



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscc.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.3332/02.10.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19044/05.10.2015, depusă de către SC ..., cu sediul în ..., ..., județul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului J... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva adresei de solicitare clarificări nr. 2767/02.10.2015 emisă de către C..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în loc. ..., ..., județul ..., în cadrul procedurii de cerere de oferte online cu fază finală de licitație electronică, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Reabilitare străzi de interes local – c... – județul ...” cod CPV 45233120-6, s-a solicitat:

- constatarea caracterului nelegal al solicitării de clarificări nr. 2767/02.10.2015,
- suspendarea procedurii de atribuire până la momentul soluționării contestației,
- în subsidiar, decalarea termenului de formulare a răspunsului la solicitarea de clarificări.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca rămasă fără obiect contestația SC ... nr. 3332/02.10.2015, în contradictoriu cu C....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 3332/02.10.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19044/05.10.2015, SC ..., în calitate de operator economic participant la procedura de cerere de oferte indicată mai sus, organizată de ..., critică adresa de solicitare clarificări nr. 2767/02.10.2015 emisă de către autoritatea contractantă, termenul acordat pentru formularea unui răspuns complet, respectiv data de 05.10.2015, fiind prea scurt.

Contestatoarea menționează că din perspectiva criteriului de atribuire avut în vedere de către autoritatea contractantă, respectiv „prețul cel mai scăzut”, oferta sa a fost situată pe locul 2.

De asemenea, contestatoarea susține că la data de 02.10.2015, orele 10:31 autoritatea contractantă a încărcat în SEAP solicitarea de clarificări nr. 2767/02.10.2015, prin care îi solicită ca până la data de 05.10.2015, orele 10:00, SC ... să furnizeze un ansamblu considerabil de informații și documente.

Având în vedere faptul material al încărcării solicitării de clarificări vineri la ora 10.31, precum și sarcina expresă prevăzută sub sancțiunea art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 de a formula și depune răspunsul până luni la ora 10.00, contestatoarea invocă caracterul nelegal al termenului impus prin solicitarea de clarificări.

În acest context, contestatoarea invocă prevederile art. 78 din HG nr. 925/2006 și precizează că în mod constant Consiliul cât și instanțele de control judiciar, au reținut că termenul stabilit pentru formularea și depunerea răspunsului la solicitarea de clarificări trebuie să fie unul rezonabil.

Astfel, conform Deciziei Consiliului nr. 781/C2/735/03.06.2015, „în condițiile în care legislația în domeniul achizițiilor publice promovează o atitudine diligentă a autorităților contractante în sensul că acestea să se asigure că ofertantul interesat dispune de un timp rezonabil necesar pentru elaborarea răspunsului”.

Având în vedere faptul că potrivit art. 3, lit. z din OUG nr. 34/2006, ziua recepționării solicitării de clarificări nu intră în calculul termenului iar pe de altă parte faptul că în data de 05.10.2015, până la ora 10.00, documentele trebuie încărcate în SEAP, rezultă cu prisosință faptul că s-a acordat un termen de nici o zi pentru formularea unui răspuns la o

solicitare de clarificări complexă, ceea ce, în mod cert, încalcă principiul nediscriminării și al proporționalității.

Trecând peste problematica termenului extrem de scurt stabilit de către autoritatea contractantă, element menit a determina imposibilitatea ofertantului de a putea furniza un răspuns și deci, în egală măsură justificarea respingerii ofertei acestuia, solicitarea de clarificări are un caracter nelegal, prin intermediul acesteia autoritatea contractantă dând dovadă de un formalism excesiv. Practica judiciară este constantă în sensul reținerii caracterului abuziv al respingerii unei oferte din motive formale.

Spre exemplificare, prin Decizia nr. 387/16.02.2010 a Curții de Apel Cluj, s-a decis că „Autoritatea trebuie să facă aplicarea principiului privind eficiența utilizării fondurilor publice și să nu declare toate ofertele neconforme în baza unui formalism excesiv și tendențios... Așadar, reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta (...)”.

Analizând conținutul adresei, solicitările de clarificări apar ca fiind excesive. Astfel, pe de o parte, utilizarea în mod repetat a termenului „toate” în cuprinsul adresei denotă un formalism excesiv care caracterizează atitudinea autorității contractante.

Dintr-o altă perspectivă, în cuprinsul punctului 2, par. 1 al solicitării de clarificări se solicită „Justificarea prețurilor pentru toate materialele ofertate prin detalierea analizelor de cost. Se va ține cont de toate costurile necesare, cu respectarea legislației în vigoare (manopera, utilaje, taxe, redevențe, etc)”.

Prin utilizarea termenului „toate” coroborată însă cu o enumerare aparent limitativă de tipul „manoperă, utilaje, taxe, redevențe, etc”, solicitarea are un caracter echivoc, neclar, imprecis, apt de a crea premisele respingerii ofertei ca neconformă, pe considerentul că autoritatea contractantă ar putea considera, în mod arbitrar, ca răspunsul formulat nu ar viza aspectele solicitate. Astfel, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația de a exprima solicitarea de clarificări în mod clar și precis, aceasta nefiind în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

În egală măsură, prin teza II a punctului 2, par. 1 se solicită „veți prezenta și ofertele de preț de la furnizorii dumneavoastră pentru toate materialele ofertate, acestea fiind în mod obligatoriu vor avea data, semnătura olografă și ștampila”. Totodată, potrivit OG nr. 17/15.07.2015 privind reglementarea unor măsuri fiscal – bugetare și modificarea și completarea unor acte normative, prevede în mod expres faptul că utilizarea ștampilei în raporturile dintre profesioniști nu mai este obligatorie și necesară, sens în care solicitarea de prezentare a unor documente „ștampilate” apare ca excesivă.

Dintr-o altă perspectivă, solicitarea de prezentare a unor documente date și care să poarte semnătura olografă, apare ca fiind excesivă și limitativă. Astfel, potrivit art. 4 pct. 2 din Legea nr.

455/2001, înscrisul în forma electronică, reprezintă o colecție de date în formă electronică între care există relații logice și funcționale și care redau litere, cifre sau orice alte caractere cu semnificație inteligibilă, destinate a fi citite prin intermediul unui program informatic sau al altui procedeu similar. Astfel, în măsura în care datele cuprinse se referă la acte sau fapte juridice, documentul electronic este considerat mijloc de probă. Așa fiind, limitarea impusă de către autoritatea contractantă prin acest punct al solicitării de clarificări excede cadrul legal și este aptă a cauza prejudicii considerabile participantului la procedură.

Contestatoarea arată că prin punctul 2, par. 2 și 3 al solicitării de clarificări i se solicită în mod expres prezentarea: „prețurilor pentru toate utilajele oferite printr-o analiză de cost detaliată, cu specificarea consumurilor de carburant prin documentele oficiale de la producător” precum și „prețurile oferite pentru toate mijloacele de transport prezentate în ofertă, printr-o analiză de cost detaliată, cu specificarea consumurilor de carburant prin documente oficiale de la producător”.

Dincolo de aspectul evident al imposibilității furnizării până în cursul dimineții de luni, la ora 10.00 a unor „Documente oficiale de la producători”, pentru toate mijloacele de transport și utilajele (autoritatea contractantă având posibilitatea să considere oricând că documentele furnizate nu sunt elocvente), contestatoarea invocă și caracterul nefondat al acestei solicitări.

În acest sens contestatoarea învederează faptul că nu toate utilajele cuprinse în ofertă se află în proprietatea societății sale, dreptul de deținere asupra unora dintre ele fiind constituit în baza unor contracte de locațiune. Așa fiind, aspect cunoscut de către autoritatea contractantă, SC ... este în imposibilitatea absolută de a prezenta, raportat la aceste bunuri „o analiză de cost detaliată”, costurile de operare a acestor bunuri rezultând în mod neechivoc din cuprinsul contractelor de locațiune.

Sub un alt aspect, consumul de carburant aferent fiecărui mijloc de transport/utilaj în parte (în special raportat la cele care nu sunt noi) nu poate fi în mod pertinent apreciat prin raportare la documente de tipul celor solicitate de către autoritate (știut fiind faptul că se pot manifesta fluctuații considerabile de consum în funcție de o multitudine de factori). Din contra, o reprezentare fidelă a consumului de carburant poate consta doar în prezentarea unor extrase G.P.S. toate utilajele/mijloace de transport deținute în proprietate fiind prevăzute cu sonde litrometrice care indică consumul de carburant. Având în vedere aceste aspecte, solicitarea de clarificări apare ca fiind abuzivă și având drept finalitate punerea SC ... în imposibilitatea formulării și depunerii unui răspuns.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii de atribuire, contestatoarea invocă prevederile art. 275¹ din OUG nr. 34/2006 și afirmă că, deoarece prin adresa nr. 2767/02.10.2015 i s-a solicitat formularea și depunerea unui răspuns până la data de 05.10.2015, orele 10.00, în speță sunt îndeplinite toate condițiile legale pentru dispunerea suspendării procedurii de achiziție.

În prezenta speță, atât condiția cazului temeinic justificat cât și

condiția prevenirii pagubei iminente sunt pe deplin întrunite.

Analizând conținutul extrem de vast al informațiilor solicitate de către autoritatea contractantă, contestatoarea opinează că în mod neechivoc rezultă intenția autorității contractante de a o pune în imposibilitatea de a răspunde în mod complet solicitării de clarificări, cu finalitatea evidentă de a fi înlăturată din procedură.

Prin adresa nr. 10202/...../06.10.2015, Consiliul a solicitat autorității contractante, C..., un punct de vedere pe fond, precum și cu privire la capătul de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire.

Cu adresa nr. 2819/07.10.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 19261/07.10.2015, autoritatea contractantă comunică faptul că urmare a primirii contestației din partea SC ... s-au hotărât și dus la îndeplinire următoarele:

- anularea solicitării de justificare a prețurilor transmise tuturor ofertanților care au prezentat un preț neobișnuit de scăzut, sub nr. 2676/02.10.2015 și comunicarea acestui fapt acestor ofertanți, prin intermediul SEAP,

- solicitarea unor noi justificări de preț, având un cuprins exact cu cel al prevederilor art. 202 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Noua solicitare de justificare a prețurilor a fost transmisă prin intermediul SEAP în data de 07.10.2015, termenul de răspuns fiind 12.10.2015.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind rămasă fără obiect.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că suspendarea procedurii nu este necesară și utilă finalizării procedurii de achiziție publică în cauză, deoarece termenul final de evaluare este 15.10.2015.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ..., publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă C... a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de lucrări având ca obiect „Reabilitare străzi de interes local – c... – județul ...”, lucrări estimate valoric la 3.342.753,8, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de invitația de participare.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că autoritatea contractantă, în urma primirii contestației în referință, a adoptat măsuri de remediere a actelor sale, în acord cu normele art. 256 ind. 3 alin. (1) din ordonanța privind achizițiile publice – *"după primirea unei contestații, autoritatea contractantă are dreptul de a adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației respective"*. Astfel fiind, se impune a se verifica dacă aceste măsuri de remediere răspund solicitării reclamantei de anulare a adresei de solicitare clarificări nr. 2767/02.10.2015 precum și decalarea termenului de formulare a răspunsului la solicitarea de clarificări.

Din verificarea comparativă a petitului contestației și a măsurilor de

remediere la care a recurs autoritatea, Consiliul apreciază că demersul contestatoarei a rămas fără obiect, respectiv autoritatea a înțeles să își anuleze solicitarea de justificare a prețurilor transmisă tuturor ofertanților care au prezentat un preț neobișnuit de scăzut, având nr. 2676/02.10.2015 și comunicarea acestui fapt prin intermediul SEAP, precum și solicitarea unor noi justificări de preț, având un cuprins exact cu cel al prevederilor art. 202 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În atare circumstanțe, având în vedere că actul reclamat al procedurii a fost anulat și că, în consecință, autoritatea a emis un nou act, respectiv o nouă solicitare de clarificări la care contestatoarea poate răspunde într-un termen rezonabil, Consiliul stabilește că, în cauză, contestația SC ... a rămas fără obiect și urmează a fi respinsă ca atare, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Respingerea acțiunilor pentru incidența excepției rămânerii fără obiect împiedică cercetarea lor pe fond.

Pentru situația din prezenta speță, este incidentă norma de la art. 271 ind. 2 alin. (3), care exclude reținerea garanției de bună conduită constituită de contestatoare în cazul în care respingerea contestației este ca urmare a adoptării de către autoritate a măsurilor de remediere necesare.

Redactată în patru exemplare, conține șase pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...