CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ..., cu sediul în ...., împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la solicitarea de clarificări publicat în SICAP la ..., ora ..., emise de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „...”, cod CPV , s-a solicitat Consiliului să dispună eliminarea din caietul de sarcini a cerinței „Produsul ofertat trebuie să fie fabricat în UE”.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
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 operatorul economic ... reclamă documentația de atribuire și clarificarea din data de ..., ora ..., emise de autoritatea contractantă ... în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că procedura a fost inițiată prin publicarea, în SICAP, a invitația de participare nr. ... din ..., ocazie cu care a luat la cunoștință de documentația de atribuire aferentă. Întrucât, în caietul de sarcini, la punctul 2 -Generalități, cu privire la bunul care face obiectul

contractului de achiziție publică, autoritatea a menționat faptul că acesta „trebuie să fie fabricat în UE (...)", contestatorul apreciază că atât participarea sa, cât și a altor operatori economici a fost restricționată, în mod abuziv, deoarece produsul pe care dorește să-l oferteze nu este fabricat în UE.

În consecință, a formulat solicitarea de clarificări nr. ..., prin intermediul căreia a cerut autorității remedierea mențiunii din caietul de sarcini cu privire la locul fabricării produsului și acceptarea la licitație inclusiv a unui produs care nu este fabricat în UE, dar care, în mod evident, să respecte toate standardele și cerințele de ordin tehnic menționate în documentația de atribuire. Autoritatea a publicat, în SICAP, la ..., răspunsul: *„Specificația referită nu poate fi modificată unilateral de către autoritatea contractantă, devreme ce toate prevederile din caietul de sarcini al procedurii au fost preluate din anexele la contractul de finanțare, fiind avizate ca atare (în prealabil) de către organismul finanțator*."

Ca urmare a faptului ca autoritatea contractantă a refuzat să elimine cerința privind locul de fabricație a produsului ce urmează a fi ofertat, ... a formulat prezenta contestație, considerând că restricția din caietul de sarcini este netemeinică, nelegală și încălcă dispozițiile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. ...., Consiliul a solicitat ... să transmită, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege. De asemenea, a solicitat și un punct de vedere cu privire la tardivitatea contestației, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) și art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că societatea a luat la cunoștință de documentația de atribuire la ..., odată cu publicarea acesteia în SICAP, termenul legal de contestare fiind de 5 zile.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ...., ... (după ce confirmă consemnarea cauțiunii, potrivit dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016) a precizat că, în ordinea cronologică a demersurilor pe care a înțeles să le întreprindă, s-a prevalat inițial de dreptul de a se adresa autorității în termenul impus de aceasta în documentația de atribuire, iar, ulterior, considerând răspunsul la solicitarea sa netemeinic și nelegal, s-a prevalat de termenul legal formulând contestația adresată Consiliului în ...., raportându-se la data de ..., data răspunsului emis de ....

Totodată, subliniază faptul că unul dintre petitele contestației formulate vizează, fără echivoc, contestarea actului emis de autoritatea contractantă la ..., act prin intermediul căruia organizatoarea procedurii refuză să-i recunoască un drept conferit de lege și încalcă normele legale în vigoare în materia achizițiilor publice.

Având în vedere art. 160 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 8 alin (1) lit. b) din Legea 101/2016, autorul contestației arată că a formulat solicitarea de clarificări cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în cadrul în fișei de date, punctul 1.3) - „Comunicare". Ca urmare a acestui demers, autoritatea a înțeles să respingă, în mod neîntemeiat și nelegal, solicitarea sa, motiv pentru care a procedat la contestația împotriva actului publicat, în SICAP, în data de ....

În concluzie, ... apreciază că a formulat în termen legal contestația, la data de ....., raportându-se la termenul legal prevăzut de lege, de 5 zile (art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2019), începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal (publicat în SICAP la ...).

Prin adresa nr. ...., ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestație solicitând Consiliului respingerea acesteia ca tardivă, întrucât termenul maxim până la care se putea exercita o astfel de cale de atac a fost ..... Totodată, a precizat că eventualele solicitări de clarificări formulate în perioada de depunere a ofertelor nu sunt de natură a repune în termen pe contestator, câtă vreme obiectul contestației rămâne unul din documentele componente ale documentației de atribuire.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare simplificat nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „...", cod CPV ...., estimat valoric la ..... lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată, în SEAP, la ..., alături de anunțul de participare simplificat. Ulterior consultării acestei documentații, considerând restrictivă cerința din caietul de sarcini, punctul 2 – „Generalități", cu privire la bunul care face obiectul contractului de achiziție publică, *„trebuie să fie fabricat în UE (...)"*, ... a adresat organizatoarei solicitarea de remediere a acestei mențiuni, prin acceptarea la licitație inclusiv a unui produs care nu este fabricat în UE, dar care respectă toate standardele și cerințele de ordin tehnic menționate în documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a răspuns, prin intermediul SEAP, că: *„Specificația referită nu poate fi modificată unilateral de către autoritatea contractantă, devreme ce toate prevederile din caietul de sarcini al procedurii au fost preluate din anexele la contractul de finanțare, fiind avizate ca atare (în prealabil) de către organismul finanțator*".

Având în vedere cele de mai sus, ... a formulat la Consiliu contestația înregistrată sub nr. ..., solicitând acestuia să dispună eliminarea din caietul de sarcini a cerinței „Produsul ofertat trebuie să fie fabricat în UE", iar nu remedierea răspunsului la clarificare pe care declară că îl atacă.

Preliminar analizării aspectelor de fond sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată de niciun operator economic în termenul legal de la publicarea ei în SEAP (...), drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, inclusiv pentru .... La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive. Ipoteza exclude o eventuală analiză pe fond a respectivelor critici, tardivitatea blocând o astfel de analiză, prin prisma art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, *nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ...., transmisă prin ...., deci la .... zile depărtare de la publicarea în SEAP a documentației, societatea a cerut expres eliminarea unei cerințe pe care o apreciază ca fiind restrictivă, însă această cerere se vădește a fi tardivă, în raport cu data de ..., începând cu care îi erau sau ar fi trebuit să îi fie cunoscute reclamantei pretinsele deficiențe ale documentației publicate în SEAP.

Conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, în forma de redactare aplicabilă cauzei:

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

[...]

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

Este subînțeles că, în ceea ce privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

În loc să depună la Consiliu și la organizatoare contestație în termenul de 5 zile începând cu aceea următoare luării la cunoștință despre documentația apreciată ca fiind restrictivă, societatea a

formulat solicitarea de clarificări nr. ...., prin care a cerut autorității eliminarea din caietul de sarcini a cerinței „Produsul ofertat trebuie să fie fabricat în UE".

Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care contestatorul cere remedierea documentației licitației, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, 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.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a le ataca în termenul legal, dacă dorea rectificarea documentației. Acest termen 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/ completări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauze ale documentației, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria adresă.

Desigur, dacă actul vătămător este răspunsul de clarificări primit de la autoritatea contractantă, termenul de contestare a lui curge, evident, de la primirea lui. Însă, vizavi de un astfel de răspuns, trebuie ținut seama de prevederile art. 160 al Legii nr. 98/ 2016, conform cărora:

Art. 160. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunţul de participare/simplificat/de concurs.

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

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

(4) Dispoziţiile art. 150 alin. (3) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce priveşte răspunsurile la solicitări de clarificări sau informaţii suplimentare.

Prevederile citate prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare privind documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil. Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune eliminarea cerințelor/specificațiilor 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 are nicio obligație legală de a completa documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebările. Opțiunea eliminării sau completării informațiilor furnizate operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, iar Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări prevederilor documentației. Singura obligație legală a autorității contractante este aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, iar cercetarea Consiliului relevă că răspunsul dat este în acest sens.

....

Răspunsul de clarificare la întrebarea contestatoarei nu operează modificarea sau completarea conținutului documentației de atribuire, pentru a se putea raționa, eventual, că termenul ar începe să curgă de la răspunsul de clarificare. El acoperă întrebarea formulată de ... și respectă prevederile art. 160 al Legii nr. 98/2016.

În concluzie, critica pe care o aduce contestatorul răspunsului se vădește a fi neîntemeiată, nu tardivă cum a considerat autoritatea achizitoare în punctul de vedere nr. .....

Nemulțumirea reclamantei pornește de la deficiențele de redactare a documentației de atribuire, însă acestea, pentru a fi acoperite, presupuneau atacarea documentației de atribuire, nu a răspunsurilor de clarificare, care se încadrează în limitele legii și ale celor conturate de actuala documentație. Prin refuzul de a accepta propunerea din solicitarea amintită, achizitoarea nu a modificat cerințele caietului, ci doar a răspuns la obiect propunerii adresate.

După cum s-a relatat mai sus, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță .... Pe de altă parte, se observă că demersul reclamantei la Consiliu a fost inițiat cu puțin timp înainte de data-limită de depunere a ofertelor (....), ceea ce face imposibilă eventuala dispunere de către organul administrativ-jurisdicțional a revizuirii documentației de atribuire (imposibilitate obiectivă după momentul deschiderii ofertelor).

În considerarea celor reținute, Consiliul determină că nu există motive pentru infirmarea actelor autorității de furnizare a răspunsului de clarificare atacat, față de care contestatoarea nici măcar nu cere ceva, și nici pentru obligarea autorității la emiterea sau remedierea altor acte. Documentația de atribuire postată ... nu poate fi analizată în cadrul acestui proces, termenul de contestare a ei fiind expirat. Față de cele ce preced, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

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

Respinge, ca nefondată, contestația ... înregistrată sub nr. ..., în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.