CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 2311/30.03.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13082/02.04.2018, depusă de SC ... SA, cu sediul în ..., având CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., în vederea încheierii unui acord-cadru, ..., cod CPV: ..., contestatoarea a solicitat anularea actului care reprezintă răspunsul la notificarea nr. 4C/7281/27.03.2018, precum și anularea tuturor actelor subsecvente, inclusiv a procedurii de atribuire, reluarea procedurii de atribuire cu adoptarea măsurilor de remediere în ceea ce privește sistemul de telegestiune.

CONSILIUL NAȚONAL DE SOLUȚONARE A CONTESTAȚILOR,
asupra cererii de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 22 și 23 din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SA atacă răspunsul autorității contractante la notificarea nr. 4C/7281/ 27.03.2018, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, în notificarea prealabilă, a menționat că, prin impunerea unui anumit sistem de telegestiune care este prevăzut doar la corpurile cu LED, se favorizează un producător/ofertant, în condițiile în care lucrările de telegestiune sunt doar posibile și oricum în procent mic, licitația fiind de întreținere a sistemului de iluminat public actual.

Consideră că, întrucât autoritatea contractantă nu dorește implementarea sistemului de telegestiune în toate zonele, în perioada

celor 4 ani contractuali, nu are motiv să impună un anumit tip de sistem de telegestiune.

Totodată, contestatoarea precizează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 4C/7281/27.03.2018, autoritatea contractantă a transmis următoarele: "comunicația prin benzi licențiate (GSMA-GPRS, 3G, 4G), nu poate fi implementată în zonele în care nu există relee de transmisie și ar implica servicii noi cu costuri ridicate".

Autoritatea contractantă a solicitat în Fișa tehnică Formular F8, ”comunicația wireless se va desfășura pe o rețea licențiată”, această metodă fiind cea mai scumpă dintre metodele uzuale.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a precizat că, de fapt, dorește ca transmiterea de date să se facă prin intermediul sateliților, metodă care, în prezent, este cea mai scumpă.

Prin solicitările sale de clarificări (nr. 1883/15.03.2018 și 2029/20.03.2018), contestatoarea susține că nu a menționat excluderea tehnologiei vechi, ci din contră, a rugat autoritatea contractantă să accepte și ofertarea unor sisteme de telegestiune care, din punct de vedere funcțional și al informațiilor oferite, sunt similare sau superioare celui solicitat în cadrul fișei tehnice, Formular F8.

Răspunsul autorității contractante la clarificarea nr. 8 nu face decât să restrângă concurența, iar în ceea ce privește funcționarea sistemului de telegestiune, face următoarele precizări:

a) Referitor la solicitarea ca „modulul să comunice direct cu serverul, fără alte aparate intermediare" comunicația în benzi licențiate (GSMA- GPRS, 3G, 4G) implică comunicații prin intermediul releelor furnizorului de servicii de telecomunicații mobile. Aceste relee sunt „unități intermediare" și conform răspunsului dat de autoritate sunt inacceptabile.

b) Referitor la solicitarea ca „modulul să integreze o fotocelulă și să permită și localizarea GPS a corpului de iluminat pe o hartă on-line din server". Conform principiului această funcție este de localizare a corpului de iluminat pe hartă. Metoda prin care se face localizarea pe hartă trebuie lăsată la latitudinea ofertantului. Contestatoarea consideră că impunerea metodei GPS reprezintă o constrângere nejustificată.

Contestatoarea menționează că procedura avea termen de depunere a ofertelor în data de 26.03.2018, ora 16^{00}, iar autoritatea contractantă, după acest termen, a trecut procedura în evaluare tehnică, în condițiile în care i-a transmis notificarea prealabilă în data de 26.03.2018, ora 10:48, fapt care conduce la încălcarea dispozițiilor art. 7 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Se consideră parte vătămată, întrucât nu au fost adoptate măsuri de remediere, în urma depunerii notificării prealabile formulată împotriva răspunsului autorității contractante la clarificarea nr. 8 (nr. 4C/727/22.03.2018) și astfel a exclus posibilitatea sa de a depune ofertă.

Prin adresa nr. 4C/62795/05.04.2018, ..., a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SA, însoțit de dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță 13.02.2017, reieșind, așadar, că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei, orice dovada contrară neputând fi primită.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1), (3) și (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatoarea fiind ținută ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 5 sau 10 zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

Astfel, susține că a primit notificarea prealabilă a SC ... SA în data de 26.03.2018, data limită de depunere a ofertelor, aflându-se în imposibilitatea de a adopta măsuri corective. Răspunsul la notificarea prealabilă a fost transmis contestatoarei în data de 27.03.2018, fiind menținute punctele de vedere deja învederate în clarificarea la care se face referire.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă consideră că, în speță, notificarea prealabilă a fost transmisă de contestatoare, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 5 alin. (1) din același act normativ.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate cu privire la documentația de atribuire încă de la data publicării ei - 13.02.2017 și trebuia să manifeste o diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea completarea/modificarea lor, având în vedere că prin clarificările postate de autoritatea contractantă nu au fost modificate cerințele caietului de sarcini pe această temă.

Conform fișei de date a achiziției, secțiunea 1.1), solicitările de clarificări formulate de contestatoare**,** în datele de 15.03.2018 și 20.03.2018, ar fi trebuit considerate tardive, dar prin bună voința autorității contractante s-au enunțat răspunsuri la aceste clarificări.

Așadar, raportat la normele art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă invocă tardivitatea notificării prealabile a autorității contractante cu privire la conținutul documentației de atribuire.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei conexate, Consiliul reține următoarele:

..., a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea …, cod CPV: …, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată …lei, fără TVA, criteriul de atribuire *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită inițial pentru …, decalată ulterior pentru ….

Nemulțumită de răspunsul autorității contractante nr. 4C/7281/ 27.03.2018 la notificarea prealabilă, SC ... SA a solicitat Consiliului anularea actului atacat, precum și anularea tuturor actelor subsecvente, inclusiv a procedurii de atribuire, reluarea procedurii de atribuire cu adoptarea măsurilor de remediere în ceea ce privește sistemul de telegestiune.

Cercetând cu întâietate, conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția inadmisibilității formulării contestației, în condițiile în care autoritatea contractantă a invocat formularea notificării prealabile, cu privire la pretinsa încălcare a legislației privind achizițiile publice sub aspectul nelegalității documentației de atribuire, fără respectarea termenului indicat la art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, se constată temeinicia acesteia.

În aprecierea acestei finalități au fost avute în vedere prevederile art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi 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, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie 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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii (...)*

(10) Sesizarea Consiliului sau instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

Potrivit art. 8 alin. (1) din același act normativ, *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 şi 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 şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie 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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice,*

legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii (...).

Conform anunțului de participare nr. …, valoarea estimată a acordului-cadru de servicii care urmează a fi atribuit este de … lei, fără TVA, valoare care se situează peste pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, astfel că termenul de contestare este de 10 zile.

Prin urmare, ultima zi pentru depunerea în termen a notificării prealabile, față de data publicării în SEAP a documentației de atribuire, respectiv 13.02.2018, cu respectarea termenului de 10 zile de la luarea la cunoștință de actul autorității contractante, se împlinea în data de …, la data de 26.03.2018 când a fost depusă notificarea prealabilă termenul de notificare fiind cu mult depășit.

Aşadar, în condițiile în care nu a fost îndeplinită, de către contestatoare, procedura de notificare prealabilă, cu respectarea termenului legal, criticile față de documentația de atribuire se constată a fi inadmisibile, în baza art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Continuând cu verificarea respectării termenului legal de depunere a contestaţiei faţă de răspunsurile la clarificări nr. 8 (4C/727/22.03.2018) și 7 (4C/7254/19.03.2018), publicate în SEAP în datele de 20.03.2018 și 22.03.2018, Consiliul reţine că, faţă de aceste adrese, notificarea prealabilă este formulată în termenul legal, fiind depusă la data de 26.03.2018. De asemenea, contestaţia este formulată în termenul legal calculat de la data luării la cunoștință de răspunsul la notificarea prealabilă din data de 27.03.2018.

Analizând conținutul clarificărilor amintite, Consiliul constată că, prin clarificarea nr. 7, s-a solicitat *să se accepte ca fotocelula să poată fi montată și la nivelul concentratoarelor de date care comunică cu modulele de corp, aceasta fiind o soluție mai economică*. De asemenea, s-a solicitat să se accepte ca *localizarea GPS să se poată face și prin alte metode*. Autoritatea contractantă a răspuns că *se mențin cele scrise în Fișa tehnică "Formular F8", fișă ce este întocmită conform cerințelor "Ghidului privind condițiile de iluminat pe drumurile naționale și autostrăzi din 2012", cap. V, Managementul sistemului de iluminat rutier.*

Prin clarificarea nr. 8, având în vedere răspunsul la clarificarea nr. 7, s-a revenit la solicitarea *de a da posibilitatea prezentării unor sisteme de telegestiune care, din punct de vedere funcțional și al informațiilor oferite, sunt similare sau superioare celui solicitat în cadrul fișei tehnice*. S-a solicitat *să se accepte și aparate intermediare (concentratoare de date local), prin care se va comunica cu serverul*. De asemenea, s-a solicitat *să se accepte ca fotocelula să poată fi montată și la nivelul concentratoarelor de date care comunică cu modulele de corp, aceasta fiind o soluție mai economică*. Totodată, s-a solicitat *să se accepte ca localizarea GPS să se poată face și prin alte metode*. Autoritatea contractantă a răspuns că *unitățile intermediare pot influența societatea*

funcțională a sistemului, având posibilitatea de a accesa sistemul de telegestiune. Condiție inacceptabilă pentru achizitor. S-a adăugat că *nu se dorește complicarea sistemului.*

Așadar, se poate observa din cele de mai sus că documentația de atribuire nu a fost modificată prin răspunsurile la clarificări, aspect pe care, de altfel, l-a susținut și societatea contestatoare.

Referitor la răspunsul la clarificări prezintă relevanţă normele art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire*, iar *autoritatea contractantă are obligaţia de a răspunde în mod clar şi complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare (...)*.

Niciunde în legislaţia în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentaţiei şi, nici atât, obligaţia autorităţii contractante de a o modifica după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligaţie legală de a modifica documentaţia după voinţa operatorului economic. Opţiunea modificării cerinţelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorităţii, iar nu o obligaţie, Consiliul neputând sancţiona autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerinţelor cuprinse în documentaţie.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricţiona participarea la procedura de atribuire prin intermediul cerinţelor impuse, însă dacă existau obiecţiuni de nelegalitate în privinţa acestora, contestatoarea trebuia să le critice *înainte de expirarea termenului legal*, iar nu să aştepte împlinirea lui.

Astfel fiind, se constată netemeincia contestației față de răspunsul la clarificări.

În ce privește critica adusă faptului că nu au fost respectate prevederile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *Formularea unei notificări prealabile în termenul legal de către persoana care se consideră vătămată are ca efect <u>suspendarea dreptului de încheiere a contractului</u>*, se reține că petenta nu a făcut vreo dovadă că autoritatea contractantă ar fi încheiat acordul-cadru. Trecerea procedurii în stare de ”Evaluare tehnică” nu poate determina o astfel de concluzie, dimpotrivă, arată că achizitoarea este în perioada de evaluare a ofertelor.

Potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul nu va mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini