



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

... Str. Stavropoleos, 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 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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.U.I. R ... reprezentată legal prin ... ing. ... împotriva documentației de atribuire, respectiv a fișei de date a achiziției, elaborată de către ... cu sediul în ... jud. ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din regiunea ... - , în perioada 2014-2020”, coduri CPV 71356200-0 - Servicii de asistență tehnică (Rev.2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), 71322100-2 - Servicii de estimare pentru lucrări publice (Rev.2), 71322200-3 - Servicii de proiectare a conductelor (Rev.2), 90713000-8 - Servicii de consultanță în probleme de mediu (Rev.2), se solicită obligarea autorității contractante să:

- „enumere și să solicite exclusiv activitățile de bază, cu eliminarea activităților irelevante, conexe sau rezultante”;
- „elimine sistemul artificial de «pachet» al activităților imaginate și formulate artificial și subiectiv”.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității formulării contestației, invocată din oficiu, și respinge, ca tardivă, contestația depusă de către ... cu sediul în ... parter, în contradictoriu cu ... cu sediul în jud. ...

Obligatorie.

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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din critică cerința nr. 1 „Experiența similară”, prevăzută la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din fișa de date a achiziției, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din regiunea ... - , în perioada 2014-2020”, coduri CPV 71356200-0 - Servicii de asistență tehnică (Rev.2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), 71322100-2 - Servicii de estimare pentru lucrări publice (Rev.2), 71322200-3 - Servicii de proiectare a conductelor (Rev.2), 90713000-8 - Servicii de consultanță în probleme de mediu (Rev.2), și solicită obligarea autorității contractante să:

- „enumere și să solicite exclusiv activitățile de bază, cu eliminarea activităților irelevante, conexe sau rezultante”;

- „elimine sistemul artificial de «pachet» al activităților imaginate și formulate artificial și subiectiv”.

În fapt, contestatorul arată că, în urma publicării fișei de date a achiziției, „a realizat” că prin „servicii similare” solicitate prin Nota 1 la cerința nr. 1 „Experiența similară”, prevăzută la cap.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, se înțelege:

- Servicii de proiectare și de elaborare a unei aplicații de finanțare
- Elaborarea studiului de fezabilitate
- Elaborarea analizei cost-beneficiu
- Elaborarea analizei instituționale
- Elaborarea evaluării impactului asupra mediului
- Elaborarea Strategiei de achiziții
- Elaborarea proiectului tehnic și a detaliilor de execuție pentru contracte de lucrări
- Servicii de Asistență tehnică a proiectantului pe perioada execuției lucrărilor

În opinia contestatorului, astfel cum este enunțată, cerința contravine dispozițiilor art. 2 alin. 2 lit. a), lit. b), lit. f) din O.U.G. nr.

34/2006, art. 8 alin. 1 pct. a) din H.G. nr. 925/2006, precum și Ordinului A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 cu privire la formulări restrictive pentru care documentația de atribuire nu se acceptă /validează, respectiv „demonstrarea experienței similare prin executarea de contracte pentru obiective de investiție identice cu cel care urmează a se executa”.

Astfel, având în vedere prevederile legale sus invocate, susține contestatorul, cerința privind experiența similară, enunțată în fișa de date:

a) Este restrictivă și, ca atare, nu poate fi validată, întrucât definește experiența similară în mod identic, până în cele mai mici (și ne semnificative) detalii cu serviciile care fac obiectul achiziției.

b) Încalcă principiile nediscriminării și tratamentului egal și exclude participarea la procedura de achiziție a operatorilor economici care, deși au o experiență semnificativă în toate serviciile menționate în cerință, nu sunt în măsura să prezinte contracte care au grupat aceste servicii în combinația în care sunt solicitate de autoritatea contractantă.

c) Încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor prin restrângerea drastică a listei posibililor ofertanți. În fapt, arată contestatorul, autoritatea contractantă enunță cerințe care se pot îndeplini numai de un număr foarte restrâns de operatori economici și anume, de acei care au mai prestat un contract identic. Restricționarea și limitarea concurenței, apreciază contestatorul, este în evidentă contradicție cu eficiența utilizării fondurilor.

d) Introduce termeni/aspecte/servicii care, fie nu reprezintă relevanță în raport cu ceea ce urmează a fi realizat, fie sunt susceptibile de a declanșa clarificări/contestații, aprecieri și interpretări subiective. Este evident că operatorul economic care își adjudecă licitația, va îndeplini toate sarcinile și activitățile, apreciază contestatorul, astfel cum sunt solicitate în documentația de atribuire, asumându-și răspunderea prin semnarea contractului. Faptul că, la faza de licitație, autoritatea contractantă acorda însă unor activități irelevante, conexe sau rezultante ale activităților de bază, statut de criterii/cerințe de eligibilitate/ selecție, în opinia sa, amplifică denaturarea liberei concurențe și elimină total prezumția interesului autorității contractante pentru eficiența utilizării fondurilor, sens în care contestatorul prezintă un exemplu.

Totodată, contestatorul arată că a transmis autorității contractante Notificarea nr. 45/11.04.2014, prin care a solicitat soluționarea „acelorași chestiuni care fac obiectul prezentei contestații”, la care, însă, „până la data redactării prezentei”, nu a primit răspuns.

De asemenea, contestatorul menționează că „punctul de vedere care afirmă dreptul ofertanților la asociere nu poate fi luat în considerare întrucât sensul și spiritul principiului liberei asocieri se referă, în fapt, la capacitatea ofertanților asociați de a îndeplini cerințele/clauzele contractuale, nu la cerințele arbitrare și abuzive ale unei documentații de atribuire”.

În drept, se invocă, dispozițiile art. 2 alin. 2, art. 255 și art. 256 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 8 alin. 1 pct. a) din H.G. nr. 925/2006 și Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, fișa de date a achiziției și notificarea nr. .

Cu adresa nr. 912 din 30.04.2014, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. , ... transmis punct de vedere la contestația depusă de către ... solicitând respingerea acesteia, ca netemeinică, precum și „menținerea prevederilor cuprinse în fișa de date a achiziției, Secțiunea III. 2.3.a) ca legale și valabile în procedura de selecție începută (...)”.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă arată, referitor la susținerile contestatorului privind încălcarea prevederilor art. 2 alin. 2, lit. a), lit. b) și lit.f) din O.U.G. nr. 34/2006, prin impunerea, în fișa de date a achiziției, a cerinței prevăzută la Secțiunea III.2.3.a), că, din conținutul acesteia, nu rezultă condiționarea prezentării unui contract care să „grupeze” serviciile care se solicită, singura cerința fiind aceea ca serviciile prestate de ofertant să facă parte din serviciile similare astfel cum sunt acestea definite în „Nota 1”, iar valoarea acestora să fie de cel puțin 10.000.000 lei.

Autoritatea contractantă susține că cerința cuprinsă în fișa de date a achiziției, la Secțiunea III.2.3.a), a fost elaborată ținând cont de complexitatea și importanța contractului ce urmează a fi încheiat, cu respectarea tuturor principiilor cerute în cadrul procedurii de achiziție.

Unele „activități” care par irelevante unui candidat, arată autoritatea contractantă, devin esențiale, practic, fără elaborarea unor analize, cum ar fi analiza instituțională, analiza cost beneficiu, impactul asupra mediului, inclusiv strategia de achiziții, aplicația de finanțare care nu poate fi elaborată, dat fiind că toate acestea sunt părți integrante ale acesteia, existând obligativitatea întocmirii lor, conform ghidurilor emise de Ministerul Mediului și de Comisia Europeană.

Cerințele privind experiența similară prevăzute în fișa de date a achiziției, la secțiunea III.2.3.a), Cerința 1, susține autoritatea contractantă, au fost selectate și stabilite prin raportare directă la natura contractului și complexitatea acestuia.

Astfel, referitor la natura contractului, aceasta este dată, după cum se arată, de activitățile ce urmează a fi realizate de către viitorul Prestator, astfel cum sunt definite în caietul de sarcini, în mod specific, în cadrul Subcapitolului 5.4. corelat cu livrabilele descrise în Subcapitolul 7.3.

Din lecturarea acestora, susține în continuare, se poate observa că „serviciile similare” definite în fișa de date a achiziției, se regăsesc ca activități de sine stătătoare, iar importanța acestora reiese atât din fapt că s-au stabilit termene clare pentru livrare, cât și penalități în caz de întârziere.

Complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit, susține autoritatea contractantă, rezultă din corelarea activităților de prestat cu informațiile din cadrul subcap. 5.1, cu rezultatele așteptate și, de fapt, cu scopul final al contractării acestei asistențe tehnice: accesarea finanțării nerambursabile din partea Uniunii Europene, pentru un proiect de investiții, în valoare estimată de 82.716.726 EURO, pentru a asigura

conformarea la prevederile Directivelor comunitare în materie, la nivelul regiunii ...-Câmpia Turzii.

În consecința, autoritatea contractantă arată că înțelege să selecteze operatori economici cu experiență în realizarea activităților-cheie ale proiectului, relaționat la natura și complexitatea contractului, justificare ce se regăsește în Nota justificativă privind alegerea cerințelor minime de calificare referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională.

În opinia autorității contractante, toate cerințele minime de calificare „sunt mai mult decât relevante raportat la complexitatea contractului în cauză”, sens în care prezintă, punctual, contraargumente cu privire la susținerile contestatorului privind cerința criticată.

De asemenea, autoritatea contractantă arată, referitor la susținerile contestatorului privind faptul că cerința contestată este „demonstrarea experienței similare prin executarea de contracte pentru obiective de investiții identice cu cel care urmează a se executa”, raportat la Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011, că acesta citează doar parțial norma legală și o interpretează în interesul propriu, creeând premisele unui abuz de drept prin exercitarea dreptului său la introducerea contestației, întrucât, în anexa la acest Ordin, se arată care formulări restrictive din documentația de atribuire/anunțul de participare/invitația de participare nu se acceptă/validează.

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

Ca mijloace de probă, a fost depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Verificând respectarea, de către contestator, a termenului legal stabilit prin dispozițiile 271 alin. 1 coroborat cu art. 256² alin. 1 lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006 pentru depunerea contestației, în aplicarea dispozițiilor art. 269 din ordonanța de urgență, Consiliul a pus în discuția părților excepția tardivității contestației, pe care a invocat-o din oficiu.

Cu adresa nr. , înregistrată la Consiliu cu nr. , S.C. ... transmis punctul de vedere referitor la excepția tardivității contestației depusă de ... prin care arată că, raportat la dispozițiile legale invocate mai sus, data publicării în S.E.A.P. a anunțului de participare este data la care a fost publicată și documentația de atribuire, respectiv , astfel, contestația fiind transmisă în data de ..., termenul de 10 zile prevăzut de art. 256² alin. 1 lit. a), a fost depășit, prin urmare este tardivă respectiva contestație.

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

Cu adresa nr. , înregistrată la Consiliu cu nr. din ..., ... a solicitat respingerea excepției tardivității contestației pe care a depus-o, arătând următoarele:

A luat la cunoștință despre conținutul fișei de date a achiziției, respectiv a cerinței nr. 1, Secțiunea III.2.3.a), la data publicării în S.E.A.P., , iar în data de a transmis autorității contractante, Notificarea nr. 45, „cu un obiect identic” cu cel al contestației în cauză, nr. .../... Mai

mult, susține contestatorul, „autoritatea contractantă nu a răspuns Notificării nici pînă la data prezentei, deși termenul de răspuns este de 1 zi, în conformitate cu art. 256¹ din O.U.G. nr. 34/2006, astfel, contestatorul consideră că „termenul de contestare, de 10 zile, se prelungește cu 1 zi, termen pe care autoritatea contractantă îl are la dispoziție pentru a da un răspuns în funcție de care ofertantul contestă sau nu procedura”. În concluzie, contestatorul apreciază că „este în termen” contestația nr. .../...

Lipsa sancțiunii în cazul nerespectării termenelor, de către autoritățile contractante și mai ales acceptarea și tolerarea artificierilor pe care acestea le folosesc pentru eludarea rezolvărilor de fond, susține contestatorul, conduc, în final, la vicierea procedurilor, prin aceea că:

„- Golesc de conținut problematica din ce în ce mai cunfuză a achizițiilor publice, mutând orice dezbateră în plan procedural;

- Pun sub semnul întrebării rațiunea și eficiența clarificărilor, notificărilor și contestațiilor, în sensul în care se elimină prezumția de bună credință a ofertantului care se manifestă în principal, prin solicitarea, în primă instanță, a clarificărilor:

- Încurajează autoritățile contractante în practica din ce în ce mai utilizată de scoatere a ofertantului din termenele legale de contestație;

- Obligă ofertantul la adoptarea unei atitudini profund obstrucționiste și anume la transformarea oricărei posibile solicitări de clarificare într-o contestație, pentru a se pune la adăpost de tergiversarea autorităților contractante”.

Față de cele prezentate, contestatorul consideră că a depus contestația nr. .../... în termenul legal.

Făcând aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul se va pronunța, mai întâi, cu privire la excepția tardivității contestației, pe care a invocat-o din oficiu.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă ... inițiat procedura licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având obiectul mai susprezentat, prin publicarea, în SEAP, în data de , a anunțului de participare și, atașat acestuia, a documentației de atribuire.

Împotriva documentației de atribuire, respectiv a fișei de date a achiziției, ... a formulat contestația ce face obiectul prezentului dosar iar, la finalul acesteia, contestatorul arată că a transmis autorității contractante Notificarea nr. , prin care a solicitat soluționarea „acelorași chestiuni care fac obiectul prezentei contestații”, la care, însă, „pînă la data redactării prezentei”, nu a primit niciun răspuns.

Potrivit art. 271 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: „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”.

Raportat la tipul de contract care urmează a fi încheiat, respectiv contract de servicii și la valoarea estimată a acestuia, de 15.775.211,62 lei, fără TVA, fără TVA, mai mare decât pragul valoric prevăzut la art. 55 alin. 2 lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul constată că sunt incidente în cauză prevederile art. 256² alin. 1 lit. a) din același act normativ, conform cărora: „Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin.(2)”.

De asemenea, fiind vorba despre o contestație care vizează documentația de atribuire, aplicabile în cauză sunt și dispozițiile art. 256² alin. 2 din același act normativ, în conformitate cu care „În cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP (...), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Având în vedere dispozițiile legale susmenționate, rezultă că ... avea obligația de a depune contestația la C.N.S.C. și la autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință despre actul atacat, termen calculat conform sistemului intermediar de calcul prevăzut de dispozițiile art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora “(...) 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 calcul. 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”.

Făcând aplicarea dispozițiilor legale invocate în cele ce preced, Consiliul constată că termenul legal de deunere a contestației împotriva documentației de atribuire s-a încheiat în data de ... când a fost depusă contestație situându-se în afara termenului legal de atac, contestația fiind, în mod evident, tardivă.

Nu vor fi reținute, în soluționare, susținerile contestatorului potrivit cărora notificarea pe care a transmis-o autorității contractante prelungește termenul de contestare, de 10 zile, cu 1 zi, “termen pe care autoritatea contractantă îl are la dispoziție pentru a da un răspuns în funcție de care ofertantul contestă sau nu procedura”, deoarece legea nu prevede o astfel de derogare de la termenele de decădere stabilite explicit prin prevederile legale prezentate.

Mai mult, cu privire la aspectul analizat, reține Consiliul că dispozițiile art. 256¹ alin. 5 din ordonanța de urgență, prevăd astfel: “Persoana vătămată care a notificat autoritatea contractantă potrivit dispozițiilor alin.

(1) se poate adresa de îndată Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, **fără a fi obligată să aștepte comunicarea măsurilor luate de autoritatea contractantă** potrivit alin. (3)”, prin urmare susținerile contestatorului apar ca fiind neîntemeiate.

Având în vedere cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. 5 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite excepția tardivității contestației depusă de către ... invocată din oficiu și, pe cale de consecință, va respinge contestația, ca tardivă.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei, potrivit dispozițiilor art. 278 alin. 1 din ordonanța de urgență.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 alin.3 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...