



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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2089/C6/2492

Data: 28.11.2016

Prin contestația nr.17/15.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr.34851/15.11.2016, depusă de S.C. ACTAEON INVEST S.A., cu sediul în Brașov, Str.Iuliu Maniu nr.47, județul Brașov, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr.J8/1156/25.05.2016, având CUI RO36126485, reprezentată legal prin administrator Vlădoianu Cezar, împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr.08/27.10.2016, emis de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE INVESTIȚII S.A., cu sediul în București, Piața Națiunile Unite nr.9, bl.106, Tronson 2, sector 5, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, derulată online, a contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare –faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: Sală de sport cu tribună 180 locuri, Str.Jandarmeriei nr.9-11, sector 1 București”, cod CPV – 4520000-9 - Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), s-a solicitat: obligarea autorității contractante de a răspunde în mod clar și complet la solicitarea de clarificări nr.08 din data de 27.10.2016, precum și suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art.22 din Legea nr.101/2016.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, S.C. ACTAEOB INVEST S.A. critică răspunsul la solicitarea de clarificări nr.08/27.10.2016, emis de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE INVESTIȚII S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată menționată în partea introductivă, solicitând: obligarea autorității contractante de a răspunde în mod clar și complet la solicitarea de clarificări nr.08/27.10.2016, precum și suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art.22 din Legea nr.101/2016.

În motivarea contestației, S.C. ACTAEON INVEST S.A. arată că, la data de 27.10.2016, a solicitat clarificări, respectiv modificarea cerințelor Fișei de date a achiziției și, de asemenea, lămuriri cu privire la legătura dintre prevederile art.218 alin.4 din Legea nr.98/2016 și modalitate prin care se solicită a fi îndeplinită cerința privind experiența similară.

Contestatorul susține că, la data de 01.11.2016, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, răspunsul nr.16305, având conținutul *"Autoritatea contractantă își menține cerințele din Fișa de date a achiziției, postată pe SEAP"*, refuzând practic să explice legătura între prevederea legislativă și cerințele din Fișa de date a achiziției privind experiența similară.

Precizează contestatorul că, la data de 07.11.2016, a formulat Notificarea prealabilă la care autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa 16852, al cărui conținut îl redă, și față de care afirmă că nu s-a arătat, nici de această dată, care este legătura dintre cerințele Fișei de date a achiziției privind experiența similară și dispozițiile art.218 alin. 4 din Legea nr.98/2016.

Invocând art.160 alin.2 din Legea nr.98/2016, contestatorul apreciază că acesta a fost încălcat de vreme ce autoritatea contractantă nu a răspuns clar și complet, iar, în ultimul răspuns transmis, nici nu mai face trimitere la dispozițiile art.218 alin.4 din Legea nr.98/2016.

Contestatorul consideră, contrar susținerilor autorității contractante, că în speța de față sunt aplicabile prevederile din Instrucțiunea nr.2, în condițiile în care dispozițiile legale privind experiența similară din OUG nr.34/2006 au fost preluate și în noua reglementare.

Potrivit art.17 alin.3 lit.b din Instrucțiunea nr.2/2016, al căror conținut este redat, cerința de a depune certificările de bună execuție confirmate de beneficiarul final al lucrărilor este restrictivă în condițiile în care singura obligație care subzistă în sarcina ofertanților este aceea de a face dovada că lucrările au fost executate în calitate de subcontractant, și nicidecum de a depune certificări semnate de beneficiarul final al lucrărilor

Contestatorul susține că, urmarea contractelor încheiate cu antreprenorul general, a obținut certificări din partea acestuia, care are calitatea de beneficiar al lucrărilor, solicitarea unei alte certificări din partea beneficiarului final fiind evident nelegală.

Se învederează că rațiunea solicitării este întemeiată pe dispozițiile art.218 alin.4 din H.G. nr.98/2016, fiind inadmisibil să se regăsească în

documentația de atribuire o cerință care nu a putut fi justificată de autoritatea contractantă până la acest moment.

Față de explicația din fișa de date conform căreia "*Rațiunea acestei mențiuni are la bază prevederile art.218 alin.4 din Legea 98/2016*", se arată că textul legal indicat nu are nicio legătură cu cerința.

Având în vedere considerentele menționate, contestatorul solicită să se dispună măsuri de remediere, în sensul obligării autorității contractante de a preciza în mod clar și complet care este legătura dintre cerințele prevăzute la Nota 3 și invocarea dispozițiilor art.218 alin.4 din Legea nr.98/2016.

De asemenea, se solicită să se dispună obligarea autorității contractante la eliminarea obligației prevăzută în sarcina ofertanților de a depune certificări de bună execuție confirmate de beneficiarul final al lucrărilor, în condițiile în care cerința este restrictivă și de natură a încălca normele legale aplicabile.

În continuare, sunt invocate argumente privind temeinicia și legalitatea cererii de suspendare a procedurii de atribuire.

Ca temei legal al contestației, sunt invocate dispozițiile Legii nr.101/2016 și Legii nr.98/2016.

În probatoriu, se solicită admiterea probei cu înscrisuri și orice alte probe necesare soluționării cauzei.

Prin punctul de vedere nr.17614/17.11.2016, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.35322/18.11.2016, COMPANIA NAȚIONALĂ DE INVESTIȚII S.A. a solicitat:

1. Pe cale de excepție, respingerea contestației ca tardivă, având în vedere că la data de 17.10.2016 documentația a fost validată de ANAP, termenul de notificare începând să curgă de la această dată. Operatorul economic avea posibilitatea să conteste actul considerat nelegal începând cu data de 18.10.2016, în 5 zile de la data la care a luat la cunoștință de fișa de date, astfel că și notificarea a fost promovată peste termenul legal.

2. Pe fondul cauzei, respingerea contestației ca fiind neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

- În cauză nu sunt aplicabile prevederile art.22 din Legea nr.101/2016, întrucât contestatorul nu justifică prevenirea pagubei iminente pentru care se impune măsura suspendării procedurii de atribuire.

- În ceea ce privește capătul de cerere prin care contestatorul solicită să se răspundă clar și complet la clarificarea nr.08/27.10.2016, autoritatea contractantă precizează că a răspuns prin adresa înregistrată la CNI SA sub nr.16305/02.11.2016, prin care a explicat faptul că în cauză sunt aplicabile prevederile art.218 alin.4 din Legea nr.98/2016, numai beneficiarul final al lucrării putând preciza dacă lucrările au fost executate în bune condiții.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

În considerarea dispozițiilor art.15 din Legea nr.101/2016, Consiliul a solicitat S.C. ACTAEON INVEST S.A. punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr.21/21.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.35630/21.11.2016, S.C. ACTAEON INVEST S.A. a solicitat respingerea excepției tardivității contestației, susținând că, în raport de dispozițiile art.16 alin.1 din Legea nr.101/2016, contestația către C.N.S.C. și autoritatea contractantă, a fost transmisă în termenul legal.

Contestatorul susține că termenul în care se putea formula contestație este cel de 5 zile, prevăzut de art.8 din Legea nr.101/2016, astfel că, calculat de la data de 10.11.2016, când s-a comunicat răspunsul CNI, termenul până la care se putea formula contestația este 15.11.2016.

Față de data transmiterii contestației către Consiliu și autoritatea contractantă, respectiv 15.11.2016, contestatorul solicită să se constate că a respectat termenul legal de depunere a contestației.

Cu privire la afirmația autorității contractante conform căreia termenul de notificare începe să curgă de la data de 17.10.2016, când a fost validată documentația de către ANAP, contestatorul arată că, în raport cu art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016, a notificat autoritatea contractantă cu notificarea înregistrată la CNI sub nr.16852/07.11.2016, în termenul legal de 5 zile care începe să curgă cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

În continuare, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii, respectiv:

- La data de 27.10.2016, S.C. ACTAEON INVEST S.A. a solicitat clarificări, respectiv modificarea fișei de date și lămuriri cu privire la legătura dintre prevederile art.218 alin.4 din H.G. nr.98/2016 și modalitatea prin care se solicită a fi îndeplinită cerința privind experiența similară.

- La data de 01.11.2016, s-a publicat în SEAP răspunsul nr.16305, prin care s-a refuzat să se explice legătura dintre prevederea legislativă și cerințele din fișa de date.

- La data de 07.11.2016, S.C. ACTAEON INVEST S.A. a comunicat notificarea prealabilă către autoritatea contractantă, notificare care a fost formulată și comunicată în termenul legal de 5 zile care a început să curgă din ziua următoare luării la cunoștință adică din data de 02.11.2016 și expiră în data de 06.11.2016. În condițiile în care data de 06.11.2016 a fost o zi nelucrătoare, conform art.5 alin.2 din Legea nr.101/2016, termenul s-a împlinit în 07.11.2016, notificarea fiind, astfel, promovată în termenul legal.

- La data de 10.11.2016, autoritatea contractantă a emis răspunsul nr.16852/07.11.2016 la notificarea prealabilă.

- La data de 15.11.2016, S.C. ACTAEON INVEST S.A. a comunicat contestația prin care se critică răspunsul nr.16852/CNI/10.11.2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

În considerarea dispozițiilor art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestației.

Astfel, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației susținând că *„(...) având în vedere că la data de 17.10.2016 documentația a fost validată de ANAP, termenul de notificare începând să curgă de la această dată. Operatorul economic avea posibilitatea să conteste actul considerat nelegal începând cu data de 18.10.2016, în 5 zile de la data la care a luat cunoștință de fișa de date, astfel că și notificarea a fost promovată peste termenul legal.”*

Consiliul constată că, deși invocă excepția tardivității contestației, în realitate, față de argumentele învederate în susținere, ceea ce se invocă este excepția inadmisibilității contestației, aceasta fiind sancțiunea care intervine în cazul în care notificarea prealabilă nu a fost înaintată în termenul legal, așa cum rezultă din conținutul art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016.

Prin urmare, examinând excepția inadmisibilității contestației, Consiliul o va admite, pentru următoarele considerente:

S.C. ACTAEON INVEST S.A. critică, prin contestație, răspunsul nr.16305, publicat în SEAP la data de 01.11.2016, la solicitarea sa de clarificări nr.08/27.10.2016.

Din conținutul răspunsului la clarificări nr.16305/01.11.2016, rezultă că S.C. ACTAEON INVEST S.A. a solicitat modificarea criteriului de calificare privind experiența similară, iar în situația în care nu se va efectua modificarea, să se precizeze care este legătura dintre art.218 alin.4 din H.G. nr.98/2016 și modalitatea prevăzută a fi îndeplinită cerința privind experiența similară.

Autoritatea contractantă a răspuns în sensul că menține cerințele din fișa de date postată în SEAP, răspuns pe care contestatorul îl atacă prin contestația de față.

Față de conținutul solicitării de clarificări nr.08/27.10.2016, Consiliul determină că, în fapt, ceea ce a urmărit contestatorul prin solicitarea de clarificări, este o modificare a fișei de date, după cum, de altfel și afirmă, în sensul de a se accepta ca dovada îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, să se facă *„- pentru contractele executate și recepționate anterior intrării în vigoare a Legii 98/2016, dovada privind experiența similară se asigură în baza contractului de subantrepriză încheiat cu Antreprenorul General și a recomandării/certificării de bună execuție emisă de autoritatea contractantă-instituție publică către Antreprenorul General conform prevederilor legislative la data respectivă.”*

Așadar, cu toate că susține că actul vătămător este răspunsul la clarificări nr.16305/01.11.2016, în realitate, ceea ce atacă contestatorul este documentația de atribuire, ce dorește a fi modificată de maniera arătată.

De asemenea, solicitarea contestatorului de a se preciza legătura dintre art.218 alin.4 din H.G. nr.98/2016 și modalitatea prevăzută a fi îndeplinită cerința privind experiența similară, reprezintă doar în aparență o solicitare de clarificare, în fapt, contestatorul încercând să forțeze o modificare a fișei de date în sensul dorit.

Consiliul constată că S.C. ACTAEON INVEST S.A. a luat cunoștință despre documentația de atribuire la data de 23.05.2016, când a fost postată în SEAP, aplicabile fiind dispozițiile art.6 alin.1 lit.b și alin.3 din Legea nr.101/2106, conform căroră *„(1) (...) persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, (...), în termen de: (...) b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal (...); (3) În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.”*

Prin urmare, la data transiterii notificării prealabile, S.C. ACTAEON INVEST S.A. era decăzut din dreptul de a mai critica documentația de atribuire.

Purtarea unei corespondențe „de clarificare” cu autoritatea contractantă nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării prealabile sau decalarea datei de la care începe să curgă acesta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice „solicitare de clarificări” privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al acesteia, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Referitor la răspunsul la clarificări nr.16305/01.11.2016, după cum s-a arătat, acesta a fost generat de solicitările contestatorului de modificare a documentației de atribuire, deci nu de clarificare a documentației de atribuire, respectiv lămurire, explicare a vreunei prevederi a acesteia.

Relevante în acest sens, sunt dispozițiile art.160 alin.1 și 2 din Legea nr.98/2016, conform căroră:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic.”

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, niciatât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzătoare.

Dacă existau obiecțiuni cu privire la prevederile documentației de atribuire, contestatorul trebuia să conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte expirarea lui și să încerce prin o așa zisă „solicitare de clarificări” să se repună în termenul de notificare prealabilă/contestare a documentației de atribuire.

Pe de altă parte, verificând respectarea, de către autoritatea contractantă, a dispozițiilor art.160 alin.2 din Legea nr.98/2016, Consiliul constată că răspunsul la clarificări nr.16305/01.11.2016 a fost emis în termen de 3 zile lucrătoare de la data primirii solicitării de clarificări, iar conținutul său este unul clar și complet, respectiv autoritatea contractantă a precizat că menține documentația de atribuire în forma inițială.

Astfel fiind, critica contestatorului este nefondată din această perspectivă, nefiind indentificată vreo încălcare a prevederilor art.160 alin.2 din Legea nr.98/2016.

Pentru considerentele enunțate, Consiliul, în temeiul art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016, va admite excepția inadmisibilității contestației și, pe cale de consecință, va respinge contestația, ca inadmisibilă.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei, potrivit art.26 alin.1 din lege.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației depusă de S.C. ACTAEON INVEST S.A., cu sediul în Brașov, Str.Iuliu Maniu nr.47, județul Brașov, în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE INVESTIȚII S.A., cu sediul în București, Piața Națiunile Unite nr.9, bl.106, Tronson 2, sector 5 și, pe cale de consecință, respinge contestația, ca inadmisibilă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Președinte
Maria-Marinela Păun

Membru
Doina Buzăianu

Membru
Constantin Budulan

Redactată în 4 exemplare originale, conține 7 pagini.