CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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

ÎNCHEIERE

Nr. 88 / C8 / 619
Data: 09.03.2017

Prin contestația nr. 1566/06.03.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7766/06.03.2017, depusă de

, număr de înregistrare în registrul comerțului , reprezentată de , privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de elaborare studiu de fezabilitate și proiect tehnic pentru drum expres legătura A3 - Aeroport Henri Coandă, coduri CPV 71241000-9 și 71322500-6, cu data limită de depunere a ofertelor 16.03.2017, organizată de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, cu sediul în bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, București, în calitate de autoritate contractantă, petenta a solicitat Consiliului, între altele, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației. Pe rol se află acest capăt de cerere.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cererii de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 22 și 23 din Legea nr. 101/2016, să soluționeze cererea de suspendare a procedurii de licitație deschisă menționată anterior, cuprinsă în contestația

contestație ce are ca obiect principal obligarea autorității achizitoare la remedierea documentației de atribuire, precum și a anumitor răspunsuri de clarificare atașate anunțului de

participare nr. 171764, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP la 25.11.2016.

Petenta afirmă că sunt îndeplinite cerințele cumulative prevăzute de art. 22 din Legea nr. 101/2016 pentru adoptarea măsurii suspendării licitației - cazul bine justificat și paguba iminente.

Se pot constata, din cuprinsul contestației, încălcări ale prevederilor legale de către autoritatea contractantă, prin omisiunea sau refuzul transmiterii răspunsurilor la solicitările de clarificări și la notificarea prealabilă, precum și prin neasigurarea unui termen rezonabil și echitabil pentru pregătirea ofertelor, situație ce se încadrează în noțiunea de „caz justificate", definită la art. 2 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 554/2004.

În absența dispunerii măsurii de suspendare, autoritatea va continua procedura, fapt de natură să o prejudicieze pe contestatoare.

Cu nr. 92/15398/08.03.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 7981/08.03.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA a formulat un punct de vedere cu privire la cererea de suspendare a procedurii, în care susține că :

nu a justificat modalitatea concretă în care autoritatea ar putea să îi prejudicieze vreun drept ori să îi provoace o pagubă iminentă și nici nu a prezentat argumente de suspendare a procedurii pentru motive de interes public.

Reclamanta își întemeiază motivele de suspendare pe simple supoziții, atât timp cât „încălcările constante ale prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice" nu au fost demonstrate și nici argumentate în mod substanțial în cuprinsul contestației.

Referitor la refuzul de a răspunde la notificarea prealabilă, autoritatea invocă art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevede implicit posibilitatea, dreptul autorității de a nu transmite un răspuns în termenul prevăzut la art. 6 din același act normativ.

De asemenea, față de mențiunea *„În lipsa dispunerii măsurii de suspendare a procedurii de achiziție, până la soluționarea prezentei contestații, autoritatea contractanta va continua procedura de atribuire, fapt ce este de natura să producă prejudicierea subscrisei, în situația derulării procedurii în condiții de legalitate"*, relevante sunt prevederile art. 9 alin. (4) și (5) din Legea nr. 101/2016: *„(4) Autoritatea contractantă are dreptul de a încheia contractul numai după comunicarea deciziei Consiliului privind soluționarea contestației și cu respectarea termenului de așteptare prevăzut pentru încheierea lui. (5) Contractul încheiat cu nerespectarea prevederilor alin. (4) este lovit de nulitate absolută. Încheierea contractului anterior/ulterior formulării contestației nu împiedică soluționarea acesteia de către Consiliu."*

Rezultă că îngrijorarea contestatoarei referitoare la prejudiciul pe care ar putea să îl suporte prin continuarea procedurii de atribuire este nefondată. Mai mult decât atât, semnarea contractului este imposibilă la acest moment, având în vedere faptul că nici nu s-au depus și evaluat oferte. Supoziția contestatoarei și iminența prejudiciului sunt nerealiste și nefondate.

Impactul suspendării procedurii ar fi în defavoarea contestatoarei, întrucât autoritatea s-ar afla în imposibilitate de a publica răspunsuri la solicitările de clarificări invocate în cadrul contestației, precum și la solicitările de clarificări transmise de alți operatori economici interesați să participe la procedură. Prin urmare, nu există posibilitatea producerii unei pagube iminente pentru contestatoare sau pentru viitorii ofertanți, prejudicierea operatorului economic nefiind o ipoteză sustenabilă sau realistă.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră cererea de suspendare a procedurii de atribuire nejustificată și neîntemeiată, context în care solicită Consiliului să o respingă.

În examinarea cererii aflate pe rol, Consiliul reține că, potrivit art. 22 și 23 din legea privind remediile și căile de atac:

Art. 22. - (1) În cazuri **bine** justificate și pentru prevenirea unei pagube **iminente**, la cererea persoanei interesate, Consiliul **poate** să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației.

(2) Persoana interesată comunică, concomitent, prin același mijloc de comunicare utilizat pentru transmiterea către Consiliu, cererea sa de suspendare și autorității contractante, care are obligația de a prezenta Consiliului, de îndată, punctul său de vedere asupra cererii. Nedepunerea punctului de vedere în termenul de soluționare a cererii nu împiedică soluționarea acesteia.

(3) Prevederile art. 33 nu sunt aplicabile.

Art. 23. - (1) Consiliul soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese care ar putea fi lezate, **inclusiv asupra interesului public**.

(2) Încheierea privind soluționarea cererii de suspendare poate fi atacată cu plângere la instanța competentă prevăzută la art. 32 alin. (1), în mod separat, în termen de 5 zile de la comunicare.

Raportat la normele redate, Consiliul observă că solicitarea de suspendare adresată de petentă, în cele două paragrafe de motivare regăsite la pagina 14 din contestație, nu cuprinde o justificare temeinică a sa și nici indicarea vreunei pagube iminente în patrimoniul petentei care ar trebui prevenită. În acest context, cele trei condiții impuse de legiuitor pentru admiterea unei cereri de suspendare (justificarea temeinică, necesitatea prevenirii unei pagube și paguba să fie iminentă) nu sunt îndeplinite de cererea

Singurele explicații aduse de petentă în privința cererii de suspendare vizează pretinsa încălcare a dispozițiilor legale prin omiterea sau refuzul de a oferi răspunsurile de clarificare dorite de agenții economici și neasigurarea unui termen rezonabil de

elaborare a ofertelor. Aceste explicații superficiale nu pot constitui justificări temeinice de natură să conducă la suspendarea achiziției.

Nu reiese de nicăieri că, prin continuarea procedurii, este încălcat dreptul reclamantei de a participa la competiție, iar eventualitatea anulării nu demonstrează, prin ea însăși, producerea unui prejudiciu în patrimoniul reclamantei, întrucât s-ar ajunge la concluzia că aceasta este presupusă în majoritatea documentațiilor de achiziție emise de autorități, ceea ce ar contraveni caracterului de excepție al instituției suspendării executării actelor administrative în reglementarea Legii nr. 554/2004 (*mutatis mutandis*, decizia nr. 2129 din 21 mai 2015, Secția de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție).

De asemenea, cum s-a reținut anterior, nu se precizează niciunde în concret, adică în contextul licitației pendinte, în ce constă paguba pe care riscă să o sufere petenta – cuantificată (pentru a se verifica dacă, într-adevăr, afectează patrimoniul contestatoarei), dovada iminenței ei și care este acel interes ce trebuie protejat, superior interesului autorității publice, de continuare a procedurii. Astfel cum a subliniat și Curtea Constituțională în decizia sa nr. 282 din 27 martie 2012, măsura suspendării poate fi dispusă numai ca urmare a întrunirii cumulative a următoarelor condiții: partea interesată trebuie să justifice temeinic necesitatea adoptării acestei măsuri, măsura se impune pentru prevenirea unei pagube iminente și măsura nu lezează alte interese, inclusiv interesul public.

Prin luarea acum a măsurii suspendării achiziției, autoritatea contractantă este cea prejudiciată și interesul public pe care ea dorește să îl satisfacă prin finalizarea procurării în cel mai scurt timp a serviciilor de elaborare a studiului de fezabilitate și a proiectului tehnic al investiției. Puse în balanță, prejudiciul pe care îl suferă autoritatea și beneficiarii investiției sale prin stoparea competiției este cu mult mai însemnat decât cel pe care l-ar putea reclama [redacted] a cărei unică pierdere, în cazul admiterii contestației sale și anulării procedurii de atribuire, o poate constitui cheltuielile efectuate pentru elaborarea ofertei și participarea la competiție (dacă va alege să participe, în caz contrar neexistând nicio pierdere pentru firmă), pe care și le poate recupera în conformitate cu art. 53 alin. (6) din lege. Alin. (1) al art. 23, reprodus mai sus, este limpede în sensul obligației Consiliului de a lua în considerare consecințele suspendării asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public. Corelativ, la art. 33 alin. (13) din lege, se arată că instanța va putea să nu dispună măsura suspendării în cazul în care consecințele negative ale acesteia ar putea fi mai mari decât beneficiile ei.

În același sens, directivele 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului Comunităților Europene în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice dispun că statele membre pot să prevadă că organismul responsabil cu soluționarea căilor de atac poate ține seama de efectele probabile ale măsurilor provizorii pentru toate interesele pasibile de a fi prejudiciate, precum și de interesul public, și poate decide să nu acorde astfel de măsuri, în cazul în care efectele lor negative sunt mai mari decât beneficiile.

Separat de aceste concluzii, faptul că societatea este îngrijorată de legalitatea derulării achiziției, respectiv nemulțumită că nu a primit răspunsuri la toate solicitările de clarificare, urmărind ca autoritatea să posteze aceste răspunsuri și să decaleze termenul de ofertare, împrejurare în care dorește blocarea investiției demarate de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, nu conduce *eo ipso* la imposibilitatea ei de a participa la procedura de atribuire ori la prejudicierea iminentă a ei. Nimic nu o oprește să nu participe la achiziție și, astfel, să nu sufere nicio pagubă, dacă este sigură că reclamația sa administrativă este fundamentată ori dacă incertitudinea provenind din suspiciunile sale primează față de avantajele obținerii contractului supus competiției.

Relativ la necesitatea cunoașterii din timp util a cerințelor autorității, nici aceasta nu are forța necesară suspendării licitației, dat fiind că nimic nu o oprește pe reclamantă să solicite organizatoarei licitației prelungirea termenului de depunere a ofertelor, astfel încât să beneficieze de timpul dorit, după cum a și solicitat reclamanta.

Din perspectiva Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, suspendarea procedurii împiedică solicitarea și furnizarea de eventuale clarificări, astfel cum reiese din punctul de vedere postat la adresa http://anap.gov.ro/web/procedura-de-atribuire-online/:

Întrebare: Avem rugamintea de a ne preciza daca la o procedura de atribuire on-line care este in stare „suspendata" (inainte de deschiderea ofertelor), operatorii economici mai pot solicita clarificari in perioada de suspendare? De asemenea, entitatea contractanta poate raspunde la solicitarile de clarificari in perioada suspendata? **Răspuns:** Suspendarea o intrerupere (a unei actiuni/activitati), o amanare (a unei actiuni/activitati), oprirea temporara (a unei actiuni/activitati), incetarea temporara a unei actiuni judiciare, interzicerea temporara a exercitarii unor drepturi, etc. Subliniem ca pe perioada suspendarii, **mai ales** daca este vorba despre o **procedura on-line**, operatorii economici care nu mai pot solicita clarificari, fiind imposibil din punct de vedere tehnic in sistemul SEAP.

În speță, licitația contestată este derulată online.

Astfel antamată situația factuală și de drept, Consiliul remarcă lipsa de temeinicie a cererii de suspendare a procedurii de licitație pentru atribuirea contractului de servicii de elaborare studiu de fezabilitate și proiect tehnic pentru drum expres legătura A3 - Aeroport Henri Coandă, coduri CPV

71241000-9 și 71322500-6, cu data limită de depunere a ofertelor 16.03.2017, organizată de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, drept pentru care urmează a o respinge ca nefondată.

Desigur, răspunderea ce decurge din continuarea procedurii, știind că ea este contestată, revine autorității contractante, care va suporta eventualele consecințe patrimoniale în raport cu ofertanții dacă, în final, se ajunge la anularea achiziției de către Consiliu. Nimic nu împiedică autoritatea contractantă să adopte o atitudine prevăzătoare și să recurgă din oficiu sau la cerere la suspendarea temporară a procedurii, pentru a elimina riscul anulării ei de către Consiliu în ipoteza în care contestația se dovedește a fi întemeiată, iar măsuri de remediere nu ar putea fi dispuse din cauza stadiului în care s-ar găsi achiziția.

Deopotrivă, Consiliul nu poate impune autorității contractante să adopte o poziție responsabilă, precaută, în sensul obligării ei să adopte măsuri pentru a preîntâmpina eventuale complicații și neplăceri viitoare, în ipoteza în care cererea de suspendare nu întrunește condițiile prescrise de lege, însă îi poate recomanda.

Cu privire la celelalte capete de cerere, Consiliul se va pronunța printr-o decizie ulterioară.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de elaborare studiu de fezabilitate și proiect tehnic pentru drum expres legătura A3 - Aeroport Henri Coandă, coduri CPV 71241000-9 și 71322500-6, cu data limită de depunere a ofertelor 16.03.2017, organizată de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA.

Împotriva prezentei încheieri se poate formula plângere, în termen de cinci zile de la comunicare.

Redactată în patru exemplare, conține șase pagini.