ANRMAP nr. 171/2012, care stabilește că "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 SEAP".

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă, prin care s-au cerut o serie de clarificări privind anumite aspecte din documentația de atribuire, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației în cauză sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune, în mod expres, faptul că o solicitare de clarificare făcută în temeiul prevederilor art. 78 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi data răspunsului la solicitările de clarificări, întrucât legiuitorul nu dispune, imperativ, că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel, cererea unor clarificări, la care autoritatea contractantă a răspuns, nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

De asemenea, Consiliul nu reține alegațiile contestatorului privind ambiguitatea din documentația de atribuire, faptul că pot fi contestate numai elementele clare și cele privind statutul solicitării de clarificări ca fiind o procedură prealabilă, deoarece legiuitorul a specificat clar, explicit faptul că autoritatea contractantă nu are dreptul de a modifica documentația de atribuire.

Consiliul reține că valoarea estimată a acordului cadru de lucrări, conform invitației de participare nr. ... este cuprinsă între 10.975.717,84 și 19.....095,54 lei, fără TVA.

Prin urmare, având în vedere faptul că, în contestația înaintată CNSC spre soluționare, este vorba despre un acord cadru de lucrări, iar valoarea estimată este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul apreciază că, în

cauză sunt incidente prevederile art. 256² alin. (1) lit. b) din același act normativ potrivit căruia „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: b) 5 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 mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)”.

Art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, stipulează că „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 (...)”.

De asemenea, art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, stipulează 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 evenimentul sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului (...)”.

Față de cele precizate anterior, raportat la normele legale invocate, Consiliul, ținând cont că data luării la cunoștință, de către ... despre conținutul documentației de atribuire, respectiv data invitației de participare nr. ... a fost 09.01.2014, odată cu publicarea acestora în SEAP, iar contestația acestuia a fost transmisă către atât către CNSC, prin fax, în data de ... ora 10:38, cât și către autoritatea contractantă tot în data de ... ora 10:31, în mod evident, termenul de 5 zile, în care contestația putea fi transmisă atât Consiliului, cât și a fost depășit; ultima zi a termenului legal fiind data de 14.01.2014.

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (1) și alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite excepția tardivității contestațiilor invocată de autoritatea contractantă și va respinge, ca tardiv introdusă, contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Va dispune continuarea procedurii de atribuire, potrivit art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Întrucât, conform celor de mai sus, Consiliul s-a pronunțat în sensul admiterii excepției tardivității contestației în cauză, solicitarea contestatorului de suspendare a procedurii de atribuire, în cauză, va fi respinsă, ca rămasă fără obiect, în baza dispozițiilor art. 275¹ alin.

(1) din ordonanța de urgență, potrivit căroră: „În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, Consiliul, până la soluționarea fondului cauzei, poate să dispună, în termen de 3 zile, la cererea părții interesate, prin decizie, măsura suspendării procedurii de achiziție publică”.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin.(3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 10 (zece) pagini.