



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... 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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 303/19.06.2014, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de ... cu sediul în înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 5371/16.06.2014, emis de ... cu sediul în municipiul în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: *„Echipamente și dotări aferente proiectului Reabilitarea Spitalului Judetean de Urgență <...> - ... cod CPV 33100000-1, 50421000-2, 51410000-9, 79632000-3, s-a solicitat: anularea procedurii și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică cu respectarea dispozițiilor legale în materie.*

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității introducerii contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor dispune anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG 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:

... a formulat contestație împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 5371/ 16.06.2014, emis de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Echipamente și dotări aferente proiectului Reabilitarea Spitalului Județean de Urgență <...> - ... cod CPV 33100000-1, 50421000-2, 51410000-9, 79632000-3.

În fapt, contestatorul precizează că, prin adresa nr. 266 din data de 29.05.2014, a înaintat către autoritatea contractantă o solicitare de clarificări cu privire la menționarea parametrilor tehnici și funcționali minimi din fișele tehnice publicate pentru 55 de echipamente medicale, deoarece acestea nu au fost publicate. Întrucât criteriul menționat în fișa de date a achiziției nu este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, ci criteriul „prețul cel mai scăzut”, contestatorul nu înțelege de ce nu au fost menționați parametrii tehnici și funcționali minimi pentru echipamentele medicale.

Contestatorul subliniază faptul că solicitările de clarificări de mai sus au fost înaintate către autoritatea contractantă în data de 29.05.2014 prin poșta electronică iar, întrucât nu s-a răspuns solicitărilor, au fost transmise și prin curier rapid în original, în data de 03.06.2014.

Contestatorul menționează că, în conformitate cu art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 actualizată, autoritatea contractantă are obligația de a răspunde solicitărilor de clarificări în 3 zile lucrătoare, dar în acest caz, s-a răspuns în 12 zile lucrătoare. Răspunsul la solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă sunt nejustificative, deoarece nu a răspuns complet, aceasta susținând faptul că nu sunt necesari parametrii tehnici și funcționali în fișele tehnice publicate, deși conform art. 35 alin. (1), (2) și (3) din OUG

nr. 34/2006 are obligația de a menționa în specificațiile tehnice, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, fără restricții și să corespundă necesității sale.

Contestatorul susține că, în fișele tehnice publicate, autoritatea contractantă nu a menționat toate cerințele tehnice minime pentru 56 de echipamente medicale pe care le dorește să le achiziționeze prin prezenta procedură de achiziție publică.

În vederea soluționării contestației depusă de ... Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 11918/...-... transmiterea dosarului achiziției, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 256³ din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și dovada respectării prevederilor art. 271 alin. (2) din același act normativ; autoritatea contractantă conformându-se prin adresa nr. 6109/26.06.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 21278/30.06.2014.

În punctul de vedere, ... solicită Consiliului respingerea contestației, pe cale de excepție, ca tardivă, având în vedere faptul că se solicită modificarea unor specificații tehnice după expirarea termenului legal în care poate să formuleze contestație la CNSC.

În susținerea celor afirmate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că, deși contestația se îndreaptă împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări transmisă, aceasta atacă, în mod evident, conținutul documentației de atribuire, în speță prevederile fișelor tehnice cuprinse în caietul de sarcini. De altfel, tardivitatea solicitării contestatorului este susținută și de măsura de remediere invocată, respectiv de anularea procedurii.

Autoritatea contractantă consideră că, în condițiile în care răspunsul la solicitarea de clarificări nu ar fi oferit informațiile așteptate de către contestator, măsurile de remediere solicitate ar fi trebuit să se refere la oferirea informațiilor cerute și nu la anularea procedurii.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că specificațiile tehnice care trebuie completate de către ofertanți trebuie să respecte cerințele și normele europene în vigoare în ceea ce privește fiecare echipament în parte. De asemenea, este obligatoriu ca fiecare fișă tehnică completată de către ofertanți să fie însoțită de fișa tehnică completată de către ofertanți să fie însoțită de fișa tehnică a producătorului de echipamente și dispoziitive medicale, în conformitate cu normele europene.

Autoritatea contractantă susține că întârzierea răspunsului la solicitarea de clarificări este justificată întrucât contestatorul a

solicitat clarificări cu privire la 55 de fișe tehnice din cele 125 de fișe tehnice prevăzute în caietul de sarcini.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect: „Echipamente și dotări aferente proiectului Reabilitarea Spitalului Județean de Urgență <...> - ... cod CPV 33100000-1, 50421000-2, 51410000-9, 79632000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ... din data de 13.05.2014, conform căruia valoarea estimată a contractului este de 21.849.714,7 lei, fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din fișa de date, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Din norma juridică anterioară 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:

Valoarea estimată a contractului fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. .../13.05.2014, este de 21.849.714,7 lei, echivalentul a 4.931.324,98 euro (pentru cursul BNR din 13.05.2014, respectiv 1 euro = 4,4308 lei).

Având în vedere faptul că, din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că ... contestă caietul de sarcini, constatând că data

transmiterii contestației este ... și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, potrivit căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...)*” și de excepția tardivității invocată de către autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, Consiliul va analiza contestația din punctul de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația transmisă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la data de ..., ... a solicitat anularea procedurii și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică cu respectarea dispozițiilor legale în materie.

Valoarea estimată fiind de 4.931.324,98 euro, deci mai mare decât pragul prevăzut de art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 256² alin. (1) din aceeași ordonanță, coroborat cu prevederile art. 2 din Regulamentul nr. 1336/2013 (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 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Din conținutul contestației depusă de ... rezultă că actul contestat al autorității contractante este caietul de sarcini.

Contestația fiind depusă în data de ... și calculând termenul legal în care ... putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire, din care face parte caietul de sarcini, a fost postată pe SEAP la data de 13.05.2014.

La data de 29.05.2014, deci după 16 zile de la luarea la cunoștință a cerințelor din caietul de sarcini, ... a înaintat adresa nr. 266/29.05.2014, prin care a solicitat explicații privind modalitatea în care au fost elaborate specificațiile din cuprinsul caietului de sarcini.

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 OUG nr. 34/2006.

La data de 16.06.2014, autoritatea contractantă postează pe SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „*[CN.../010] Clarificari_nr_03.pdf*”, răspunsurile la solicitările de clarificare formulate de contestator, în care explică motivele care au

determinat-o să nu impună parametri tehnici și funcționali pentru unele echipamente, fără a aduce modificări caietului de sarcini.

Ca urmare a răspunsurilor primite de contestator din partea autorității contractante și postate pe SEAP, ... a investit Consiliul prin contestația nr. 303/19.06.2014, 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 13.05.2014.

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 13.05.2014, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care face parte integrantă și fișa de date a achiziției și caietul de sarcini) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 și cele ale art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, rezultă așadar, că data de 13.05.2014 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 13.05.2014, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de ..., a depunerii contestației la Consiliu și la autoritatea contractantă. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerințelor documentației de atribuire postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (adresa nr. 266/29.05.2014), prin care contestatorul a cerut modificarea documentației de atribuire, 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 notificare făcută în temeiul prevederilor art. 256¹ din OUG nr. 34/2006 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/la notificările formulate în temeiul art. 256¹ din ordonanță, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări/notificările cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel, solicitarea unor clarificări/formularea unei notificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

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 adresele formulate, rezultă că autoritatea contractantă a precizat faptul că menține cerințele prevăzute în cadrul documentației de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 și art. 256¹ din O.U.G. 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 cerințe 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/notificare 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 caietul de sarcini încă de la data publicării ei – 13.05.2014 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea/modificarea 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 unei adrese formulate

de el însuși la distanță de 37 zile de la cunoașterea cerințelor din caietul de sarcini, operatorul economic ar putea să conteste ulterior cerințele acesteia, invocând curgerea termenului de la primirea răspunsurilor la prezenta adresă.

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 caietul de sarcini.

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 documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica 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 fișa de date/caietul de sarcini după voința operatorului economic care a formulat clarificarea/notificarea. Opțiunea modificării/completării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări caietului de sarcini. 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 răspunsurile postate pe SEAP, chiar dacă acestea nu au fost în direcția așteptată de operatorii economici solicitanți. Astfel, prin răspunsurile furnizate, autoritatea contractantă a specificat care a fost rațiunea introducerii respectivelor cerințe în cadrul documentației de atribuire, acestea rămânând nemodificate.

Pe de altă parte, se poate lesne observa că solicitarea contestatorului nu are ca scop clarificarea cerințelor, acestea fiindu-i clare, ci eliminarea/modificarea lor, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice

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 pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele tehnice sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a reținut mai sus, potrivit art. 78 alin. (1) și (2) din ordonanță, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „clarificări”, iar *„autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată”*. Nicăieri nu figurează dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității, mai ales dacă ele sunt clare și înțelese de cei interesați. Bunăoară, nici nu își are rostul o solicitare de clarificare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de aceștia.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din documentația de atribuire, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Chiar și în ipoteza în care Consiliul ar dispune anularea adresei de răspuns și o reclarificare mai detaliată a întrebărilor formulate, este evident, pe de o parte că societatea contestatoare nu dorește o precizare/detaliere/explicare a cerințelor din documentația de atribuire, ci anularea procedurii de atribuire iar, pe de altă parte, în această etapă a procedurii, cerințele contestate din documentația de atribuire nu s-ar schimba cu nimic, aceasta dobândindu-și forța obligatorie prin necontestarea sa în termenul legal.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, să admită excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, să respingă, ca tardiv introdusă, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

În temeiul art. 278 alin. (6) din aceeași ordonanță va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

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