



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 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 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. ... formulată de ... cu sediul în ... județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CIF ... „împotriva de atribuire publicată în SEAP cu numărul ... din data de republicată prin răspunsul la clarificare nr. 1 (adresa nr. 3005 din 18.03.2014)”, emisă de ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de , având ca obiect „ cod CPV finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Mediu Axa prioritară 2 – „Dezvoltarea sistemelor de management integrat al deșeurilor și reabilitarea siturilor istorice contaminate”, Domeniul Major de Intervenție 1 – „Dezvoltarea sistemelor integrate de management al deșeurilor și extinderea infrastructurii de management al deșeurilor”, Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii până la soluționarea contestației;
- obligarea autorității contractante la refacerea de atribuire.

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. ... formulată de ... cu sediul în 5, împotriva clarificării nr. 3229/24.03.2014 prin care se aduc lămuriri în ceea ce privește natura sancțiunilor pe care autoritatea contractantă le va aplica în temeiul art. 10 din documentul intitulat „Informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii” și

clarificarea nr. 3419/... autorității contractante la întrebarea nr. 5 și anume: „Prevederea referitoare la clauza 14.5 din CSC Fidic galben **nu se modifică – sintagma «nu se aplică» rămâne valabilă.** Ordinul prevede posibilitatea și aspectele de luat în calcul în cazul în care beneficiarul decide activarea acestei clauze și nu obligativitatea activării acestei clauze”, emise de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la eliminarea art. 10 din documentul intitulat „Informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”;
- obligarea autorității contractante de a adapta formularul 11 A, Anexa la ofertă, menținând în vigoare clauza 14.5 în conformitate cu prevederile Ordinului comun nr. 1127 al Ministerului Mediului, Ministerului Transporturilor, Ministerului Fondurilor și Ministerul Dezvoltării Regionale, publicat în M. Of. Nr. 711/19.11.2013 prin care se aprobă „Instrucțiunea privind plata echipamentelor și/sau livrate pe șantier”;
- suspendarea procedurii de achiziție publică în temeiul prevederilor art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

În temeiul art. 273 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, cele două contestații au fost conexe.

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

DECIDE:

Respinge ca tardiv introduse contestațiile formulate de ... și ... ambele 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 de atribuire publicată în SEAP cu numărul ... din data de republicată prin răspunsul la clarificare nr. 1 (adresa nr. 3005 din 18.03.2014)”, emisă de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de , având ca obiect „ cod CPV finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Mediu Axa prioritară 2 –„Dezvoltarea sistemelor de management integrat al deșeurilor și reabilitarea siturilor istorice contaminate”, Domeniul Major de Intervenție 1 – „Dezvoltarea sistemelor integrate de management al deșeurilor și extinderea infrastructurii de management al deșeurilor”, Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii până la soluționarea contestației;
- obligarea autorității contractante la refacerea de atribuire.

Contestatorul consideră că cerințele referitoare la garanția de bună execuție solicitate prin documentația de atribuire sunt nelegale, arătând că informații despre constituirea garanției de bună execuție se găsesc în Anunțul de participare nr. .../ și în Fișa de date – „Garanția de bună execuție este de 10% din valoarea contractului de , fără TVA. Garanția de bună execuție se constituie conform prevederilor art. 90 din H.G. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare. Restituirea garanției de bună execuție se va face conform prevederilor H.G. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare”.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 86, art. 89 și art. 90 din H.G. nr. 925/2006.

Cu toate că art. 89 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 impune autorității contractante obligația de a stabili cuantumul garanției astfel încât să nu depășească 10% din prețul contractului fără TVA, în Formularul nr. 11A - Anexa la formularul de ofertă, apare obligația ofertantului de a constitui două garanții de bună execuție diferite și care adunate depășesc procentul de 10% din prețul ofertei așa cum prevede legislația de achiziție publică, respectiv:

„Garanția de bună execuție va fi constituită într-o formă acceptată de Autoritatea Contractantă în procent de 10% din Valoarea totală a Contractului și în moneda contractului”, prevăzută în sub-clauza 4.2 din condițiile speciale la contract și „Garanția de îndeplinire a contractului (garanția de îndeplinire a costului de operare) va fi constituită într-o formă acceptată de Autoritatea Contractantă în procent de 5% din Valoarea totală a Contractului și

în monedă a contractului”, prevăzută în sub-clauza 4.2.1 din condițiile speciale la contract.

Obligația constituirii acestor două tipuri de garanții se găsește și în Condițiile speciale la contract, în următoarea formulare:

„Sub-clauza 4.2. - Antreprenorul va constitui pe cheltuiala sa, în perioada de valabilitate a ofertei, o Garanție de bună execuție în forma, valoarea și pentru perioada specificată în Anexa la Formularul de Ofertă”, respectiv

„Sub-clauza 4.2.1 - Antreprenorul va constitui pe cheltuiala sa, în perioada de valabilitate a ofertei, o Garanție de îndeplinire a costurilor de operare în forma, valoarea și pentru perioada specificată în Anexa la Formularul de Ofertă”.

Mai mult, sub-clauza 4.2 mai are inserată o sub-clauză, preluată și în sub-clauza 4.2.1 din condițiile speciale, formulată astfel: „De fiecare dată când valoarea Garanției de bună execuție se va diminua cu sumele revendicate de Beneficiar în conformitate cu prevederile Contractului, Antreprenorul va acționa imediat în sensul reîntregirii acesteia”.

Aceasta înseamnă că valorile garanției de bună execuție și a garanției de îndeplinire a costurilor de operare este nelimitată, solicitare care încalcă grav dispozițiile legale în materia achizițiilor publice. Practic, o scrisoare de garanție bancară/polită de garanție nu poate fi reîntregită. O astfel de solicitare înseamnă emiterea unei alte scrisori/polite de garanție, fapt neprevăzut de H.G. nr. 925/2006.

Cerințele autorității contractante solicitate prin Anexa la ofertă și reiterate în condițiile speciale la contract sunt în contradicție cu dispozițiile legale prevăzute de art. 89 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, care impune autorității contractante obligația de a stabili quantumul garanției de maxim 10% din prețul contractului fără TVA. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea quantumului garanției de bună execuție, astfel încât ambele feluri de garanții solicitate să se încadreze în procentul legal de 10% și fără reîntregirea acestora.

În drept, contestatorul invocă art. 255 și următoarele din O.U.G. nr. 34/2006, H.G. nr. 925/2006.

Prin contestația formulată, ... prin ... contestă clarificarea nr. 3229/24.03.2014 prin care se aduc lămuriri în ceea ce privește natura sancțiunilor pe care autoritatea contractantă le va aplica în temeiul art. 10 din documentul intitulat „Informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii” și clarificarea nr. 3419/... autorității contractante la întrebarea nr. 5 și anume: „Prevederea

referitoare la clauza 14.5 din CSC Fidic galben **nu se modifică – sintagma «nu se aplică» rămâne valabilă**. Ordinul prevede posibilitatea și aspectele de luat în calcul în cazul în care beneficiarul decide activarea acestei clauze și nu obligativitatea activării acestei clauze”, emise de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând:

- obligarea autorității contractante la eliminarea art. 10 din documentul intitulat „Informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”;
- obligarea autorității contractante de a adapta formularul 11 A, Anexa la ofertă, menținând în vigoare clauza 14.5 în conformitate cu prevederile Ordinului comun nr. 1127 al Ministerului Mediului, Ministerului Transporturilor, Ministerului Fondurilor și Ministerul Dezvoltării Regionale, publicat în M. Of. Nr. 711/19.11.2013 prin care se aprobă „Instrucțiunea privind plata echipamentelor și/sau livrate pe șantier”;
- suspendarea procedurii de achiziție publică în temeiul prevederilor art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul precizează că în clarificarea nr. 3229/24.03.2014, autoritatea contractantă, prin răspunsul dat la întrebările nr. 1, 2 și 13, aduce lămuriri atât în ceea ce privește natura sancțiunilor pe care înțelege să le aplice, în cazul în care se depășesc costurile de operare ofertate, precum și rațiunea care fundamentează o astfel de măsură a autorității contractante.

Astfel, la întrebarea nr. 2 se solicită:

„Vă rugăm să explicați ce se înțelege prin fraza: „Beneficiarul își rezervă dreptul de a solicita restituirea totală a sumelor decontate dacă în timpul PND costurile de operare depășesc costurile de operare ofertate” de la art. 10 din documentul „Informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”.

Răspunsul autorității contractante menționează: „Prin enunțul de la art. 10 din documentul „Informații privind clauzele contractuale” se înțelege că, dacă în timpul PND, costurile de operare depășesc costurile de operare ofertate, obiectul contractului nu este îndeplinit. Mai mult, deoarece în cadrul prezentei proceduri de licitație, costul de operare este factor de evaluare (cu o pondere substanțială de 40%), în cazul în care se produce acest fenomen, autoritatea contractantă este pasibilă de corecții financiare majore imputabile, datorate exclusiv ofertantului, pe de o parte ca urmare a modificării valorii unui factor de evaluare pe baza căruia a fost declarat ofertantul câștigător și pe de altă

parte datorită neîndeplinirii, în consecință, a unuia din indicatorii principali ai proiectului asumat față de finanțator”.

Justificarea adusă de autoritatea contractantă vine în contradicție cu clauzele prevăzute în Secțiunea 2 „Condiții speciale de contract” prin care sunt reglementate condițiile în care autoritatea contractantă va acționa Beneficiarul în cazul în care sunt depășite costurile de operare oferite.

În considerarea mijloacelor de garantare, prin care autoritatea contractantă are posibilitatea să acopere eventualele consecințe rezultate ca urmare a unor neconcordanțe între costurile de operare oferite și cele stabilite la terminarea Perioadei de Notificare a Defectelor, orice alt drept pe care și-l rezervă autoritatea contractantă încalcă principiul transparenței și conduce la o prejudiciere directă a ofertantului câștigător.

Contestatorul se consideră „constrâns” de autoritatea contractantă nu numai la îndeplinirea unei obligații imperative, în sensul constituirii garanției de îndeplinire a costurilor de operare, ci să își asume restituirea „tuturor sumelor încasate” în condițiile în care a adus la îndeplinire toate celelalte obligații contractuale.

Stabilirea criteriului de atribuire precum și a algoritmului de calcul în baza căruia va avea loc punctarea ofertelor participante în procedura de atribuire nu poate reprezenta, în etapa de executare a contractului, un temei legal care să ducă la reținerea sumelor de încasat pentru obligațiile executate contractual.

În acest sens, în raport de quantumul propunerii financiare și de costurile de operare, stabilite de fiecare operator economic în parte, autoritatea contractantă va realiza clasamentul ofertanților, stabilind oferta câștigătoare, fără însă a avea posibilitatea ca, după atribuirea contractului să aplice sancțiuni invocând unul din factorii care au consus la stabilirea ofertei câștigătoare.

Contestatorul solicită eliminarea art. 10 din documentul intitulat „Informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”, având în vedere lămuririle aduse în cuprinsul Clarificării nr. 3229/24.03.2014 privind raționamentul de fundamentare a acestui „drept” pe care autoritatea contractantă încearcă să și-l conserve contrar obligațiilor stipulate în Secțiunea 2 „Condiții speciale de contract”.

În ceea ce privește Clarificarea nr. 3419/... contestatorul are în vedere refuzul autorității contractante de a acorda operatorilor economici o facilitate expres prevăzută și a cărei utilitate a fost stipulată chiar în expunerea de motive care justifică necesitatea emiterii Ordinului comun nr. 1127/2013 al Ministerului Mediului,

Ministerului Transporturilor, Ministerului Fondurilor și Ministerului Dezvoltării Regionale.

Astfel, la întrebarea nr. 5 din Clarificarea nr. 3419/... se precizează: „Referitor la clauza 14.5 din CSC Fidic galben se precizează că „nu se aplică”. Este în vigoare Ordinul comun nr. 1127 al Ministerului Mediului, Ministerului Transporturilor, Ministerului Fondurilor și Ministerului Dezvoltării Regionale, publicat în M. Of. Nr. 711/19.11.2013 prin care se aprobă „Instrucțiunea privind plata echipamentelor și/sau livrate pe șantier”. În cadrul acestei Instrucțiuni la punctul 3.B se precizează că subclauza 14.5 se va aplica în contractele în derulare și la cele în procedura de licitație, în vederea creșterii ritmului de implementare a lor prin asigurarea unui flux de numerar adecvat pentru Antreprenori. În acest context vă rugăm să adaptați formularul 11 A, Anexa la ofertă, în conformitate cu prevederile legale menționate, menținând în vigoare clauza 14.5.”

Răspuns 5: „Prevederea referitoare la clauza 14.5 din CSC Fidic galben nu se modifică - sintagma „nu se aplică” rămâne valabilă. Ordinul prevede posibilitatea și aspectele de luat în calcul în cazul în care beneficiarul decide activarea acestei clauze și nu obligativitatea activării acestei clauze.”

În combaterea afirmației autorității contractante, contestatorul aduce argumente care au fost avute în vedere la momentul emiterii „Instrucțiunii privind plata echipamentelor și/sau livrate pe șantier”, respectiv prevederile Ordinului nr. 1127/2013.

În cuprinsul Instrucțiunii privind „plata echipamentelor și/sau a materialelor livrate și recepționate de către beneficiar pe șantier” au fost definite scopul și premisa care a condus la necesitatea acordării unor facilități, nu numai pentru procedurile care se vor iniția ulterior intrării în vigoare a Ordinului nr. 1127/2013, ci și pentru contractele aflate în derulare.

Pentru contractele care au drept condiții generale de contract (CGC) prevederile FIDIC (Federația Internațională a Inginerilor Consultanți), subclauza 14.5 (FIDIC 1999), de regulă, nu este activă, urmând ca valoarea echipamentelor și/sau a materialelor să fie decontată la finalizarea obiectivului din cadrul contractului de sau conform schemei de plată.

Aceste situații au cauzat probleme de flux de numerar pentru antreprenori, mai ales în contextul generat de criza economico-financiară manifestată pe plan global în ultimii ani.

În cazul contractelor cu CGC tip FIDIC s-a convenit reactivarea subclauzei 14.5 și includerea în anexa la ofertă a unei liste cu echipamente și materiale relevante.

Contestatorul consideră că refuzul autorității contractante de a transpune, în mod efectiv, în cadrul prezentei proceduri a unei clauze care este de impact major în vederea creșterii gradului de absorbție a fondurilor nu numai că prejudiciază ofertanții dar anulează chiar scopul urmărit prin emiterea Instrucțiunii.

Trebuie avut în vedere că în Capitolul „Cadrul general” este foarte bine circumstanțiată situația de fapt, respectiv contractele care au drept condiții generale de contract (CGC) prevederile FIDIC (Federația Internațională a Inginerilor Consultanți), în care subclauza 14.5 (FIDIC 1999), prin urmare este cu atât mai util demersul de a activa o astfel de clauză tocmai pentru a înlătura acest obstacol și a permite îmbunătățirea fluxului de plăți către Antreprenor.

În concluzie, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la activarea clauzei 14.5 în conformitate cu prevederile Ordinului comun nr. 1127/2013 al Ministerului Mediului, Ministerului Transporturilor, Ministerului Fondurilor și Ministerului Dezvoltării Regionale.

Referitor la suspendarea derulării procedurii de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul argumentează că sunt întrunite condițiile legale pentru instituirea acestei măsuri, respectiv prevenirea unei pagube iminente și cazul temeinic justificat.

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

Prin adresele nr. 5452 și nr. 5453 din ... Consiliul a pus în discuția părților excepția privind tardivitatea introducerii contestației formulată de ... și a cerut autorității contractante un punct de vedere cu privire la solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. ... arată că anunțul de participare a fost publicat în SEAP în data de iar prin răspunsul la clarificare nr. 1 (adresa nr. 3005 din 18.03.2014) autoritatea contractantă a postat pe SEAP documente care nu au putut fi vizualizate datorită unor erori de arhivare.

... subliniază că valoarea estimată a contractului este peste pragul stabilit la art. 55 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin adresele nr. 5515 și nr. 5516 din 01.04.2014, Consiliul a pus în discuția părților excepția privind tardivitatea introducerii

contestației formulată de ... și a cerut autorității contractante un punct de vedere cu privire la solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 3494/01.04.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. autoritatea contractantă consideră nefondată și contestația formulată de ... și contestația formulată de

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. ... a transmis factura reprezentând dovada transiterii contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 10163/..., ... a transmis „Precizări” în care arată că a atacat clarificarea nr. 3229/24.03.2014 și 3419/... sens în care apreciază că sunt îndeplinite cerințele instituite de art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006.

În concluzie, ... solicită respingerea excepției tardivității contestației, aceasta fiind formulată cu respectarea dispozițiilor legale.

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 , având ca obiect „ cod CPV finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Mediu Axa prioritară 2 – „Dezvoltarea sistemelor de management integrat al deșeurilor și reabilitarea siturilor istorice contaminate”, Domeniul Major de Intervenție 1 – „Dezvoltarea sistemelor integrate de management al deșeurilor și extinderea infrastructurii de management al deșeurilor”, Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra 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 – 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 exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

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.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că ... contestă cerințe ale de atribuire publicată în data de și republicată în data de 18.03.2014, respectiv cerințele referitoare la garanția de bună execuție, constatând că data depunerii contestației la Consiliu este ... iar ... contestă clarificarea nr. 3229/24.03.2014 prin care se aduc lămuriri în ceea ce privește natura sancțiunilor pe care autoritatea contractantă le va aplica în temeiul art. 10 din documentul intitulat „Informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii” și clarificarea nr. 3419/... autorității contractante la întrebarea nr. 5 și anume: „Prevederea referitoare la clauza 14.5 din CSC Fidic galben **nu se modifică – sintagma «nu se aplică» rămâne valabilă**. Ordinul prevede posibilitatea și aspectele de luat în calcul în cazul în care beneficiarul decide activarea acestei clauze și nu obligativitatea activării acestei clauze”, contestația ... fiind transmisă Consiliului în data de ... și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra de procedură și de fond (...)*” și de excepția tardivității introducerii contestației, invocată din oficiu, Consiliul va analiza contestațiile din punctul de vedere al termenului la care au fost depuse, astfel:

Valoarea estimată a contractului de achiziție publică de fiind de 22.290.714,9 RON, respectiv 4... EURO la cursul valutar de 4,5102 RON/EURO din data de 12 martie 2014 – data publicării anunțului de participare, deci sub pragul prevăzut de art. 55 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, termenul în care contestațiile pot fi depuse, 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 contestațiilor depuse de ... și ... rezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire, respectiv cerințele referitoare la garanția de bună execuție, în contestația formulată de ... și răspunsurile la clarificări nr. 3229/24.03.2014 și nr. 3419/... reprezentând refuzul autorității contractante de a modifica documentația de atribuire în sensul solicitat de contestator, în contestația formulată de

Contestațiile fiind transmise în datele de ... și ... și calculând termenul legal în care cei doi contestatori puteau formula contestații, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de fiind retransmise unele fișiere în data de 18.03.2014, dată care se consideră a fi data luării la cunoștință a cerințelor de atribuire.

Referitor la contestația formulată de ... Consiliul nu poate lua în considerare alegația contestatorului potrivit căreia valoarea contractului este mai mare decât pragul valoric stabilit la art. 55 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, rezultând fără putință de tăgadă faptul că, așa cum a fost mai sus reținut, valoarea estimată a contractului este mai mică decât pragul valoric legal, termenul de contestare fiind de 5 zile de la luarea la cunoștință despre actul atacat.

Referitor la contestația formulată de ... Consiliul constată că prin clarificarea nr. 3229/24.03.2014 și clarificarea nr. 3419/... publicate în SEAP, autoritatea contractantă nu aduce modificări cerințelor de atribuire, arătând că cerințele în discuție rămân neschimbate.

Ca urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări antemenționate, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. ... 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 data publicării de atribuire în SEAP.

Conform art. 256² alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre (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 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva 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 , este 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 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 de atribuire sau modificarea acesteia, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva 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 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 solicitările de clarificări nr. 3229/24.03.2014 și nr. 3419/... publicate în SEAP, contestate, 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 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 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 - - 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 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 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 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 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 adreselor de răspuns contestate 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 introduse, contestațiile formulate de ... și ... ambele în contradictoriu cu ... fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Având în vedere cele antemenționate, cererile de suspendare din cuprinsul contestațiilor rămân fără obiect.

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 5 (cinci) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.