



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 2554/16.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 22251/ 16.11.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în localitatea ..., ..., județul ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de ... – Director General, împotriva fișei de date și a răspunsurilor la clarificări, întocmite de către ..., cu sediul în ..., strada ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „*amenajare Parc Micro 18*”, cod CPV 45112711-2, s-a solicitat anularea cerinței din fișa de date de la punctul III.2.3.a. Capacitatea tehnică și profesională, respectiv Resurse Tehnice, necesar de utilaje buldozer 1 bucată prevăzut cu sistem automat tridimensional GPS de dirijare a lamei.

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

DECIDE:

Respinge ca tardivă contestația depusă de SC ... SRL în contradictoriu cu

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

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:

Prin contestația nr. 2554/16.11.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 22251/ 16.11.2015, depusă de SC ... SRL, împotriva fișei de date și a răspunsurilor la clarificări, întocmite de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „*amenajare Parc Micro 18*”, cod CPV 45112711-2, s-a solicitat anularea cerinței din fișa de date de la punctul III.2.3.a. Capacitatea tehnică și profesională, respectiv Resurse Tehnice, necesar de utilaje buldozer 1 bucată prevăzut cu sistem automat tridimensional GPS de dirijare a lamei.

În fapt, contestatorul subliniază faptul că actul autorității contractante, pe care îl consideră nelegal și pe care îl contestă, este fișa de date, punctul III.2.3.a. Capacitatea tehnică și profesională, respectiv Resurse Tehnice, necesar de utilaje buldozer 1 bucată prevăzut cu sistem automat tridimensional GPS de dirijare a lamei, care face parte din documentația de atribuire, completat de răspunsurile autorității contractante la solicitările sale de clarificări, la care autoritatea contractantă a răspuns în data de 03.11.2015, respectiv, 09.11.2015, conform comunicărilor primite și afișate și în SEAP.

Contestatorul precizează că a solicitat autorității contractante prin două solicitări de clarificări să i se transmită normativele în vigoare și STAS-urile care impun utilizarea buldozerului prevăzut cu sistem GPS de dirijare a lamei la activitatea de împrăștiere a pământului, ținând cont că utilajul este folosit doar 9,263 ore pe toată lucrarea iar cantitatea de pământ este mică.

Contestatorul consideră că, prin răspunsurile la clarificări nr. 115774/03.11.2015 și nr. 117914/09.11.2015, autoritatea contractantă nu a putut argumenta necesitatea și obligativitatea unei astfel de cerințe.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosar, Consiliul constată următoarele:

..., a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „cerere de oferte”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „*amenajare Parc Micro 18*”, cod CPV 45112711-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, invitația de participare nr. .../ ..., conform căreia valoarea estimată a contractului este de 974.155,22 lei, fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din invitație, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul a depus garanția de bună conduită în valoare de 9741,56 lei.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” că SC ... SRL contestă documentația de atribuire, văzând că data depunerii contestației este 16.11.2015 și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 potrivit cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...)*”, Consiliul va analiza contestația din punctul de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația transmisă prin FAX la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la data de 16.11.2015 ora 15:34, s-a solicitat anularea cerinței din fișa de date de la punctul III.2.3.a. Capacitatea tehnică și profesională, respectiv Resurse Tehnice, necesar de utilaje buldozer 1 bucată prevăzut cu sistem automat tridimensional GPS de dirijare a lamei.

Valoarea estimată fiind de 974.155,22 lei, deci sub 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 este de cel mult 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 contestației, rezultă că actul contestat al autorității contractante este fișa de date a procedurii antemenționate, respectiv cerința din fișa de date de la punctul III.2.3.a. Capacitatea tehnică și profesională, respectiv Resurse Tehnice, necesar de utilaje buldozer 1 bucată prevăzut cu sistem automat tridimensional GPS de dirijare a lamei. Contestația fiind depusă în data de 16.11.2015 și, calculând termenul legal în care SC ... SRL putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de

La data de 03.11.2015 (după 11 zile de la luarea la cunoștință despre conținutul fișei de date), contestatorul a înaintat autorității contractante solicitarea de clarificări nr. 2462/03.11.2015 prin care a solicitat să i se precizeze actele normative care impun utilizarea acestui tip de utilaj și punctul de vedere al aproiectantului, deoarece în caietul de sarcini nu există sau PT nu există asemenea impunere.

Analizând conținutul acestei adrese, coroborat cu prevederile legale în vigoare, Consiliul urmează să le califice ca fiind notificare în temeiul prevederilor art. 256¹ din OUG nr. 34/2006 și nu solicitare de clarificări în temeiul prevederilor art. 78 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 115774/03.11.2015 autoritatea contractantă răspunde contestatorului postând pe SEAP sub identificatorul „([RFQ0078431/020] Clarificare 5.pdf.p7s)” în data de 03.11.2015 orele 16:08 răspunsul în sensul că „*cerința este formulată având în vedere capacitatea tehnică superioară a utilajului de a realiza lucrările într-un interval de timp scurt și la calitatea cerută, fără a perturba infrastructura existentă*”.

Ulterior la data de 09.11.2015 (după 17 zile de la luarea la cunoștință despre conținutul fișei de date și după 6 zile de la postarea răspunsului autorității contractante pe SEAP), prin adresa nr. 117914, autoritatea contractantă a răspuns din nou solicitării contestatorului, astfel:

„Buldozer 1 buc. va fi prevăzut cu sistem automat tridimensional GPS de dirijare a lamei pentru îndeplinirea cerințelor impuse la trasarea lucrărilor și vor fi utilizate în realizarea lucrărilor și vor fi utilizate în realizarea lucrărilor de sistematizare verticală, construirea platformei de parcare și construirea aleilor de acces auto și pietonale.

Menționăm totodată că orice modificare/completare a criteriilor de calificare și selecție se poate face numai cu respectarea prevederilor art. 179 alin. 4 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare”.

La data de 09.11.2015, autoritatea contractantă a postat, la orele 09:45, în SEAP, adresa de mai sus sub identificatorul ([RFQ0078431/028] Clarificare 11.pdf.p7s).

Ca urmare a acestui răspuns la notificările depuse la autoritatea contractantă, SC ... SRL a investit Consiliul prin contestația înregistrată cu nr. 22251/16.11.2015, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

În preambulul contestației, contestatorul menționează „*explicit*” că aceasta este îndreptată împotriva fișei de date a achiziției și solicită anularea cerinței din cadrul acesteia.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre faptul că cerința din fișa de date la data de

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

Ținând cont de dispozițiile art. 256² și art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, rezultă, așadar, că data de ... reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 5 zile de depunere a contestației împotriva cerințelor cuprinse în fișa de date, termen care este depășit la data depunerii contestației împotriva documentației de atribuire, respectiv la data de 16.11.2015.

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 ..., iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 16.11.2015, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării fișei de date, postate în SEAP de autoritate.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (notificarea nr. 2462/03.11.2015 și răspunsurile autorității contractante nr. 115774/

03.11.2015 și nr. 117914/09.11.2015), prin care SC ... SRL a cerut anularea cerinței contestate, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva ei 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 principiul „*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 răspunsului la solicitările de clarificări/la notificarea formulată 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 au formulat contestația în termen la documentația de atribuire, și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsul nr. 117914/09.11.2015 la notificarea formulată, rezultă că autoritatea contractantă a reiterat prevederile cerinței din fișa de date a achiziției.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 și art. 256¹ din OUG 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 cerințele tehnice impuse de către autoritatea contractantă.

Potrivit art. 256¹ din OUG 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 au 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 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 fișa de date încă de la data publicării ei - ... - și trebuia să manifeste o minimă

diligentă și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea 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 notificări formulate ea însăși la distanță de 11 zile de la cunoașterea cerințelor, operatorul economic ar putea să conteste ulterior faptul că cerințele din cadrul fișei de date nu sunt legale, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria notificare.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor tehnice din caietul de sarcini.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care contestatorul declară că atacă doar răspunsul autorității contractante, față de care contestația nu este tardivă, Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a fișei de date din documentația 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 ... 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 sau incomplet întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica/completa fișa de date după voința operatorului economic care a formulat 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/completări cerințelor de calificare ori altor prevederi ale documentației. 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 nr. 115774/03.11.2015 și 117914/ 09.11.2015, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant.

Pe de altă parte, se poate lesne observa că solicitarea contestatorului nu are ca scop clarificarea cerințelor fișei de date, aceasta fiindu-i clară acestuia, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice/completeze cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe fie la Consiliu, fie în instanță pe calea contenciosului administrativ, 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 tehnice sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform 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 sau considera că acestea sunt incomplete, restrictive, nelegale, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

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 SC ... SRL în contradictoriu ..., 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 7 (șapte) pagini.