



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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...../...../.....

Data:

Prin contestația nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., formulată de SC SRL, cu sediul în, .., jud., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. .., având CUI RO, reprezentată legal prin administrator formulată împotriva clarificării nr. 418,420,421,429,432/420/26.10..... și răspunsului la notificarea prealabilă nr. 439,442/31.10....., emise de către, cu sediul în, loc., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Proiectare și execuție parking ..., ...”, cod CPV 45223300-9, 71322000-1, s-a solicitat anularea mențiunii autorității contractante „și unde construcții civile reprezintă „operațiuni specific prin care: - se realizează construcții de orice fel [...], conform definiției Legii 50/1991” din conținutul solicitării de clarificări și a răspunsului la notificarea prealabilă la care am făcut referire mai sus, deoarece, prin răspunsul dat de autoritatea contractantă se adaugă/completează nepermis la cerințe inițiale ale FDA” și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat în cursul soluționării contestației.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., formulată de SC SRL, formulată împotriva clarificării nr. 418, 420, 421, 429, 432/420/26.10..... și răspunsului la notificarea prealabilă nr. 439, 442/31.10....., emise de

către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Proiectare și execuție parking ..., ..”, cod CPV 45223300-9, 71322000-1, s-a solicitat anularea mențiunii autorității contractante „și unde construcții civile reprezintă „operațiuni specific prin care: - se realizează construcții de orice fel [...], conform definiției Legii 50/1991” din conținutul solicitării de clarificări și a răspunsului la notificarea prealabilă la care am făcut referire mai sus, deoarece, prin răspunsul dat de autoritatea contractantă se adaugă/completează nepermis la cerințe inițiale ale FDA” și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor (onorariu avocațial) suportat în cursul soluționării contestației.

Contestatorul precizează că, conform FDA cerința constă în: „lucrări executate (...) ce trebuie să privească lucrări construcții civile categ. C sau superior”; or, lucrările executate la construcțiile civile de categ. C sau superior pot fi și de reconstruire, reabilitare, etc.

În opinia contestatorului, prin clarificarea nr. 418/410/415/412/413/24.10..... autoritatea contractantă a modificat cerința privind experiența similară în sensul că din „lucrări construcții civile categoria C sau superior” se modifică/completează în „construcții din categoria de importanță C - redusă, civile, edificate de la A la Z”, respectiv „întrebare: Vă rugăm să ne specificați dacă pentru îndeplinirea criteriilor privind experiența similară se acceptă lucrări de reabilitări, reparații și consolidări ale construcțiilor civile categoria C sau superior

Răspuns: Experiența similară se referă la construcții din categoria de importanță C - redusă, civile, edificate de la A la Z (de la început până la sfârșit), nu la intervenții pe construcții existente, acestea nu sunt similare celor descrise prin caietul de sarcini”.

Contestatorul precizează că, în răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 439/442/31.10....., „reformulează” răspunsul la clarificarea nr. 418/420/....., însă fără a modifica acest răspuns, menținând completarea abuzivă a FDA cu definiția „trunchiată” a construcțiilor dată de Legea nr. 50/1991: „Experiența similară se referă la construcții civile din categoria de importanță C sau superior- unde C reprezintă importanța „normală” și unde construcțiile civile reprezintă „Operațiunile specifice prin care se realizează construcții de orice fel [...]”. De asemenea, contestatorul consideră că autoritatea contractantă aduce completări la cerința din cadrul fișei de date prin adăugarea textului: și unde construcțiile civile reprezintă „Operațiunile specifice prin care:- se realizează construcții de orice fel [...]”, conform definiției oferite de Legea nr. 50/1991.

Contestatorul consideră că experiența similară trebuie să privească lucrări de construcții civile cel puțin din categoria de importanță C, în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare.

In fișa de date capitolul III.1.5) Legislația aplicabilă nu se regăsește Legea nr. 50 din 29 iulie 1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții astfel trimiterea la definiția din lege privind autorizarea executării lucrărilor nu este justificată.

Prin adresa nr. 33547/...../03.11....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției publice, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 18, art. 20 din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/..... și art. 213 din OUG nr. 34/2006, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei, sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat. De asemenea, în situația în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Prin adresa nr. 449/07.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 34140/08.11....., autoritatea contractantă transmite actele solicitate, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca tardivă, deoarece, contestatorul atacă documentația de atribuire stabilită și publicată de către autoritatea contractantă și nu un anumit răspuns la clarificări / notificare prealabilă. Astfel, contestatorul atacă chiar cerința minimă de calificare stabilită prin FDA, respectiv: „Experiența similară: lucrări executate la nivelul ultimilor 5 ani ce trebuie să privească lucrări construcții civile categ. C sau superior. Lucrările similare executate trebuie să însumeze valoarea de minim 24.000.000 lei fără TVA la nivelul a maxim 3 contracte”. Ori această cerință a fost publicată la data de, posibilitatea de a fi contestată fiind stabilită de către art. 8 alin. 1 lit. a) la un termen de 10 zile de la publicarea documentației în SEAP. Ori, având în vedere data de transmitere a contestației - - aceasta este tardiv formulată și trebuie respinsă ca atare. Chiar și notificarea prealabilă cu privire la acest subiect a fost comunicată prin fax în data de 28.10....., fără a respecta termenul impus de lege.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Proiectare și execuție parking ..., ..”, cod CPV 45223300-9, 71322000-1, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr./....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este 25.013.423,50 lei.

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de

La data de 24.10..... (16 zile de la data publicării în SEAP a documentației de atribuire) autoritatea contractantă la întrebarea „vă rugăm să ne specificați dacă pentru îndeplinirea criteriilor privind experiența similară se acceptă lucrări de reabilitări, reparații și consolidări ale construcțiilor civile categoria C sau superior” formulată de către un operator economic interesat, a răspuns „experiența similară se referă la construcții din categoria de importanță C – redusă, civile edificate de la A la Z (de la început până la sfârșit), nu la intervenții pe construcții existența cesta nu sunt similare celor descrise prin caietul de sarcini”

La data de 26.10..... (18 zile de la data publicării în SEAP), prin clarificarea nr. 418,420,421,429,432/420/26.10....., autoritatea contractantă la întrebarea „Referitor la clarificarea 418/24.10..... – conform anexei 1 la Legea 98/..... prin lucrări de construcții civile se înțelege atât construcția de clădiri și lucrări noi cât și lucrări de restaurare și reparații curente. Practic, prin clarificarea postată, autoritatea contractantă solicită pentru demonstrarea experienței similare, execuția de lucrări noi, identice cu ceea ce urmează a fi executat. Vă rugăm să reveniți asupra clarificării motivat de faptul că, pentru demonstrarea experienței similare, conform fișei de date operatorul economic trebuie să prezinte contracte de lucrări civile și nu lucrări civile noi, după cum ați precizat în clarificarea postată. Prin clarificare se modifică cerințele inițiale ale fișei de date și astfel se restricționează participarea operatorilor economici la prezenta procedură” formulată de către contestator prin adresa nr. 4362/25.10..... a răspuns „Prin fișa de date s-a solicitat: „Experiența similară: lucrări executate la nivelul ultimilor 5 ani ce trebuie să privească lucrări construcții civile categ. C sau superior. Lucrările similare executate trebuie să însumeze valoarea de minim 24.000.000 lei fără TVA la nivelul a maxim 3 contracte. „Prin caietul de sarcini s-a solicitat proiectarea și execuția unui parking (de la A la Z). Prin clarificarea amintita S-A CLARIFICAT faptul că, lucrări construcții civile cat. C sau superior înseamnă, executarea unor lucrări SIMILARE celor descrise în caietul de sarcini (nefiind solicitată experiență IDENTICĂ, respectiv în realizarea de parking-uri), respectiv „construcții din categoria de importanta C - redusă, civile, edificate de la A la Z (de la început până la sfârșit), nu la intervenții pe construcții existente”, deoarece acestea „nu sunt similare celor descrise prin caietul de sarcini”. Mai precizăm că, experiența similară nu am solicitat-o ca și cod CPV, așa cum afirmați Dvs., ci, fundamentarea solicitării noastre are la bază prevederile Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, unde, definiția lucrărilor de construcții este: „Operațiunile specifice prin care:- se realizează construcții de orice fel - civile, industriale, agrozootehnice, edilitare subterane și aeriene, căi de comunicații, lucrări ingineresti, de arta etc.”, iar lucrările de reparații/consolidare/reabilitări sunt definite în

mod separat, ca fiind „lucrări de MODIFICARE”, „lucrări de intervenții” asupra unor construcții preexistente. Față de acestea, răspunsul oferit prin clarificarea 418/..... este valabil”

Ca urmare a acestui răspuns la propria solicitarea de clarificări, SC SRL a notificat autoritatea contractantă prin adresa nr. 4409/28.10..... (după cca. 20 de zile de la postarea documentației de atribuire în SEAP) prin care solicită remedierea încălcării legislației făcută prin clarificarea nr. 418,420,421,429,432/420/26.10.....

Ulterior, la data de 31.10....., autoritatea contractantă răspunde notificării prin clarificarea postată în SEAP nr. 439, 442/31.10....., comunicând că „intenția autorității contractante a fost de a clarifica, nu de a nuanța, adăuga, completa sau modifica cerințele. S-a folosit sintagma „redușă”, după construcții de categoria de importanță C pentru a sublinia faptul că cerințele sunt firești și dorința noastră a fost de eliminare a oricăror confuzii care se pot crea. În acest context, cuvântul mai potrivit a fi folosit este „normal”. Totodată, prin răspunsul anterior s-a urmărit într-adevăr să se evidențieze ca prin solicitarea din fișa de date privind experiența similară înțelegem să se prezinte contracte din care să reiasă că lucrările executate de către ofertanți sunt „similare” cu obiectul achiziției, nicidecum identice așa cum se susține. Față de acestea, vom REFORMULA răspunsul oferit prin clarificarea 418/..... și ulterior 420/....., fără a-i modifica esența, astfel: „Experiența similară se referă la construcții civile din categoria de importanța C sau superior - unde C reprezintă importanța „normală” și unde construcțiile civile reprezintă „Operațiunile specifice prin care:- se realizează construcții de orice fel [...]”, conform definiției oferite de Legea nr. 50/1991. În privința faptului ca Legea nr. 50/1991 nu a fost menționată în fișa de date, precizăm următoarele: legislația națională și europeană este aplicabilă în integritate în orice procedură de achiziție publică, chiar dacă în anunțul de licitație nu s-a precizat în mod expres acest lucru. Există numeroase acte normative ce trebuie respectate în cadrul execuției lucrării descrise în caietul de sarcini și care nu au fost nominalizate de autoritatea contractantă, acest lucru nu semnifică faptul că nu va trebui să fie respectate în execuția lucrărilor, o astfel de abordare este eronată. Totuși, este evident faptul că autoritatea a avut în vedere la întocmirea documentației prevederile privind autorizarea și calitatea în construcții, respectiv legea nr. 10/1995 și legea nr. 50/1991, HG nr. 766/1997 privind împărțirea pe categorii de importanța a construcțiilor – astfel cum a fost făcută și de autoritate prin fișa de date – face trimitere la ambele legi și este emisă în aplicarea acestora”.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre specificațiile cuprinse în documentația de atribuire încă de la data de

Conform art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/....., 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 la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

În speță, contestatorul stă în pasivitate cca. 20 de zile de la data postării pe SEAP a documentației de atribuire iar la data de 25.10..... alege să solicite clarificări în legătură cu cerința referitoare la experiența similară iar ulterior la data de 28.10..... notifică autoritatea contractantă în baza Legii nr. 101/....., ignorând cu desăvârșire dispozițiile art. 6 alin. (3) din actul normativ antemenționat care prevede în mod expres și imperativ faptul că „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”.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/..... pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1), (3) și (10) din Legea nr. 101/..... rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatorul fiind ținut ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 10 de zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate deoarece, dacă nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate, de notificare prealabilă a autorității contractante în termenul legal și de așteptare a răspunsului la acesta, transmis de către autoritatea contractantă, Consiliul va respinge contestația pe calea excepției, fără să cerceteze pe fond motivele acesteia.

Prin urmare, notificarea prealabilă a autorității contractante într-un anumit termen constituie o condiție de admisibilitate pentru sesizarea Consiliului, dovada depunerii acesteia la autoritatea contractantă trebuind să fie atașată la contestație împreună cu copia răspunsului autorității contractante, dacă acesta există.

În cazul în care Consiliul investit cu o contestație, constată neîndeplinirea obligației stabilită în sarcina sa, de a notifica prealabil autoritatea contractantă în termenul legal, va respinge contestația ca inadmisibilă potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Având în vedere faptul că SC SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr./....., notificarea autorității contractante fiind formulată la data de 28.10..... prin care solicită remedierea răspunsului la solicitarea de

clarificări, Consiliul constată că acesta nu a respectat termenul legal de formulare a notificării prealabile care privește conținutul documentației de atribuire și modificărilor aduse acestuia prin clarificările ulterioare, termen care începe să curgă de la data publicării acestora în SEAP.

Având în vedere data depunerii contestației, respectiv data de și data publicării Legii nr. 101/....., Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*” potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;

- principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul legii nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația notificării prealabile a autorității contractante.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, notificarea prealabilă a autorității contractante a fost transmisă de către contestator, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/..... coroborat cu prevederile art. 5 alin. (1) din același act normativ

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (adresa de solicitare de clarificări din data de 25.10.....), prin care contestatorul a cerut clarificări autorității contractante, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de notificare a autorității contractante sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o solicitare de clarificări întrerupe termenul de depunere a notificării prealabile, potrivit principiului de drept principiul „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că CNSC nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul persoanei care se consideră vătămată de a notifica prealabil autoritatea contractantă, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări prin care nu au fost aduse modificări documentației de atribuire, 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 notificării prealabile privind conținutul documentației. Astfel solicitarea unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula notificare prealabilă cu privire la documentația de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 6 din Legea nr. 101/..... raportat la art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/....., prin cererea de clarificare nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea

unei notificări prealabile și ulterior a unei contestații cu privire la documentații de atribuire incomplete, incorecte, nelegale.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare și ulterior de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate cu privire la documentația de atribuire încă de la data publicării ei -, iar pe cele cu privire la modificările aduse prin clarificările anterioare, încă de la data publicării acestora - 26.10..... și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea completarea lor/punerea la dispoziție într-un anumit format a unor documente. 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 clarificări formulată de operatorul economic, acesta ar putea să notifice (după 20 de zile de la luarea la cunoștință a documentației de atribuire) și ulterior să conteste faptul că documentația de atribuire este incorectă, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria clarificare.

Așadar, raportat la normele art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/....., este incidentă tardivitatea notificării prealabile a autorității contractante cu privire la conținutul documentației de atribuire.

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 sau prin punerea la dispoziție a unor informații incomplete, însă, dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivei documentații de atribuire, operatorul economic trebuia să efectueze demersurile premergătoare contestării înainte de expirarea termenelor legale, iar nu să aștepte împlinirea lor.

În speță, autoritatea contractantă prin răspunsurile la solicitările de clarificări nu a modificat/completat cerința din fișa de date a achiziției ci doar a adus lămuriri cu privire la cerința formulată prin citarea unor prevederi legale, contestatorul neputând să invoce în apărare necunoașterea legii potrivit adagiului latin „*nemo censetur ignorare legem*”.

Mai mult Consiliul nu poate reține nici alegația contestatorului cu privire la anexa 1 din Legea nr. 98/..... în sensul că „prin lucrări de construcții se înțelege atât construcția de clădiri și lucrări noi cât și lucrări de restaurare și reparații curente” formulată în încercarea disperată de a demonstra faptul că autoritatea contractantă a modificat prin răspunsul la solicitările de clarificări cerința referitoare la experiența similară, limitând astfel participarea la procedura în discuție, având în vedere faptul că în diviziunea 45 – Construcții, din anexa invocată, intră și clasa 45.23 construcții de autostrăzi, șosele, construcții care sunt total

diferite de necesitatea autorității contractante și nu vor putea demonstra experiența similară necesară calificării în cadrul prezentei proceduri.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 6 alin. (1), (3) și alin. (10) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC SRL, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică în cauză.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.