

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 378/16.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 42802/16.08.2021, formulată de ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect **„Furnizare aparate și echipamente de iluminat arhitectural pentru punerea în valoare pe timpul nopții a diverselor obiective din ...”**, s-au solicitat următoarele:

1. Constatarea caracterului nelegal al specificațiilor tehnice cuprinse în fișele tehnice ale corpurilor de iluminat cu LED, parte integrantă a documentației de atribuire publicată în anunțul de participare nr. .../20.07.2021 și obligarea autorității contractante la respectarea specificațiilor tehnice cuprinse în fișele tehnice ale corpurilor de iluminat cu LED, în conformitate cu Masterplan de Iluminat Arhitectural al obiectivelor cu valoare de patrimoniu situate în ...aprobat prin HCL 416/2019 în conformitate cu art. 3.3 din caietului de sarcini, cu respectarea art. 2, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

2. Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire în sensul celor indicate la punctul anterior și, în consecință, prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor, în temeiul art. 153, din Legea nr. 98/2016

3. În temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, în scopul prevenirii unei pagube iminente, admiterea cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestației.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ...SRL critică documentația de atribuire elaborată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție susmenționată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SRL susține că se impune refacerea fișelor tehnice ale aparatelor de iluminat cu LED parte integrantă din documentația de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 3.3 din caietului de sarcini, respectiv cu Masterplanul de Iluminat Arhitectural al obiectivelor cu valoare de patrimoniu situate în ..., aprobat prin HCL nr.416/2019, având în vedere că prin specificațiile tehnice a adus modificări radicale cerințelor tehnice ale aparatelor susmenționate.

Contestatorul învederează că toate aparatele de iluminat cu LED de ultimă generație, cuprinse Masterplanul de Iluminat Arhitectural al obiectivelor cu valoare de patrimoniu situate în ... aprobat prin HCL 416/2019, au caracteristici tehnice generale care asigură o concurență neîngrădită, lăsând posibilitatea depunerii unui număr mare de oferte cu aparate de iluminat moderne, performante și eficiente energetic, utilizând tehnologie LED.

Se apreciază că, prin fișele tehnice cuprinse în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a inclus caracteristici tehnice limitative, care restrâng concurența, încălcând astfel prevederile art. 2 alin. (2) lit. b din Legea nr. 98/2016 privind tratamentul egal, precum și principiile proportionalității, nediscriminării și tratamentului egal între operatorii economici, prin faptul că specificațiile tehnice restrictive încalcă principiile liberei concurențe și restrâng accesul la procedură într-o manieră care încalcă scopul și spiritul achizițiilor publice.

În concret, se arată că, din analiza specificațiilor tehnice prevăzute în fișele tehnice parte integrantă a documentației de atribuire, versus specificațiile tehnice ale aparatelor de iluminat cu LED prevăzute în Masterplanul de Iluminat Arhitectural al obiectivelor cu valoare de patrimoniu situate în ..., aprobat prin HCL 416/2019, au reieșit următoarele diferențe majore:

1. În ceea ce privește temperatura de culoare se arată că, inițial, în specificațiile tehnice ale aparatelor de iluminat cu LED prevăzute în Masterplanul de Iluminat Arhitectural al obiectivelor cu valoare de patrimoniu situate în ..., se specifica: „Aparate de iluminat LED RGB+W sau monocrom cu temperatură de culoare cuprinsă între 2700K și 4000K”, în timp ce în specificațiile tehnice din conținutul fișelor tehnice, se solicita: "Temperatura de culoare RGB+CW", fapt pentru care contestatorul apreciază că solicitarea din documentația de atribuire este restrictivă și favorizează un anumit producător, excluzând restul producătorilor consacrați, fapt nepermis de Legea nr. 98/2016.

Se menționează faptul că RGB+CW înseamnă RGB + alb rece (6000K), ceea ce este în contradicție totală cu solicitarea autorității

contractante care își dorește să utilizeze culori care să respecte regulamentul local de iluminat arhitectural și care în cadrul Masterplanului de Iluminat Arhitectural al obiectivelor cu valoare de patrimoniu situate în ... prevede aparate de iluminat LED RGB+W sau monocrom cu temperatura de culoare cuprinsă între 2700K și 4000K.

Pe scurt, se subliniază că se solicită lumina alb cald sau alb neutru utilizând un corp RGB+alb rece, ceea ce este cel puțin nepotrivit din punct de vedere tehnic și chiar financiar.

2. În ceea ce privește factorul de putere, se arată că, initial, în specificațiile tehnice ale aparatelor de iluminat cu LED prevazute în Masterplanul de Iluminat Arhitectural nu se specifică o anumită valoare a caracteristicilor pentru factorului de putere, lăsând la latitudinea fiecărui ofertant să prezinte oferte tehnice cu corpuri de iluminat cu LED specifice iluminatului arhitectural cât mai performante din toate punctele de vedere (luminotehnic, energetic, etc), în timp ce în specificațiile tehnice din conținutul fișelor tehnice sus menționate, parte integrantă din documentația de atribuire se solicită: asigurarea funcționării cu factorul de putere >0.92 , motiv pentru care contestatorul apreciază că se impune înlăturarea acestei cerințe având în vedere că aceasta nu este o cerință specifică corpurilor de iluminat arhitectural, fiind o cerință specifică corpurilor de iluminat stradal.

În opinia contestatorului o valoare potrivită și nerestrictivă a factorului de putere care poate fi specificată pentru corpurile de iluminat arhitectural este 0.90.

3. În ceea ce privește orele de funcționare, contestatorul apreciază că se impune înlăturarea cerinței specifice din conținutul fișelor tehnice, potrivit căreia "aparatul de iluminat va permite ca la 100.000 ore funcționare fluxul luminos să nu se deprecieze cu mai mult de 10%" întrucât aceasta "nu este o cerință specifică corpurilor de iluminat arhitectural, ea fiind o cerință specifică corpurilor de iluminat stradal.

În opinia contestatorului, o valoare normală, potrivită și nerestrictivă a orelor de funcționare care poate fi specificată pentru corpurile de iluminat arhitectural este 100.000 ore funcționare L80.

Contestatorul apreciază că solicitarea din documentația de atribuire este exagerată, restrictivă și favorizează un anumit producător, excluzând restul producătorilor consacrați, fapt nepermis de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii de atribuire, contestatorul prezintă argumente în susținerea admiterii acesteia.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 480716/448/20.08.2021, înregistrat la Consiliu sub nr.44035/23.08.2021, ... a solicitat respingerea contestației, ca tardivă și lipsită de obiect.

În susținerea excepției lipsei de obiect a contestației, autoritatea contractantă precizează că, urmare a contestației formulată de ...SRL, a

publicat, în SEAP, în data de 19.08.2021, la secțiunea „Lista clarificări, notificări și decizii”, măsurile de remediere, pe care le redă.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, autoritatea contractantă susține, raportat la prevederile art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016 și data publicării, în SEAP, a anunțului de participare, respectiv a documentației de atribuire, 20.07.2021, că ...SRL nu formulat contestația în termenul legal, ultima zi de contestare a documentației de atribuire fiind 30.07.2021.

În considerarea prevederilor art.15 din Legea nr.101/2016, Consiliu a solicitat părților, punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2), coroborat cu art. 16 din Legea nr.101/2016, iar contestatorului, inclusiv cu privire la excepția lipsei de obiect a contestației, excepție invocată de autoritatea contractantă.

Ca răspuns, prin adresa nr. 388/24.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr.44716/26.08.2021, ...SRL a precizat că este de acord cu măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă, în data de 19.08.2021, privind prelungirea termenului de depunere a ofertelor și suspendarea procedurii de atribuire.

Referitor la excepția tardivității contestației, contestatorul apreciază că aceasta este nelegală având în vedere următoarele aspecte:

Ca urmare a solicitării de clarificări nr. 145/27.07.2021, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 465518/11.08.2021, precizând că „Masterplanul de iluminat arhitectural al obiectivelor cu valoare de patrimoniu situate în ...”, realizat în 15.11.2018 și aprobat prin HCL 416/2019, poate fi consultat pe website-ul Primăriei ..., astfel că, în opinia contestatorului, prin acest răspuns a fost completată documentația de atribuire, data de referință fiind 11.08.2021.

Față de cele menționate, contestatorul susține că a formulat contestația, în termenul legal de 10 zile, în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, iar prin măsura suspendării procedurii de atribuire, de bună voie, autoritatea contractantă a recunoscut indirect că cererile formulate în cuprinsul contestației sunt întemeiate, legale și nu încalcă în niciun fel prevederile susmenționate.

Consiliul, în raport cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestației, excepție de procedură peremptorie și absolută, care face de prisos analiza pe fond a cauzei.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, din următoarele considerente:

...SRL critică prevederile documentației de atribuire, mai exact fișele tehnice ale corpurilor de iluminat cu LED anexate acesteia, despre care a luat cunoștință la data de **27.07.2021**, a publicării, în SEAP, a respectivei documentații, după cum însuși afirmă în motivarea contestației.

Potrivit art.16 alin.1 din Legea nr.101/2016, **„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”**

Termenul legal de contestare, determină Consiliul, raportat la tipul de contract care urmează a fi încheiat, respectiv acord-cadru de furnizare, și la valoarea estimată a acestuia, 3.437.820 lei, fără TVA, este cel prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr.101/2016, potrivit cu care:

„(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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;”

În cauză fiind vorba despre o contestație care vizează documentația de atribuire publicată în SEAP, relevante sunt și prevederile alin. (2) ale articolului menționat, potrivit cu care:

„(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”.

Așadar, ...SRL avea obligația de a transmite contestația, atât către C.N.S.C., cât și către autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la data la care a luat cunoștință despre actul atacat, respectiv despre documentația de atribuire, termen care, calculat conform sistemului intermediar de calcul prevăzut la art.5 din Legea nr.101/2016, s-a împlinit vineri **06.08.2021**.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că ...SRL a transmis contestația, atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, prin e-mail, la data de **16.08.2021**, la mult după împlinirea termenului legal de 10 zile în care demersul de contestare trebuia efectuat.

Așadar, la data depunerii contestației, ...SRL era decăzut din dreptul de a mai contesta documentația de atribuire, criticile sale legate de aceasta fiind evident tardive.

Apărările formulate de contestator cu privire la nelegalitatea excepției tardivității contestației nu pot fi reținute de către Consiliu,

având în vedere că actul atacat prin contestație, indicat explicit în petitul acesteia, este documentația de atribuire, respectiv fișele tehnice anexe ei, iar nu răspunsul la clarificări nr. 465518/11.08.2021, cu luarea în considerare a căruia contestatorul susține că a depus contestația în termen.

Nicăieri în cadrul contestației, în petitul acesteia sau în motivare, contestatorul nu indică răspunsul la clarificări nr. 465518 ca fiind act atacat.

Într-adevăr, termenul de promovare a căii de atac a contestației ar fi curs de la data publicării în SEAP a respectivului răspuns, dacă contestatorul ar fi înțeles să se îndrepte împotriva acestuia sau și împotriva acestuia, ori lucrurile nu stau așa.

Practica CNSC și a instanțelor de judecată este constantă în sensul în care purtarea unei corespondențe „de clarificare” cu autoritatea contractantă nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă acesta. Dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice „solicitare de clarificări” privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Dacă existau obiecțiuni de orice fel cu privire la prevederile documentației de atribuire, chiar că ar fi fost incompletă întrucât nu conține masterplan-ul considerat necesar de contestator, acesta trebuia să conteste documentația de atribuire înainte de expirarea termenului legal, iar nu să considere că o așa zisă „solicitare de clarificări” prorogă termenul de contestare a respectivei documentații.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, stabilesc că:

„(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)

**A
t
o
r
i
c
a
ctan
t**

ă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răs

punde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.”,

ori, prin răspunsul la care face referire contestatorul autoritatea contractantă a respectat exigențele articolului enunțat. Contestatorul nu susține nicăieri că răspunsul nu ar fi fost clar și complet.

Împrejurarea că răspunsul menționat nu a fost atacat de contestator, reprezintă tocmai o dovadă că ceea ce-l vatămă în realitate este documentația de atribuire pe care o dorește modificată într-un anumit fel, iar nu răspunsul la clarificări, documentație care, însă, după cum s-a arătat, nu poate fi atacată decât în termenul legal stabilit de lege.

Pentru toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția tardivității contestației și, pe cale de consecință, va respinge contestația ca tardiv formulată.

Fără pronunțare asupra celeilalte excepții și fondului contestației.

Decizie este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației, invocată de ... și, cale de consecință, respinge contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu ..., ca tardivă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

...