

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. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, Calea, jud., având CUI, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de către COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de concesiune, având drept obiect: „.....”, cod CPV 90511000-2, 90512000-9, s-a solicitat de atribuire.

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

DECIDE:

Respinge contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), ca tardivă.

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./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., formulată de SC SRL, împotriva documentației de atribuire elaborată de către COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de concesiune, având drept obiect: „.....”, cod CPV 90511000-2, 90512000-9, s-a solicitat de atribuire.

În fapt, contestatorul subliniază faptul că, în calitate de posibil ofertant în cadrul procedurii, a constatat că documentația postată în SEAP necesită aspecte ce trebuie lămurite. În acest sens, prin adresa nr. 1368/25.02....., a solicitat clarificări autorității contractante, clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns, prin publicarea răspunsului în SEAP. Contestatorul consideră răspunsul autorității contractante neconcludent. De asemenea, arată contestatorul, referitor la clarificările adresate autorității contractante cu privire la modificarea caietului de sarcini, a primit răspunsul că „Anexele nr. 1, 2, 3, 4 vor fi repostate în SEAP”, însă pentru anexele 6 și 7 nu a primit răspuns.

În vederea soluționării contestației depuse, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 6963/..... -/....., 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.

Prin adresa nr. 1910/....., înregistrată la CNSC sub nr. 7516/17.03....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

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

COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de concesiune având ca obiect: „.....”, cod CPV 90511000-2, 90512000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de concesiune nr./....., conform căreia valoarea estimată a contractului este de 2.812.305,00 lei, fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din invitație, criteriul de atribuire al contractului este „prețul ofertei 92.00 prețul ofertei 210.00”.

Contestatorul a depus garanția de bună conduită în valoare de 28.123,00 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 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 (...)”, 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 prin email la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la data de, s-a solicitat de atribuire.

Valoarea estimată fiind de 2.812.305,00 lei, deci peste 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 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, rezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire a procedurii antementionate.

Contestația fiind depusă în data de 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 25.02..... (după 22 zile de la luarea la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire), contestatorul a înaintat autorității contractante solicitarea de clarificări nr. 1368/25.02....., astfel cum însuși contestatorul recunoaște în cadrul contestației formulate.

La data de 04.03....., autoritatea contractantă a răspuns solicitării prin adresa nr. 1368/01.03....., publicată în SEAP sub identificatorul „[PWCN2779/007] adresa raspuns clarificari -salubrizare.doc.p7s” și „[PWCN2779/008] ANEXELE -1.2.3.4-CS.docx.p7s”.

Ca urmare a răspunsurilor autorității contractante la solicitările de clarificări, SC SRL a investit Consiliul prin contestația înregistrată cu nr./....., prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

În preambulul contestației, contestatorul menționează „explicit” că aceasta este îndreptată împotriva documentației de atribuire și solicită de atribuire ca o consecință a neregulilor grave.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre faptul că cerințele documentației de atribuire 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 caietul de sarcini) 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 10 zile de depunere a contestației, termen care este depășit la data depunerii contestației împotriva documentației de atribuire, 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, 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 documentației de atribuire, sub aspectul incomplet al cerințelor, postate în SEAP de autoritate.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă, prin care SC SRL a cerut completarea/remedierea/ modificarea/clarificarea documentației de atribuire, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva lor sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

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, 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 unor clarificări 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.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 din OUG nr. 34/2006, prin cererea de clarificare 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.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice clarificare 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 ei - - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea/modificarea/corectare lor sau chiar anularea proceduri de atribuire în situația în care documentația de atribuire ar fi fost imposibil de remediat. 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 de solicitare de clarificări formulate ea însăși la distanță de 22 zile de la cunoașterea cerințelor

documentației de atribuire, operatorul economic ar putea să conteste ulterior faptul că cerințele sunt incomplete/incorecte/nelegale, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria solicitare de clarificări.

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 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/completarea / remedierea documentației de atribuire sau chiar anularea proceduri de atribuire în situația în care documentația de atribuire ar fi fost imposibil de remediat și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica/completa/ remedia 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 documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat solicitarea de clarificări. 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 tehnice 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 publicate în SEAP, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant.

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 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 din documentație de atribuire sau considera că acestea sunt incomplete, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Mai mult riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe clare/corecte/legale/complete, aparține autorității contractante.

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 respingă, ca tardiv introdusă, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu COMUNA, 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 6 (șase) pagini.