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 CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, cu sediul social în ....., ..., jud. ....., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având cod unic de înregistrare RO ....., formulată împotriva adresei de răspuns clarificări nr. 10875/ 25.09....., emisă de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ..... , în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire „licitație deschisă", organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Echipament de protecție – .....", cod CPV 18143000-3, s-a solicitat:

- în principal, anularea procedurii de atribuire;
- în subsidiar: anularea răspunsului la clarificări nr. 10875/ 25.09....., prin care autoritatea contractantă a precizat că nu adoptă măsuri de remediere; anularea anunțului de participare nr. SCN1004257/19.09.....; obligarea autorității contractante la emiterea unui anunț tip erată, care să conțină modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin divizarea pe loturi a achiziției, conform clasificației CAEN aferentă fiecărei grupe de produse și prin modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin eliminarea tuturor cerințelor restrictive de concurență, cu respectarea principiilor consacrate de Legea nr. 98/2016.

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

Contestatorul arată că pentru produsele ce urmează a fi achiziționate, codurile CPV diferă încă de la a treia cifră, fiind o opțiune profund nelegală și ineficientă, respectiv achiziția de îmbrăcăminte,

încălțăminte, căști de protecție și truse de prim ajutor, în cadrul aceleiași proceduri, fără divizarea pe loturi. Astfel, contestatorul solicită modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin eliminarea tuturor cerințelor restrictive de concurență, cu respectarea principiilor consacrate de Legea nr. 98/2016.

În fapt, contestatorul susține că intenționează să participe, în calitate de ofertant, la prezenta procedură de atribuire; astfel, analizând conținutul anunțului de participare și a caietului de sarcini a constatat existența unei cerințe discriminatorii, întrucât prin gruparea tuturor produselor ce se doresc a se achiziționa, într-un singur lot, se îngrădesc drepturile producătorilor de încălțăminte din piele, de a participa direct, în procedură. În opinia contestatorului, abuzând de dreptul de a nu diviza pe loturi, a adus atingere principiului liberei concurențe între operatorii economici.

Contestatorul precizează că prin adresa de răspuns clarificări nr. 10875/25.09....., autoritatea contractantă a menționat că nu adoptă măsuri de remediere, apreciind că: „valoarea estimată este mică"; „nu limitează participarea operatorilor economici prin impunerea de condiții de calificare pe care aceștia să nu le poată îndeplini", „produsele care fac obiectul prezentei achiziții reprezintă o necesitate de sine stătătoare și nu poate fi împărțită pe loturi", „se poate considera că la nivelul autorității contractante achiziția este împărțită pe loturi, prezenta achiziție fiind de fapt, un lot", „(...) asocierea nu constituie o dificultate insurmontabilă pentru operatorii economici", „legislația actuală prevede posibilitatea operatorilor economici de a se asocia în vederea participării la procedura de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea de furnizare a tuturor produselor sau nu dispun de mijloacele necesare îndeplinirii contractului", „nimic nu vă împiedică să vă asociați cu furnizorii sau comercianții de articole pe care nu le produceți", „prin asigurarea participării operatorilor economici la această procedură utilizând instituțiile asocierii, în vederea depunerii unei oferte comune reglementate de legislația aplicabilă domeniului achizițiilor publice este asigurată promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici", precum și că „gruparea produselor ce urmează a fi achiziționate într-un lot creează premisele achiziției acestora la prețuri competitive, la cantități mari achiziționate pe bază de contract, existând posibilitatea ca operatorii economici să ofere discount-uri".

Față de cele mai sus menționate, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire, deoarece autoritatea contractantă și-a încălcat o obligație imperativă prevăzută de lege în sarcina sa, respectiv nu a justificat decizia de a nu diviza contractul pe loturi, aspect ce afectează legalitatea procedurii, motiv pentru care se impune anularea sa.

Totodată, contestatorul precizează că nici în anunțul de participare și nici în anunțul de participare publicat în SICAP, autoritatea

contractantă nu a justificat decizia de a nu diviza contractul pe loturi, fiind încălcate astfel, prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În vederea soluționării contestației ce face obiectul dosarului nr. ...../....., prin adresa nr. 40113/.....-...../02.10....., Consiliul solicită contestatorului, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, ca în termen de 3 zile de la data comunicării prezentei, să transmită: în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. Modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 cpc coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC și art. 1062 alin. (3) cpc care dispun în mod expres „Când există urgență, instanța va putea stabili cauțiunea și fără citarea părților. În acest caz, cauțiunea se va depune numai în numerar, într-un termen stabilit de instanță. (...)"; dovada datei la care a luat la cunoștință de actul atacat; dovada depunerii contestației la autoritatea contractantă; dovada primirii contestației de către autoritatea contractantă, certificată prin număr și dată de înregistrare la acesta, conform art. 12 din Legea nr. 554/2004, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 405632/04.10....., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204950142/1, tranzacția nr. 784516530/1526404824 din data de 02.10....., emisă de CEC Bank – sucursala ....., în valoare de 2.496,62 lei.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 40746/.....-...../04.10....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției, și dovada respectării prevederilor art. 16 din Legea nr. 101/2016, în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Prin adresa nr. 11134/02.10....., înregistrată la Consiliu sub nr. 40294/02.10....., autoritatea contractantă trimite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, invocând, pe cale de excepție tardivitatea contestației, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, din următoarele considerente:

- anunțul de participare a fost publicat în SICAP la data de ....., documentația de atribuire fiind atașată acestuia;

- contestația formulată de SC ..... SA a fost înregistrată la CNSC în data de .....; conform art. 8 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare este de 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul considerat nelegal;

- data luării la cunoștință este data publicării anunțului de participare;

- în baza celor mai sus menționate, termenul de depunere a contestației, curge din data de ..... și se încheie în data de 21.09.....

Prin adresa nr. 347/04.10....., înregistrată la CNSC sub nr. 40786/ 05.10....., contestatorul transmite un răspuns față de punctul de vedere transmis de către autoritatea contractantă, precizând următoarele aspecte:

- la data de ....., ora 16:20, SC ..... SA a luat act de anunțul de participare nr. C1004257;

- la data de 24.09....., SC ..... SA a postat, în SICAP, solicitarea de clarificare;

- la data de 25.09....., ora 15:36, autoritatea contractantă a postat în SICAP, răspunsul la clarificare nr. 10875/25.09.....;

- la data de ....., ora 13:34, SC ..... SA a transmis, autorității contractante, prin fax, contestația nr. ...../.....;

- la data de ....., ora 18:02, SC ..... SA a transmis Consiliului, prin e-mail, contestația nr. ...../.....

Față de aspectele mai sus menționate, contestatorul precizează că termenul pentru depunerea contestației a început să curgă la data de 26.09..... și s-a încheiat la data de ....., dat fiind că ultima zi a acestui termen a fost o zi nelucrătoare, respectiv, duminica, 30.09..... Astfel, întrucât SC ..... SA a depus contestația în data de ....., contestatorul apreciază că se impune respingerea excepției tardivității.

Prin adresa nr. 11485/11.10....., înregistrată la CNSC sub nr. 42163/15.10....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

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

..... – ....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Echipament de protecție – .....”, cod CPV 18143000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 124.831 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „ipso facto” că SC ..... SA contestă documentația de atribuire, văzând că data depunerii contestației este ..... și ținând cont de dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...)”, și de excepția tardivității invocată de către autoritatea contractantă în cadrul punctului

de vedere formulat, Consiliul va analiza contestația din punctul de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația nr. ...../..... depusă prin curierat la data de ....., SC ..... SA a solicitat „în principal, anularea procedurii de atribuire; în subsidiar: anularea răspunsului la clarificări nr. 10875/25.09....., prin care autoritatea contractantă a precizat că nu adoptă măsuri de remediere; anularea anunțului de participare nr. SCN1004257/19.09.....; obligarea autorității contractante la emiterea unui anunț tip erată, care să conțină modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin divizarea pe loturi a achiziției, conform clasificației CAEN aferentă fiecărei grupe de produse și prin modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin eliminarea tuturor cerințelor restrictive de concurență, cu respectarea principiilor consacrate de Legea nr. 98/2016".

Valoarea estimată fiind de 124.831 lei, deci sub pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 este de cel mult 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Din conținutul contestației, rezultă că actul contestat al autorității contractante, este documentația de atribuire a procedurii antemenționate, respectiv faptul că autoritatea contractantă nu a divizat procedura pe loturi.

Contestația fiind depusă în data de ..... și calculând termenul legal în care SC ..... SA putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

- documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de .....;
- la data de 24.09....., SC ..... SA a postat, în SICAP, solicitarea de clarificare;
- la data de 25.09....., ora 15:36, autoritatea contractantă a postat în SICAP, răspunsul la clarificare nr. 10875/25.09....., menționând că: „(...) potrivit dispozițiilor art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a nu recurge la atribuirea pe loturi a contactelor de achiziție publică, cu obligația de a justifica decizia de a nu contribui contractul pe loturi. Procedura nu va fi împărțită pe loturi deoarece valoarea estimată este mică și nu limitează participarea operatorilor economici prin impunerea de condiții de calificare pe care aceștia să nu le poată îndeplini. Produsele care fac obiectul prezentei achiziții reprezintă o necesitate de sine stătătoare și nu poate fi împărțită în loturi (...)."
- la data de ....., ora 13:34, SC ..... SA a transmis, autorității contractante, prin fax, contestația nr. ...../.....;
- la data de ....., ora 18:02, SC ..... SA a transmis Consiliului, prin e-mail, contestația nr. ...../.....

Ca urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări, SC ..... SA a investit Consiliul prin contestația înregistrată la acesta cu nr. ...../....., prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii. În preambulul contestație, contestatorul menționează „explicit" că aceasta ar fi îndreptată împotriva actului autorității contractante nr. 10875/25.09....., însă, solicită de fapt, anularea procedurii, anularea anunțului de participare și obligarea autorității contractante la emiterea unui anunț tip erată, care să conțină modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin divizarea pe loturi a achiziției, conform clasificației CAEN aferentă fiecărei grupe de produse și prin modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin eliminarea tuturor cerințelor restrictive de concurență, cu respectarea principiilor consacrate de Legea nr. 98/2016

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre faptul că autoritatea contractantă nu a divizat procedura pe loturi, încă din data de .....

Pentru respectare principiului transparenței autoritatea contractantă este obligată să posteze în SEAP documentația de atribuire, astfel în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță ....., reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre ....., la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 5 din același act normativ, rezultă așadar, ca data de ..... reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 5 zile de depunere a contestației împotriva documentației de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației împotriva documentației de atribuire, respectiv la data de 28.08.....

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din ....., este ....., iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de ....., a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării documentației de atribuire postată în SEAP de autoritate.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (solicitarea de clarificări postată în SEAP, de către contestator, la data de 24.09....., 10:52), prin care SC ..... SA a cerut: „cuprinderea în caietul de sarcini, într-un lot distinct, a produselor – încălțăminte din piele, conform CPV 18830000-1 – „Încălțăminte cu fețe din piele", întrucât prin gruparea tuturor produselor ce se doresc a se achiziționa (13 produse), într-un singur lot, se îngrădesc drepturile producătorilor de încălțăminte din piele, în conformitate cu Legea nr. 98/2016", nu are ca efect

prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva lor sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o solicitare de clarificări făcută în temeiul prevederilor art. 160 din Legea nr. 98/2016 întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept principiul *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel solicitarea unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

Potrivit art. 160 din Legea nr. 98/2016 *„operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări*” astfel această solicitate nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat contestația în termen la documentația de atribuire, și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsul la solicitările de clarificări, rezultă că autoritatea contractantă a reiterat prevederile caietului de sarcini, respectiv că nu se dorește divizarea pe loturi a achiziției.

Având în vedere prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 160 din Legea nr. 98/2016, prin cererea de clarificare formulată la o ..... de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințele din documentația de atribuire, impuse de către autoritatea contractantă.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificare duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate încă de la data publicării documentației de atribuire – ..... - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei clarificări formulată ea însăși la distanță de 7 zile de la cunoașterea cerințelor din documentația de atribuire, operatorul economic ar putea să conteste ulterior documentația de atribuire, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propriile clarificări sau la clarificările formulate de alți operatori economici interesați.

Așadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care contestatorul declară că atacă doar răspunsul autorității contractante, față de care contestația nu este tardivă, Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a cerințelor din documentația de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză prezintă relevanță normele art. 160 din Legea nr. 101/2016, conform cărora orice *„operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire*", iar *„autoritatea contractantă (...) va răspunde, în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificări*".

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica anunțul de participare sau listele de cantități după voința operatorului economic care a formulat o solicitare de clarificări. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor din anunțul de participare. Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta prin răspunsul nr. 10875/25.09....., chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de contestator. Astfel, prin răspunsul furnizat autoritatea a specificat că „(...) potrivit dispozițiilor art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a nu recurge la atribuirea pe loturi a contactelor de achiziție publică, cu obligația de a justifica decizia de a nu contribui contractul pe loturi. Procedura nu va fi împărțită pe loturi deoarece valoarea estimată este mică și nu limitează participarea operatorilor economici prin impunerea de condiții de calificare pe care aceștia să nu le poată îndeplini. Produsele care fac obiectul prezentei achiziții reprezintă o necesitate de sine stătătoare și nu poate fi împărțită în loturi (...)".

Pe de altă parte, se poate lesne observa că solicitarea contestatorului nu a avut ca scop clarificarea cerinței, aceasta fiind clară acestuia, ci modificarea ei, 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.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele din anunț sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus,

conform art. 160 din Legea nr. 98/2016, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „*clarificări*”, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet. Nicăieri nu figurează dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității, mai ales dacă ele sunt clare și înțelese de cei interesați. Bunăoară, nici nu își are rostul o solicitare de clarificare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de aceștia.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din anunțul de participare, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 26 alin. (1) Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, să admită excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă iar pe cale de consecință să respingă, ca tardiv introdusă, contestația formulată de SC ..... SA în contradictoriu ....., fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

DECIDE:

Consiliul admite excepția invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, respinge ca tardivă contestația depusă de SC ..... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare 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.