



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. 3068/C5/3252

Data: 30.10.2024

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 60108/23.09.2024, formulată de SRL, cu sediul în municipiul, județul, înregistrată în Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - administrator, împotriva caietului de sarcini nr., elaborat de autoritatea contractantă, cu sediul în municipiul-, , județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „Prestări servicii de arhivare, depozitare și gestionare a documentelor existente și nou generate de.....”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., s-a solicitat admiterea contestației cu consecința următoarelor măsuri:

- eliminarea din caietul de sarcini a cerinței privind specificațiile tehnice referitoare la solicitarea către prestator de a păstra documentele beneficiarului într-un depozit situat la o distanță maximă de 200 km față de sediul autorității contractante, conform caietului de sarcini nr. 13.904/06.08.2024, art. 3.3 „*Depozitarea/Stocarea fondului arhivistic într-un spațiu de depozitare avizat de Arhivele Naționale, situat la maxim 200 km de sediul autorității contractante, unde în urma solicitării se va asigura accesul la documentele arhivate, în mod controlat și într-un interval de timp rezonabil*”;

- obligarea autorității contractante la eliminarea criteriilor și cerințelor restrictive din cadrul documentației de atribuire și adoptarea măsurilor de remediere necesare restabilirii legalității.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea critică documentația de atribuire considerând că prin caietul de sarcini au fost introduse cerințe care sunt considerate restrictive. În ceea ce privește eliminarea/modificarea din caietul de sarcini a cerinței privind specificațiile tehnice referitoare la distanța maximă de 200 km a depozitului unde se vor păstra documentele beneficiarului, contestatoarea precizează următoarele:

➤ Faptul că prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a inclus cerința referitoare la gestionarea și logistica aferentă solicitărilor art. 3, punctul 3, în sensul că:

✓ Servicii de consultare a documentelor în urma solicitării autorității contractante, se asigură accesul la documentele arhivate, în mod controlat și într-un interval de timp determinat astfel: transmiterea documentelor în original în termen maxim de 24 de ore (arhiva curentă + nou generată);

✓ Servicii de consultare a documentelor în urma solicitării autorității contractante, se asigură accesul la documentele arhivate, în mod controlat și într-un interval de timp determinat astfel: scanat în termen maxim de 2 ore la solicitarea expresă a reprezentanților spitalului. (arhiva nou generată);

➤ SRL deține spații de depozitare în județul, eea ce în contextul distanței precum și a existenței rutelor principale și alternative de acces auto:, timpul de livrare este de maxim 3h 36 de minute.

Astfel, contestatoarea susține că poate îndeplini condițiile beneficiarului de livrare a documentelor, în regim normal, în termenul solicitat, precum și accesul electronic în termenul maxim de 2 ore, fapt ce dovedește că poziționarea depozitului la maxim 200 de km a fi o măsură restrictivă, ce nu influențează îndeplinirea în timp a solicitărilor de livrare a documentelor.

Mai mult, susține că în practica jurisdicțională și/sau judiciară s-a statuat în mod constant ca fiecare specificație tehnică impusă prin caietul de sarcini trebuie să aibă un corespondent real într-o necesitate obiectivă a autorității și nu poate fi o simplă preferință sau, mai grav, o modalitate de eludare a legii și de favorizare indirectă a unor producători sau furnizori.

În opinia contestatoarei, o astfel de conduită a autorității încalcă principiile achizițiilor publice, respectiv accesul operatorilor economici, un tratament egal și nediscriminatoriu, caracterul transparent și proporțional al activității autorității contractante (inclusiv în elaborarea

caietului de sarcini), conform art. 49 alin. (1) manieră transparentă și proporțională, precum și cel prevăzut în art. 50 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, având în vedere art. 50 din Legea nr. 98/2016 amintit mai sus, dar și cauza T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV v Commission, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a încălcat regula generală de a opta pentru cerințele cele mai puțin restrictive (art. 2, art. 49 și art. 50 din Legea nr. 98/2016), și tinde să restrângă concurența, prin utilizarea unor parametri tehnici de natură a favoriza anumiți prestatori de servicii care dețin depozitele de păstrare a documentelor în proximitatea sediului.....

Deși autoritatea contractantă este singura ce are prerogativa de a decide asupra modalității de satisfacere a intereselor sale (sub pretextul căreia ar putea fi justificată introducerea acestei cerințe din caietul de sarcini, în virtutea unui drept de apreciere cu privire la oportunitatea unei astfel de cerințe), contestatoarea consideră că aceasta nu se poate prevala prin invocarea unei măsuri de oportunitate atunci când determină prin acestea introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între operatorii economici, într-un astfel de context dreptul de apreciere al autorității fiind exercitat discreționar și cu depășirea limitelor sale externe și interne (ceea ce reprezintă una din definițiile abuzului de drept).

Contestatoarea consideră că, în adoptarea unei astfel de decizii, autoritatea contractantă trebuia să aibă în vedere ca prestarea serviciilor să fie stabilă, astfel încât, în mod nediscriminatoriu și egal, operatorii economici să își poată îndeplini contractul în termenele solicitate prin caietul de sarcini.

Din cele de mai sus, rezultă că autoritatea contractantă trebuie să aibă rol activ în concilierea nevoilor sale cu posibilitatea reală ca orice operator economic, în condiții de tratament egal, să poată presta aceste servicii de arhivare și gestionare a documentelor și să livreze documentele solicitate la termenele prevăzute în caietul de sarcini. Cu toate acestea, prin încălcarea principiilor enunțate mai sus, autoritatea contractantă a impus ca depozitul unde se vor presta serviciile să fie la o distanță de maxim 200 km.

În aceste condiții, ... SRL consideră că doar prin impunerea unui astfel de criteriu restrictiv, se limitează în mod nejustificat concurența și participarea la procedură doar la operatorii economici aflați în proximitatea sediului, încălcându-se principiul egalității dar și al proporționalității, întrucât impunerea unei distanțe a depozitului de maxim 200 de km până la sediul autorității contractante, este nejustificată și nerealistă, așa cum rezultă din motivarea anterioară.

De asemenea, contestatoarea consideră că acest criteriu restrictiv prin poziționarea depozitului la o distanță de maxim 200 de km față de beneficiar, are ca efect restrângerea concurenței între operatorii economici, prin filtrarea acestora după criterii geografice. În sensul celor de mai sus, pentru a permite accesul cât mai multor operatori economici

la procedură, inclusiv a acelora care nu au sediul în apropierea sediului , contestatoarea SRL susține că autoritatea contractantă va trebui să elimine cerința din caietul de sarcini, astfel încât specificația tehnică minimă obligatorie – amplasarea depozitului prestatorului să fie la o distanță de maxim 200 km față de sediul - să fie considerată restrictivă și discriminatorie și să fie astfel eliminată.

Prin acceptarea acestei eliminări din caietul de sarcini, consideră că autoritatea contractantă va asigura participarea la procedura cu respectarea principiului egalității și al proporționalității, prin lipsa impunerii unei distanțe între prestator și beneficiar, care să nu determine restrângerea concurenței între operatorii economici, prin filtrarea acestora după criterii geografice. Specificația tehnică are caracter restrictiv deoarece poate fi îndeplinit doar de către operatorii economici care au sediul/locația spălătoriei în proximitatea sediului beneficiarului.

Prin urmare, operatorii economici care nu se află în apropierea sediului prestatorului nu vor putea să asigure prestațiile solicitate prin caietul de sarcini datorită distanței impuse între depozitul prestatorului și sediul beneficiarului.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că prin solicitarea unei distanțe de maxim 200 km față de sediul beneficiarului, autoritatea contractantă a limitat pe criterii geografice numărul potențialilor ofertanți, cu încălcarea prevederilor art. 50 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că norma juridică anterior citată transpune în dreptul național prevederile art. 18 din Directiva 2014/24/UE prin sintagma *„Conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al prezentei directive sau restrângerea artificială a concurenței. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici”*.

Importanța asigurării unui nivel corespunzător al concurenței este subliniată de legiuitorul comunitar și la considerentul 74 al Directivei 2014/24/UE, potrivit căruia: *„Specificatiile tehnice stabilite de achizitorii publice trebuie să permită că achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor. Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor,*

serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic (...)”.

Ori, caracteristica esențială impusă de către autoritatea contractantă prin amplasamentul depozitului la maxim 200 km față de sediul nu este vreo soluție tehnică sau un nivel ridicat al performanței ci doar situarea convenabilă din punct de vedere geografic, caracteristică în mod uzual unui număr mic de operatori economici datorită domeniului de activitate specializat.

Prin urmare este evident că, toate aceste condiții pot fi îndeplinite numai de un operator economic care poate să presteze serviciile de păstrarea a documentelor într-un depozit autorizat datorită apropierii fizice de sediul acesteia.

Activitatea specifică a nu conferă acesteia dreptul să distorsioneze rezultatul procedurii de atribuire prin restrângerea concurenței și încălcarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării în sensul impunerii unor caracteristici tehnice restrictive accesibile numai operatorilor economici locali.

Sub pretextul unei aparențe de diligență și de atitudine pro activă, autoritatea contractantă nu are dreptul să transforme o procedură de atribuire organizată prin licitație deschisă, cunoscută prin gradul ridicat al concurenței pe care îl asigură în mod uzual, într-o procedură direcționată spre anumiți operatorii economici situați convenabil din punct de vedere geografic.

Astfel, potrivit celor prezentate mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să constate cerința beneficiarului privind distanța între depozitul prestatorului și sediul beneficiarului că fiind restrictivă și discriminatorie.

În concluzie, având în vedere cele prezentate mai sus, contestatoarea consideră și este evident că autoritatea contractantă, în mod nelegal a decis introducerea criteriului restrictiv ce presupune ca depozitul autorizat pentru păstrarea documentelor să fie situat la maxim 200 km față de sediul .

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, precum și articolele menționate în cuprinsul contestației din Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și precum și principiile în care își are sediul materia.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 68751/3252/C5/29.10.2024 Consiliul a solicitat contestatorului să facă dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă potrivit art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. 19417/29.10.2024 înregistrat la CNSC sub nr. 69304/29.10.2024 autoritatea contractantă a invocat excepția tardivității deoarece contestația nu i-a fost comunicată în termenul legal.

Prin e-mail-ul înregistrat la CNSC sub nr. 69241/29.10.2024, contestatorul a trimis print-screen-ul e-mail-ului de trimitere a contestației către CNSC la data de 20.09.2024 iar la autoritatea contractantă la data de 25.10.2024.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că SRL, a transmis recipisa de consemnare nr. 210593203/1, eliberată de CEC Bank – Sucursala, la data de 20.09.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 10.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3252/2024.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat, la data de 13.09.2024, o procedură simplificată organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „Prestări servicii de arhivare, depozitare și gestionare a documentelor existente și nou generate.....”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. SCN 1153046, valoarea estimată a procedurii fiind de 696.700,00 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

În prezenta cauză, contestatorul critică documentația de atribuire publicată în SEAP la data de 13.09.2024 în anexa anunțului de participare simplificat nr. SCN1153046/13.09.2024.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă în punctul de vedere 19417/29.10.2024 înregistrat la CNSC sub nr. 69304/29.10.2024.

În opinia autorității contractante, contestația formulată de SRL ar trebui respinsă ca tardivă deoarece societatea contestatoare nu ar fi transmis și autorității contractante contestația, astfel cum avea obligația potrivit art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege. Prin constatarea decăderii, dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Contestația nr. 153/20.09.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 60108/23.06.2024 a fost transmisă de SRL către CNSC la data de 20.09.2024, ora 14:11 prin e-mail.

Prin punctul de vedere nr. 19417/29.10.2024, înregistrat la CNSC sub nr. 69304/29.10.2024, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, invocând dispozițiile art. 16 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, precizând că SRL nu i-a comunicat un exemplar al contestației.

Prin adresa nr. 68751/C5/3252/29.10.2023, Consiliul solicită contestatorului dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă conform art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

..... SRL răspunde prin e-mail-ul nr. 69241/29.10.2024, prin care a transmis print-screen-ul e-mail-ului de trimitere a contestației către CNSC la data de 20.09.2024, iar la autoritatea contractantă la data de 25.10.2024 ora 2:41 PM la adresa de e-mail „.....”

Consiliul reține că valoarea estimată este de 696.700 lei, sub pragul de 1.090.812 lei prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, rezultând astfel că termenul în care poate fi depusă contestația este, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 de cel mult **7 zile** începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, *„7 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/sectorială 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 anunșurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”;*

- 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**”;*

- art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 *„Toate actele procedurale se transmit fie prin poștă, fie prin fax, fie prin mijloace electronice, cu confirmare de primire”.*

Având în vedere că societatea contestatoare a transmis contestația prin e-mail la data de 25.10.2024 către autoritatea contractantă rezultă că aceasta nu a reușit să-și îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației către autoritatea contractantă în termenul legal de contestare prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016, obligație stabilită în sarcina sa potrivit prevederilor art. 16 alin. (1) din legea antemenționată, contestatorul neputând invoca în apărarea sa necunoașterea legii potrivit principiul de drept *„nemo ignorare legem censetur”.*

Constatând astfel, că una din condițiile de recunoaștere a valabilității unei contestații, transmiterea ei în condițiile impuse de lege către autoritatea contractantă, nu a fost acoperită de către contestator, Consiliul consideră că a fost afectat dreptul la apărare al autorității contractante. Prin impunerea transmiterii contestației părții adverse legiutorul a urmărit respectarea întocmai a principiilor celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare, enumerate la art. 15 din Legea nr. 101/2016, în cadrul procedurii de soluționare a unei contestații.

Astfel, Consiliul reține faptul că SRL nu a făcut dovada îndeplinirii obligației legale prevăzută la art. 16 alin. (1) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, de a transmite contestația în termenul legal către autoritatea contractantă, cu confirmare de primire.

Astfel, având în vedere că până la data prezentei decizii, societatea contestatoare nu a depus la dosarul cauzei niciun înscris prin care să confirme faptul că a transmis în termenul legal contestația către autoritatea contractantă Consiliul reține ca fiind incidente dispozițiile art. 16 din Legea nr. 101/2016, astfel încât excepția tardivității contestației invocată de către autoritatea contractantă este întemeiată, urmând a fi admisă.

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de către autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, va respinge ca tardivă contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată de către autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, respinge ca tardivă contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,