CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....
Data: ....

Prin contestația nr. 427/09.10.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 43294/13.10.2017, depusă de ..., cu sediul în …, înregistrată la ORC-… sub …, având CUI ..., reprezentată legal de ... în calitate de administrator, formulată împotriva răspunsului la notificarea prealabilă nr. CN1790S3/06 și a caietului de sarcini, acte emise de ... SA, cu sediul în ..., str. ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Vehicule pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale”, cod CPV 34144500-3 – Vehicule pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale (Rev. 2), s-a solicitat: reexaminarea documentației de atribuire, în sensul revocării în tot a caietului de sarcini ca netemeinic și nelegal, având în vedere menționarea greșită a codului CPV, respectiv anularea răspunsului - măsuri de remediere nr. CN179053/06.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia depusă de SC ...SA, prin care aceasta solicită Consiliului să dispună reexaminarea documentației de atribuire, în sensul revocării în tot a caietului de sarcini, ca netemeinic și nelegal, având în vedere că menționarea greșită a codului CPV, care restrânge și denaturează concurența, aspect ce atrage anularea întregului caiet de sarcini, respectiv anularea răspunsului - măsuri de remediere nr. CN179053/06.

În contestație se susține că documentația de atribuire aferentă acestei proceduri încalcă legislația privind achizițiile sectoriale, în special art. 165 alin. (6), art. 166 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea precizează că prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 4550/26.09.2017, entitatea contractantă a răspuns doar în parte solicitărilor din notificare.

SC ...SA învederează că entitatea contractantă nu a răspuns selectiv criticilor formulate în notificarea prealabilă, multe critici rămânând fără răspuns, în special, prima critică, prin care s-a solicitat revocarea în tot a caietului de sarcini și refacerea acestuia, având în vedere încadrarea greșită a produsului ce se dorește a fi achiziționat, din punct de vedere a codului CPV.

Contestatoarea susține că, în conformitate cu specificațiile tehnice din documentația de atribuire, produsul ce se urmărește a fi achiziționat este un vehicul din categoria vidanjoare (autocurățitoare pentru canalizare - categorie în care se încadrează în mod curent vehiculele speciale de vidanjare, curățare cu presiune a canalizării și transport a nămolului rezultat în urma curățării canalizării) și nicidecum un vehicul pentru transportul deșeurilor menajere și apelor reziduale (autogunoiere - categorie în care se încadrează în mod curent vehiculele speciale de colectare, compactare și transport a deșeurilor menajere).

Așadar, contestatoarea învederează Consiliului că această încadrare greșită a produsului, din punct de vedere al codului CPV, restrânge și denaturează concurența și susține că încadrarea este voit emisă greșit, în scopul favorizării achiziției unui produs al firmei ... Spa, respectiv în scopul eliminării altor operatori economici.

De asemenea, susține că o astfel de încadrare restrânge concurența în sesnsul că participanții care analizează documentația de atribuire, analizează în primul rând codul CPV, apreciind că operatorii economici care nu furnizează astfel de produse nici nu mai verifică specificațiile tehnice.

Potrivit dipsozițiilor art. 63. alin. (1) din Legea nr. 99/2016: *„Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței; (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția sectorială ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.”*

Din Regulamentul (CE) nr. 213/2008, de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2195/2002 al Parlamentului European și al Consiliului privind Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV) și a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului, referitor la procedurile de achiziții publice, în ceea ce privește revizuirea CPV, rezultă că vidanjoarele și vehiculele pentru transportul deșeurilor menajere și apelor uzate sunt de categorii diferite.

Contestatoarea reiterează că entitatea contractantă a încadrat în mod eronat produsul la categoria vehicul pentru transportul deșeurilor menajere și apelor reziduale, tocmai pentru a elimina furnizorii de vidanjoare. Mai mult, specificațiile tehnice ale utilajul ce se urmărește a fi achiziționat a fost redactat pe specificațiile tehnice ale firmei producătoare ... Spa, or acest lucru este interzis de art. 165 alin. (6) și art 166 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În concluzie, autoarea contestației învederează Consiliului că utilajul ce se dorește a fi achiziționat a fost încadrat greșit pe codul CPV - 34144500-3 - vehicul pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor uzuale, toate specificațiile tehnice, mai puțin această încadrare a codului CPV atestă vadit și logic că se dorește achiziționarea unei vidanje. Uzual, având în vedere cerințele tehince, încadrarea era la CPV 34144410-5 - Vidanjoare (Rev.2).

Sub un ultim aspect, contestatoarea apreciază că doar anularea în tot a caietului de sarcini reprezintă o măsură în concordanță cu dispozițiile art. 165 alin. (6) art. 166 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, deoarece simpla rectificare a codului CPV tot ar înlătura concurența având în vedere că furnizorii de vidanjoare nu ar mai urmări clarificările entitatății contractante Pentru toate aceste considerente, SC ... solicită Consiliului să admită contestația astfel cum a fost formulată.

Ca urmare a solicitărilor cuprinse în adresa nr. 43876/C4-3703/18.10.2017, ... SA, prin adresa nr. 138908/18.10.2017, a transmis o serie de documente necesare soluționării contestației, precum și punctul de vedere prin care solicită Consiliului să respingă contestația formulată de SC ... ca netemeinică și nelegală, cu consecința menținerii actelor contestate și continuarea derulării procedurii de atribuire.

În punctul de vedere, entitatea contractantă arată că în cadrul anunțului de participare nr. 179053/19.09.2017 a publicat în S.E.A.P întreaga documentație de atribuire privind procedura de atribuire a contractului de achiziție sectorială pentru „Vehicul pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale”, cod CPV 341445003-3, documentație față de care SC ... nu a solicitat nicio clarificare, însă a formulat notificarea prealabilă nr. 393/25.09.2017, înregistrată la ... SA cu nr. 4550/26.09.2017.

Entitatea contractantă precizează că a adoptat măsurile de remediere pe care le-a considerat necesare și le-a publicat, în termen, în SEAP, la secțiunea Clarificări, în data de 02.10.2017, prelungind și perioada de depunere a ofertelor, sens în care a postat anunțul tip erată nr. 113205/03.10.2017.

Cu toate acestea, operatorul economic SC ... s-a cosiderat vătămat de răspunsul primit la notificarea prealabilă și a făcut contestație, susținând în mod eronat, că încadrarea produsului la CPV 341445003-3 este greșită, respectiv *„restrânge și denaturează în mod vădit concurența".*

Entitatea contractantă consideră că motivarea contestatoarei în susținerea contestației este eronată deoarece s-a solicitat: „Autocombinată cu reciclare cu o capacitate de încărcare de minim 12 mc (ape reziduale min 8 mc; apă reciclată min 4 mc; apă curată 500 ltr)", conform specificațiilor tehnice din caietul de sarcini.

Autocombinata solicitată prin documentația de atribuire este un autovehicul cu utilizare special, care constă dintr-un șasiu pe care se montează suprastructura, care determină utilizarea specială a acestuia. Deoarece entitatea contractantă nu a regăsit în Anexa I - vocabularul comun privind achizițiile publice din Regulamentul (CE) nr. 2195/2002, un cod CPV care să descrie punctual necesitatea acesteia, entitatea

contractantă a stabilit că codul CPV 34144500-3 *Vehicule pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale* se pretează necesității descrise prin documentația de atribuire.

Prin punctul de vedere entitatea contractantă precizează că nu a încadrat achiziția respectivă la codul CPV 34144410-5 - *Vidanjoare* tocmai pentru a nu induce în eroare potențialii ofertanți, deoarece această achiziție nu este reprezentată de o simplă vidanjă, acesta îndeplinind trei funcții: vidanjare, reciclare de deșeuri menajere și desfundare de canalizări cu ajutorul pompei de presiune.

În Regulamentul (CE) nr. 213/2008 al comisiei din 28 noiembrie 2007, de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2195/2002 al Parlamentului European și al Consiliului privind Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV) și a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului în ceea ce privește procedurile de achiziții publice, în ceea ce privește revizuirea CPV sunt instrucțiuni pentru „Structura sistemului de clasificare": CPV cuprinde un vocabular principal și un vocabular suplimentar.

Vocabularul principal se bazează pe o structură ramificată de coduri de până la nouă cifre, cărora le corespunde o denumire care descrie produsele, lucrările sau serviciile care reprezintă obiectul contractelor de achiziție. Codul numeric cuprinde 8 cifre, subdivizate după cum urmează:

- diviziuni, identificate prin primele două cifre ale codului (XX000000-Y);
- grupe, identificate prin primele trei cifre ale codului (XXX00000-Y);
- clase, identificate prin primele patru cifre ale codului (XXXX0000-Y);
- categorii, identificate prin primele cinci cifre ale codului (XXXXX000-Y).

Fiecare dintre ultimele trei cifre conferă un grad mai mare de precizie în interiorul fiecărei categorii. Cea de a noua cifră servește la verificarea cifrelor precedente. Ambele coduri CPV fac parte din aceeași categorie (autospeciale), identificată prin primele 5 cifre ale codului și anume:

- codul CPV stabilit de entitatea contractantă este 34144500-3-Vehicul pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale;
- codul CPV solicitat de contestator este 34144410-5-Vidanjoare.

Entitatea contractantă apreciază că specificarea operatorului economic ... din contestație este eronată, respectiv că vidanjoarele și vehiculele pentru transportul deșeurilor menajere și apelor uzate sunt de categorii diferite. De asemenea, entitatea consideră afirmația contestatoare cu privire la restrângerea concurenței indusă de codul CPV diferit, ca fiind tendențioasă, întrucât subestimează seriozitatea potențialilor ofertanți, în sensul că aceștia nu mai verifică specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

Dimpotrivă, entitatea contractantă consideră categoria în care se încadrează codul CPV, respectiv cea de Autospeciale ca fiind foarte largă, și nicidecum, restrictivă.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei că încadrarea produsului la categoria vehicul pentru transportul deșeurilor menajere și a apelor uzate era destinată eliminării furnizorilor de vidanjoare, entitatea o consideră complet nefondată în sensul că orice furnizor de vidanjoare poate realiza o suprastructură așa cum este descrisă prin specificațiile din

caietul de sarcini și poate participa la procedura de achiziție. Nu există nicio restricție în acest sens, dar pe de altă parte cerința contestatorului de a anula în tot caietul de sarcini nu are nicio legatură cu codul CPV și constituie un abuz deoarece entitatea contractantă și-a stabilit specificațiile tehnice conform necesităților sale, iar dacă acestea nu coincid (probabil) cu gama de produse comercializată de contestator, nu poate fi solicitată anularea în tot a caietului de sarcini și implicit a procedurii de atribuire.

În consecință, raportat la toate argumentele prezentate mai sus, entitatea contractantă solicită Consiliului respingerea, ca nefondată, a contestației depuse de SC ... și continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 48862/C4-3703/16.11.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei justificarea interesului în promovarea contestației, având în vedere că menționarea codului CPV 34144500-3- Vehicul pentru transportul deșeurilor menajere, în loc de codul CPV 34144410-5- Vidanjoare, nu l-a împiedicat să studieze specificațiile tehnice, respectiv justificarea interesului în solicitarea anulării caietului de sarcini și a măsurii de remediere.

Contestatoarea a dat curs solicitării Consiliului și a transmis punctul său de vedere prin adresa fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48959/16.11.2017, prin care solicită respingerea excepției lipsei de interes ca nefondată.

În opinia petentei, entitatea contractantă a încălcat principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) pct. 2) din Legea nr. 99/2016, precizând că încadrarea greșită a codului CPV este de natură a încălca interesul general, al tuturor participanților la procedură.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de entitate contractantă, ... SA a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Vehicule pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale”, cod CPV 34144500-3 – Vehicule pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale (Rev. 2), sens în care a publicat în SEAP anunțul de participare nr. 179053/19.09.2017.

Conform documentației de atribuire, valoarea estimată a contractului este de 1.564.000 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire ... a formulat notificarea prealabilă nr. 393/25.09.2017, față de care entitatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. 8348/29.09.2017, comunicând că a adoptat o serie de măsuri de remediere.

Prin contestația de față, ... formulează solicită reexaminarea documentației de atribuire, în sensul **revocării în tot a caietului de sarcini ca netemeinic și nelegal**, având în vedere menționarea greșită a codului CPV, respectiv anularea răspunsului - măsuri de remediere nr. CN179053/06.

Astfel cum este formulată contestația, se deduce că societatea contestatoare consideră că prevederile caietului de sarcini ar fi restrictive,

pe motiv că entitatea contractantă ar fi menționat greșit codul CPV, solicitând anularea, în totalitate a specificațiilor tehnice, atât cele din caietul de sarcini, cât și cele din măsura de remediere publicată în SEAP cu numărul CN179053/06/02.10.2017.

În conținutul contestației nu se arată în ce măsură specificațiile tehnice o nedreptățesc pe contestatoare, respectiv în ce măsură i se îngrădește accesul la procedură. Dimpotrivă, la fila 3 primul alineat din contestație se menționează că ,,Subscrisa, văzând specificațiile tehnice, în detaliu, ale produsului ce urmează a fi achiziționat, am constatat cu stupoare că acestea se referă la o vidanjă, **produs pe care subscrisa avem posibilitatea să-l furnizăm**''.

Deci, contestatoarea susține, expressis verbis, că nu specificațiile tehnice o nemulțumesc, produsul descris de aceste specificații fiind facil de ofertat, în condițiile în are posibilitatea să îl furnizeze, ci încadrarea greșită a produsului în codul CPV, codul CPV stabilit de entitatea contractantă fiind 34144500-3- Vehicul pentru transportul deșeurilor menajere și al apelor reziduale, pe când codul CPV ce trebuia menționat este 34144410-5-Vidanjoare, aspect de natură să denatureze concurența, deoarece operatorii economici care au văzut codul CPV nu au mai analizat specificațiile tehnice.

Văzând că societatea contestatoare susține că în baza specificațiilor, poate depune ofertă, întrucât specificațiile fac trimitere la o vidanjă, rezultând de aici că nu specificațiile tehnice din caietul de sarcini și din măsura de remediere o vatămă, Consiliul a solicitat contestatoarei dovedirea interesui în solicitarea anulării caietului de sarcini și a măsurii de remediere.

De asemenea, luând în considerare că menționarea codului CPV 34144500-3- Vehicul pentru transportul deșeurilor menajere, în loc de codul CPV 34144410-5-Vidanjoare, nu a împiedicat-o pe contestatoare să studieze specificațiile tehnice, dovadă fiind tocmai depunerea prezentei contestații, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei de interes în formularea criticilor referitoare la menționarea greșită a codului CPV.

Prin adresa fără număr la emitent, înregistrată la Consiliu cu nr. 48959/16.11.2017, contestatoarea a răspuns solicitării Consiliului, invocând interesul general al tuturor potențialilor participanți la procedura de achiziție.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 101/2016, ,,(1) Orice persoană care se consideră **vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim** printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea entității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, **recunoaştere**a dreptului pretins sau a **interesului legitim**, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi''.

De asemenea, dispoziţiile art. 33 din C.pr.civ. stabilesc următoarele: *„**Interesul** trebuie **să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual**. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut şi actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni*

încălcarea unui drept subiectiv ameninţat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente şi care nu s-ar putea repara".

În ceea ce priveşte interesul, în doctrină se arată că, prin interes se înţelege **folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale**. Exercitarea dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie, cum este cazul de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate, pur vexatorii sau urmărind dezbateri teoretice, lipsite de finalitate practică.

Interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerinţe: să fie legitim, corespunzător cerinţelor legii materiale şi procesuale; să fie **personal şi direct, adică folosul practic urmărit prin declanşarea procedurii judiciare să aparţină celui care recurge la acţiune**; să fie născut şi actual, să existe în momentul în care este formulată cererea.

În cauza dedusă judecăţii, este fără putinţă de tăgadă că interesul contestatoarei, respectiv folosul practic, atât în depunerea ofertei, cât şi în promovarea căii de atac, trebuie să fie acela al posibilității ofertantului de a depune ofertă, în condițiile documentației de atribuire, respectiv nerestricționarea accesului său prin specificațiile tehnice formulate de autoritatea contractantă.

Drept urmare, văzând că în răspunsul său cu privire la excepția lipsei de interes în promovarea acțiunii, societatea contestatoare invocă interesul general, respectiv asigurarea transparenței prin acordarea posibilității participării unui număr mult mai mare de ofertanți, Consiliul reține că societatea contestatoare **nu a dovedit un interes personal**, respectiv folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale, invocând un așanumit interes al terților, care nu vor citi specificațiile tehnice văzând codul CPV.

Prin urmare, Consiliul va admite excepția lipsei de interes în promovarea contestației, iar în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca lipsită de interes, contestaţia formulată de către SC ... în contradictoriu cu … SA.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, . (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca lipsită de interes, contestaţia formulată de către SC ... în contradictoriu cu … SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 8 (opt) pagini.