

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.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SRL, cu sediul în, str., județul, înmatriculată la Oficiul Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul sub nr., având CUI, reprezentată legal de, împotriva Adresei nr. A-6217/11.07.2024 reprezentând răspuns consolidat la solicitările de clarificare publicat în SICAP la data de 15.07.2024 și a Caietului de sarcini aferent documentației de atribuire, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Furnizare terminal portabil Tetra”, cod CPV 32237000-3, de către, cu sediul în, str. - ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

-obligarea autorității contractante de a lua măsuri corective prin modificarea Caietului de sarcini în conformitate cu cele detaliate mai jos, astfel încât să permită tuturor operatorilor economici interesați participarea la procedura de achiziție publică și să respecte prevederile art. 2 (2) din Legea nr. 98/ 2016, art. 49 din Legea nr. 98/ 2016, art. 50 (1) din Legea nr. 98/ 2016, art. 155 (6) din Legea nr. 98/ 2016, art. 20 (10) din Hotărârea nr. 395/ 2016, deoarece specificațiile tehnice descrise în Caietul de sarcini îngreunează libera concurență;

-admiterea prezentei contestații în baza motivelor detaliate în cele ce urmează și obligarea autorității contractante în a lua măsurile necesare de remediere prin modificarea Caietului de sarcini;

-suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea contestației;

-anularea procedurii de achiziție publică în cazul în care nu este posibilă aplicarea de măsuri de remediere.

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL reclamă Adresa nr. A-6217/11.07.2024 reprezentând răspuns consolidat la solicitările de clarificare publicat în SICAP la data de 15.07.2024 și a Caietului de sarcini aferent documentației de atribuire, învederând următoarele:

În fapt, contestatorul arată că din analiza Caietului de Sarcini aferent procedurii mai sus-menționate, precum și din răspunsurile autorității contractante transmise prin Adresa nr. A-6217 din 11.07.2024, dar și analizând specificațiile tuturor terminalelor TETRA aflate în producție ale tuturor producătorilor de astfel de echipamente, s-a constatat că specificația tehnică favorizează în mod exclusiv produsul unui singur producător, și anume terminalul portabil TETRA model MXP600 produs de Motorola Solutions. Cerințele tehnice incluse în Caietul de sarcini sunt copiate în proporție covârșitoare după broșura tehnică a terminalului TETRA portabil Motorola MXP600, produs de Motorola Solutions, acest model fiind singurul terminal portabil TETRA ce se încadrează 100% în cerințele caietului de sarcini. Consideră petentul că achiziționarea produselor unui singur producător nu a avut la bază transpunerea în cerințe tehnice a necesităților operaționale ale autorității contractante, iar prin eliminarea concurenței reale va crește implicit și costul produselor ce vor fi achiziționate.

Analizând răspunsurile din cadrul adresei nr. A-6217 din 11.07.2024 "Răspunsul consolidat la solicitările de clarificare", contestatorul face referire la următoarele puncte:

1) Pct. 4. - Răspuns autoritate contractantă: "Autoritatea contractantă își menține cerința, deoarece, din exploatarea terminalelor TETRA în diferite scenarii operaționale, rezultă că terminalele cu baterie cu capacitate mai mică de 2900 mAh nu ne asigură autonomia necesară desfășurării misiunilor specifice" și Pct. 6 - Răspuns autoritate contractantă: "Autoritatea contractanta își menține cerința."

Contestatorul susține că afirmația autorității contractante poate fi corectă dar doar dacă se iau în calcul niște condiții de testare incorecte. Astfel, autoritatea contractantă a testat doar echipamente de la un singur producător, echipamente ce se află în exploatarea acesteia, așa au fost indicate în Caietul de sarcini la Pct. C55. "...cu flota de terminale TETRA DIMETRA aflată în dotarea MApN: MTP 850, MTH 800, MTP 3550, MTM 800 și MW 810."

Însă afirmația autorității contractante că a testat baterii în diverse scenarii operaționale reprezintă doar o simplă afirmație și nu s-a finalizat cu un raport de încercări bazat pe niște scenarii de testare clare.

Verificând specificațiile tehnice ale tuturor bateriilor terminalelor portabile TETRA indicate mai sus, respectiv MTP850, MTH800 și MTP3550 (MTM800 fiind un terminal TETRA mobil iar MW810 un calculator), contestatorul a constatat că toate bateriile acestora au voltajul identic, respectiv 3,7V și tehnologia de fabricație Lilon, ceea ce confirmă afirmația sa, și anume că autoritatea contractantă este posibil să fi testat echipamente TETRA portabile în diverse scenarii operaționale dar cu

aceeași tehnologie a bateriei (Lilon și voltaj de 3,7V), cu capacități diferite, situație de testare în care în mod cert o baterie cu capacitate mai mare are autonomie mai mare (la același voltaj al bateriei).

Contestatorul solicită reformularea cerinței C.2 *Baterie minim 2900mAh*, astfel încât să includă o cerință privind autonomia minimă solicitată a bateriei la un anumit regim de funcționare clar definit.

2) Pct. 5. și Pct. 7 - Răspuns autoritate contractantă: "Autoritatea contractantă cunoaște că în Platforma Comuna TETRA se utilizează bandă 380-400 MHz, ... sunt destinate aplicațiilor militare terestre și maritime. Pe cale de consecință, autoritatea contractantă își menține cerința."

Analizând răspunsul autorității contractante, contestatorul reține că gama de frecvență solicitată de autoritatea contractantă este exagerată în comparație cu cerințele reale ale autorității contractante, nu este necesară autorității contractante, și folosirea echipamentelor ce se doresc a fi achiziționate în afara benzii 380-400 MHz iese din sfera legală aplicabilă utilizării acestui tip de echipamente.

În concluzie, petentul solicită modificarea cerinței tehnice:

C17. Produsul trebuie să funcționeze în banda de frecvențe 350 - 470 MHz.

Astfel: „Produsul trebuie să funcționeze în banda de frecvențe 380 - 430 MHz”.

3) Pct. 19 - - Răspuns autoritate contractantă: "În etapa de elaborare a cerințelor tehnice minime, Autoritatea contractantă a avut în vedere că produsul să fie compatibil cu flota de terminal aflată în dotarea MAPN și reflectată în specificația tehnică la cerințele C53 și C55. Ținând cont de faptul că MAPN are în înzestrare un sistem TETRA DIMETRA, iar întreaga flota de terminale vehiculare și mobile este din aceeași familie, pentru eficientizare în exploatare, interschimbabilitate/comunalitate și asigurarea pieselor de schimb pe întreg ciclul de viață al produselor, în actualul context de securitate și pe baza cerințelor operaționale, a dus la nevoie de continuare a înzestrării cu terminale noi, de preferat din aceeași familie. Acest fapt nu exclude posibilitatea ofertării unor produse cu caracteristici similar/echivalente așa cum au fost descrise și în specificația tehnică."

Contestatorul observă că autoritatea contractantă omite să răspundă în mod clar la întrebarea adresată, și anume să confirme "că există cel puțin 2 produse care se încadrează în cerințele minime indicate prin caietul de sarcini."

Se menționează de către petent că "posibilitatea ofertării unor produse cu caracteristici similar/echivalente așa cum au fost descrise și în specificația tehnică" devine nulă în condițiile în care specificațiile tehnice minimale includ cerințe tehnice unice și specifice unui singur produs al unui singur producător, caz în care alternativa sau echivalența devin imposibile de realizat.

În concluzie, se apreciază că autoritatea contractantă a confirmat prin modul său de răspuns că dorește doar un anumit terminal, fără a aduce însă justificări clare și coerente în susținerea acestui punct de vedere, motiv pentru care sunt încălcate principiile de bază ale achizițiilor publice.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante de a lua măsuri corective prin modificarea Caietului de sarcini asupra cerințelor tehnice în referire la:

C2.	Baterie: minim 2900 mAh.
CI 7.	Produsul trebuie să funcționeze în banda de frecvențe 350 - 470 MHz.

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă formulează punct de vedere la contestația depusă de SRL în care invocă excepția tardivității contestației raportat la termenele prevăzute de art. 8 din Legea 101/2016.

Autoritatea contractantă susține că publicarea anunțului de participare s-a realizat în data de 20.06.2024, iar contestatorul a transmis pe adresa de mail indicată în anunțul de participare contestația pe data de 25.07.2024, fiind înregistrată la sediul Autorității cu nr. A-6710/26.07.2024 iar la CNSC contestația a fost depusă în data de 26.07.2024, înregistrată cu nr. ...

Pe cale de consecință, având în vedere cele menționate mai sus autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă.

Cu adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL formulează Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, precizând următoarele:

Contestatorul susține că a transmis contestația în data de 25.07.2024 atât prin Poșta Română cât și pe e-mail, către CNSC și către autoritatea contractantă, deci în termenul legal, și nu pe data de 26.07.2024 așa cum eronat susține autoritatea contractantă.

Se arată că în data de 15.07.2024, autoritatea contractantă a publicat în SICAP adresa nr. A-6217 din 11.07.2024 reprezentând răspuns consolidat la solicitările de clarificare.

Contestatorul apreciază că prin răspunsurile sale autoritatea contractantă a modificat cerințele caietului de sarcini, iar la alte întrebări a răspuns în mod evaziv, folosind declarații fără probe și fără o argumentare tehnică bazată pe documente clare, motiv pentru care a decis contestarea documentului mai sus menționat.

Se consideră de către petent că prin răspunsul său, autoritatea contractantă omite să răspundă de fapt solicitărilor de clarificare, încadrându-se astfel în prevederile art. 3(1) din Legea 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de, în valoare de RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Furnizare terminal portabil Tetra”, cod CPV 32237000-3. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva Adresei nr. A-6217/11.07.2024 reprezentând răspuns consolidat la solicitările de clarificare publicat în SICAP la data de 15.07.2024 și a Caietului de sarcini aferent documentației de atribuire, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu înțâietate la analizarea excepției tardivității introducerii contestației depusă de SRL invocată de autoritatea contractantă.

În soluționare, se reține că SRL, nemulțumită de Răspunsul consolidat nr. A-6217/11.07.2024 la solicitările de clarificări, postat în SEAP la data de 15.07.2024, ora 09:53, a transmis contestația, atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă, la data de 25.07.2024, prin e-mail (poșta electronică).

Analizând contestația formulată prin prisma actului atacat, Consiliul reține că, deși documentul *Adresa nr. A-6217/11.07.2024 reprezentând răspuns consolidat la solicitările de clarificare publicat în SICAP la data de 15.07.2024, ora 09:53*, clarifică aspecte ce privesc documentația de atribuire, autoritatea contractantă își menține specificațiile din cadrul caietului de sarcini, considerate abuzive și restrictive de către contestator.

Prin urmare singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să lezeze interesele contestatorului este, în cazul de față, documentația de atribuire/caietul de sarcini, act de care SRL a luat la cunoștință în data de 20.06.2024, data publicării acesteia în SEAP.

În aceste condiții, nu are nicio relevanță faptul că SRL susține în mod formal contestarea răspunsului la clarificări, întrucât prevederile pretins nelegale sunt cuprinse în documentația de atribuire și nu în actul mai sus menționat.

Astfel, Consiliul reține că operatorul economic cunoștea cerințele caietului de sarcini, pe care acum le apreciază ca fiind nelegale, încă de la data publicării documentației – 20.06.2024 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele respective, dacă dorea eliminarea, completarea sau schimbarea lor, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de legiuitor. Purtarea unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta din urmă își menține cerințele impuse) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. 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/modificări operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit.

Potrivit prevederile art. 160 al Legii nr. 98/2016:

"(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege".

Așa cum se observă din textele citate, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, legiuitorul stabilind în sarcina autorității contractante să răspundă în mod clar și complet acestora.

Însă, parcurgând conținutul documentului *Adresa nr. A-6217/11.07.2024 reprezentând răspuns consolidat la solicitările de clarificare publicat în SICAP la data de 15.07.2024, ora 09:53*, se observă că, în fapt, solicitările operatorului economic nu au avut ca scop clarificarea cerințelor caietului de sarcini, ci modificarea lor, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege.

Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice/elimine cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe, fie la Consiliu, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/eliminării pe care o doresc.

În aceste condiții, ținând cont de data luării la cunoștință a prevederilor considerate nelegale, raportat la data formulării contestației, Consiliul reține următoarele:

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, așa cum a fost modificată și completată prin OG nr. 3/2021: *"(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare."*

Conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din același act normativ:

"(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunșurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii; .

(2) În cazul în care contestația 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 anunșului de participare nr. publicat în SEAP, valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică de servicii care face obiectul contestației este de 119.575.282 lei, prin urmare mai mare decât pragurile valorice, prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunșurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Astfel, având în vedere cele anterior menționate și ținând cont de faptul că SRL a luat la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire în data de 20.06.2024 (data publicării acesteia în SEAP), rezultă că acesta trebuia să transmită contestația, atât către CNSC cât și către autoritate contractantă, până la data de 01.07.2024 inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă.

Prin urmare, transmiterea contestației la CNSC și autoritatea contractantă în data de 25.06.2024 reprezintă un demers tardiv al SRL, în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și va respinge ca tardivă contestația depusă de SRL în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge ca tardivă contestația depusă de SRL în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile de la comunicare.