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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., .., ..., .., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. .., având CUI ....., împotriva răspunsului la adresa de solicitare clarificări nr. 1, înregistrat sub nr. 19571, emis de către ..... SA, cu sediul în ....., .., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, având drept obiect: „Achiziția și transportul parapetelor deformabile (elemente metalice) și a atenuatorilor de impact necesare drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea ....-S.A. Lot: Atenuatori de impact”, cod CPV 34928110-2, s-a solicitat admiterea contestației și ..... de atribuire.

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

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data de ..... anunțul de participare nr. ..... iar, în data de 21.03....., cu doar 2 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, prin răspunsul la clarificări nr. 19571, publicat în SEAP a adus modificări caietului de sarcini, prin care au fost încălcate prevederile legale în domeniul achizițiilor publice.

Contestatorul consideră că, prin aceste modificări, respectiv acceptarea unor atenuatori care au în componența pe lângă elementele metalice și elemente din plastic, cerință ce nu se regăsea inițial în caietul de sarcini, autoritatea contractantă încalcă principiul tratamentului egal, fiind favorizat operatorul economic care a solicitat modificarea, elementele din plastic fiind mult mai ieftine. Contestatorul subliniază că,

dacă aceste modificări s-ar fi făcut într-un termen rezonabil, ar fi format o asociere care să-i permită prezentarea acestor produse.

Mai mult decât atât, arată contestatorul, prin modificările făcute, prevederile privind standardele aplicabile devin neclare, împiedecându-se astfel elaborarea unor oferte comparabile și împiedicând participarea ofertanților la procedură.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 14280/.....-...../10.04....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, dosarul achiziției publice; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016. În situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 25596/17.04....., înregistrată la CNSC cu nr. 15333/17.04....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația depusă, precum și documentele solicitate.

Autoritatea contractantă consideră contestația ca fiind tardivă, întrucât notificarea prealabilă a fost depusă în data limită de depunere a ofertelor; astfel, la data limită de depunere a ofertelor, acestea au fost făcute publice pentru autoritatea contractantă, în acest moment, procedura aflându-se în perioada de evaluare a ofertelor.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că prin răspunsul la solicitarea de clarificări publicat în data de 21.03....., au fost făcute o serie de precizări care nu au adus modificări caietului de sarcini, respectiv:

Acceptarea unor atenuatori de impact care au în componență pe lângă elementele metalice și elemente din plastic, cu condiția ca produsele să vină însoțite de:

- certificatul de constanță a performanței / certificatului de conformitate emis de un organism de certificare notificat conform normei tehnice SE EN 1317-5+A2:2012;
- declarația de constanță a performanței / declarația de conformitate emisă de producător;
- rapoartele testelor de încercare la impact efectuate în conformitate cu norma tehnică SR 13117/1,2,3,4,5 – dispozitive de protecție drumuri;
- fișa tehnică a parapetului / atenuatorului de impact.

Având în vedere prevederile caietului de sarcini, respectiv art. II.5.4. *Execuția atenuatorilor de impact / terminalelor* din caietul de sarcini, precum și răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea

contractantă apreciază că cerințele caietului de sarcini nu au fost modificate iar acceptarea de produse care au în componență și elemente din plastic, dar care respectă prevederile caietului de sarcini ar fi permis participarea la procedură a unui număr mai mare de ofertanți, astfel încât să nu fie îngrădită concurența.

Prin adresa nr. 80/19.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 15870/ 19.04....., contestatorul transmite opinia referitoare la punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește motivarea autorității contractante privind tardivitatea contestației, contestatorul menționează că are în vedere faptul că aceasta a fost depusă la data depunerii ofertelor, autoritatea nefăcând nici o referire la data comunicării adresei de clarificări prin care a modificat conținutul caietului de sarcini.

Cu privire la afirmațiile autorității contractante potrivit cărora, prin clarificările din data de 21.03..... nu au fost aduse modificări la caietul de sarcini, contestatorul apreciază că acestea sunt netemeinice și nelegale, din următoarele considerente:

- în caietul de sarcini, la pag. 3, cap. II.5.1 – Condiții minime obligatorii, este specificat foarte clar că atenuatorii de impact *„vor fi executați din elemente metalice*”; niciunde în caietul de sarcini, nu este menționat că s-ar accepta și elemente din plastic; mai mult, în fișa de date a achiziției, se specifică foarte clar faptul că: *„nu se acceptă oferte alternative*”;
- faptul că în data de 21.03....., autoritatea contractantă face o modificare esențială în caietul de sarcini, este evident că este denaturată concurența, elementele din plastic având un preț mult mai redus față de cele metalice;
- referitor la standarde, intervine aceeași modificare, deoarece extensia din denumirea standardului, respectiv „/3” reprezintă versiunea standardului respectiv, iar prin renunțarea la această extensie în clarificarea din data de 21.03....., autoritatea contractantă acceptă și versiunea anterioară standardului, respectiv produse de o calitate inferioară care se raportează la un standard anterior celui prevăzut inițial în caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 13C/1150/27.04....., înregistrată la CNSC cu nr. 17486/02.05....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere al direcției derulatoare, care reiterează cele susținute de autoritatea contractantă, precizând în plus că în caietul de sarcini sunt solicitați atenuatori de impact metalici, însă niciunde nu apare precizarea că aceștia trebuie să fie integral metalici.

De asemenea, menționează că societatea contestatoare și operatorul economic care a solicitat clarificarea care face obiectul contestației nu au depus oferte.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura, în vederea încheierii acordului-cadru, având drept obiect: „Achiziția și transportul parapetelor deformabile (elemente metalice) și a atenuatorilor de impact necesare drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea ....-S.A. Lot: Atenuatori de impact”, cod CPV 34928110-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 41.264.000,00 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității invocată de autoritatea contractantă față de contestația formulată de SC ..... SRL.

În opinia autorității contractante contestația formulată de SC ..... SRL este tardivă deoarece „notificarea prealabilă a fost depusă în data limită de depunere a ofertelor”.

În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, SC ..... SRL a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 55 în data de 23.03....., fiind înregistrată la ..... SA sub nr. 92/19979 din 23.03..... și publicată în SEAP în aceeași dată respectiv 23.03..... prin care critică răspunsul la clarificări nr. 1, înregistrat cu nr. 19571, publicat în SEAP în data de 21.03.....

În lipsa unui răspuns din partea autorității contractante, SC ..... SRL a transmis contestația nr. ...../..... către CNSC și către autoritatea contractantă astfel:

- către CNSC, în data de ....., astfel cum rezultă din ștampila aplicată de Oficiul Poștal 41 ....., nr. prezentare AR09476874579, aflat la dosarul cauzei;
- către autoritatea contractantă tot în data de ....., astfel cum rezultă din ștampila aplicată de Oficiul Poștal 41 ....., nr. prezentare AR09476874569, aflat la dosarul cauzei;

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va reține că în speță sunt incidente următoarele dispoziții legale:

- art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016 „*Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, 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 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) Notificarea prealabilă se face în scris și conține cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.”;

- art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016: „*În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări*”;
- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: „*Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă 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, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz*”;
- art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016: „*Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: (...) b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns*”;
- art. 5 din Legea nr. 101/2016: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare*”;
- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile*

prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată".

Raportat la prevederile legale mai sus reiterate, și ținând seama de faptul că:

- răspunsul la clarificări nr.1, înregistrat cu nr.19571 a fost publicat în SEAP în data de 21.03.....
- notificarea prealabilă a fost primită de autoritatea contractantă la data de 23.03.....,
- autoritatea contractantă nu a răspuns la notificarea prealabilă în interiorul termenului de 3 zile prevăzut la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 și
- contestatorul a transmis contestația atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă în .....,

rezultă fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere atât a notificării prealabile cât și a contestației în termenul legal prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. a) și a art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă față de contestația formulată de SC ..... SRL, urmând a proceda la analiza pe fond a acesteia.

Astfel, analizând obiectul contestației formulate, Consiliul reține că acesta îl reprezintă răspunsul la clarificări nr. 1 al autorității contractante publicat în SEAP în data de 21.03....., prin care, în opinia contestatorului autoritatea contractantă face modificări la caietul de sarcini deoarece acceptă atenuatori care au în componență pe lângă elementele metalice și elementele din plastic, cerință ce nu se regăsea inițial în caietul de sarcini.

Potrivit anunțului de participare cap. *II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*, autoritatea contractantă a menționat că *„termene pentru depunerea/răspunsul la solicitările de clarificări/informații suplimentare:*

A. În conformitate cu prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ***termenul limita până la care orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări*** *sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire este* ***de maxim 25 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor.***

B. În conformitate cu prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 ***termenul limită până la care autoritatea contractanta va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de***

***clarificare**/informațiilor suplimentare este de**: 12 zile înainte de data limita de depunere a ofertelor**.*

La cap. IV.3.4) Termen limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare din cadrul anunțului de participare autoritatea contractantă a menționat data de 23.03..... 16:00.

Potrivit art. 160 din Legea nr. 98/.....: „(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.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 150 alin. (3) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitări de clarificări sau informații suplimentare"

Conform art. 27 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *„(1) Orice răspuns al autorității contractante la solicitările de clarificări sau informații suplimentare primite în condițiile art. 160 alin. (1) din Lege, se postează în SEAP la secțiunea specifică, disponibilă în sistemul informatic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat*"

Prin adresa nr. 354/16.03..... (cu doar 7 zile înainte de data limită de primire a ofertelor, cu încălcarea datei limită expres menționată în cadrul anunțului de participare și a prevederilor art. 160 din Legea nr. 98/2016) publicată în SEAP în data de 16.03....., un alt operator economic interesat a solicitat, următoarele clarificări privind documentația de atribuire:

„Capitolul I.2 din caietul de sarcini se referă la furnizarea, transportul și instalarea amortizoarelor de impact metalice. Societatea noastră dispune și dorește să oferteze pernele de siguranță solicitate conform EN 1317-3. Pernele de impact au rapoarte pozitive de testare și sunt marcate cu CE conform EN 1317-5. Acestea sunt compuse în principal din metal galvanizat la cald, dar includ și segmente de impact în scopul absorbției energiei de impact realizate din ABS-plastic de înaltă calitate. Acest material este utilizat pe scară largă în industria construcțiilor și a autovehiculelor și este extrem de durabil. Trasabilitatea totală este dată de certificarea CE conform EN 1317-5. Pernele noastre de prindere constau din cca. 85% din metal și 15% din ABS –materiale plastice. Vă rugăm să confirmați că sunteți de acord cu ofertarea acestor perne de avarie care sunt parțial din ABS-plastic de

înaltă calitate având în vedere că sunt superioare celor solicitate prin caietul de sarcini".

Potrivit art. 27 alin. (2) din HG nr. 395/2016 (aplicabil în această situație, având în vedere faptul operatorul economic interesat terț nu a formulat solicitarea de clarificări în termenul stabilit de autoritatea contractantă în cadrul anunțului de participare) *„În măsura în care solicitările de clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire nu au fost adresate în timp util de operatorii economici interesați, în condițiile art. 161 din Lege, autoritatea contractantă răspunde la solicitarea de clarificări în măsura în care se respectă,* ***în mod cumulativ****, următoarele:*

a) perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea în SEAP de către autoritatea contractantă a răspunsului face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare;

b) răspunsul nu modifică informațiile deja publicate, nu afectează modul de elaborare a ofertelor și nici nu devine necesară publicarea unei erate".

Astfel autoritatea contractantă a răspuns solicitării formulate de către un operator economic terț interesat prin publicarea în SEAP a răspunsului în data de 21.03..... (cu doar 2 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor), având următorul conținut:

„Operatorii economici își vor întocmi oferta în conformitate cu precizările caietului de sarcini. Pentru produsele care obiectul prezentei proceduri, autoritatea contractantă acceptă și ofertarea unor atenuatori care au în componență pe lângă elemente metalice și elemente din plastic, cu condiția ca produsele să vină însoțite de :

- Certificatul de constanță a performanței/certificatului de conformitate emis de un organism de certificare notificat conform normei tehnice SR EN 1217-5+A2:2012;

- Declarația de constanță a performanței/declarației de conformitate emise de producător;

- Rapoartele testelor de încercare la impact efectuate în conformitate cu norma tehnică SR 1317/1,2,3,4,5 – dispozitive de protecție la drumuri;

- Fișa tehnică a parapetului/atenuatorului de impact".

Astfel, rezultă că autoritatea contractantă a ales să răspunsă la solicitările de clarificări chiar dacă nu au fost formulate în termenul legal tocmai pentru a respecta scopul Legii nr. 98/2016 respectiv de a asigura un cadrul legal necesar realizării achiziționării de bunuri în condiții de eficiență.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări prin publicarea acestora în SEAP autoritatea contractantă a făcut posibilă primirea acestuia de către

operatorii economici înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor, răspunsul nu a modificat informațiile deja publicate și nu au afectat modul de elaborare a ofertelor având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu și-a modificat necesitatea și nici modalitatea de elaborare a ofertelor. Astfel întrebarea al cărui răspuns autoritatea contractantă l-a postat în SEAP se referă la posibilitatea de a participa la procedură cu „perne de prindere care constau din cca. 85% din metal și 15% din ABS –materiale plastice" iar autoritatea contractantă a acceptat însă doar în condițiile în care produsele sunt însoțite de următoarele documente, documente expres detaliate încă de la început în cadrul caietului de sarcini postat în SEAP la data de ....., respectiv certificatul de constanță a performanței/certificatului de conformitate emis de un organism de certificare notificat conform normei tehnice SR EN 1217-5+A2:2012, declarația de constanță a performanței/declarației de conformitate emise de producător, rapoartele testelor de încercare la impact efectuate în conformitate cu norma tehnică SR 1317/1,2,3,4,5 – dispozitive de protecție la drumuri și fișa tehnică a parapetului/ atenuatorului de impact.

Având a determina în ce măsură această clarificare a autorității contractante este de natură a afecta grav concurența, așa cum susține contestatorul și a restrânge participarea la procedura în cauză, Consiliul reține prin raportare la răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări, că autoritatea contractantă a permis participarea la procedura de atribuire a unui număr cât mai mare de ofertanți astfel încât să fie încurajată concurența și atingerea obiectivului final de a achiziționa bunuri în condiții de eficiență economică și socială, garantând un tratament egal și nediscriminatoriul operatorilor economici interesați și nu a restrâns concurența.

Față de considerentele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă.

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

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
.....	.....	.....

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