CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ..... şi Cod Unic de Înregistrare ....., reprezentată legal de administrator ....., privind procedura de licitaţie deschisă online pentru atribuirea acordului cadru de furnizare având ca obiect „.....” – lot 1, cod CPV 33192150-8, 51410000-9, organizată de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., str. ... ., judeţul ....., contestatorul a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire sau aplicarii oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației;
- modificarea caietului de sarcini ținând cont de cerințele impuse de autoritatea competentă;
- în situația în care modificarea caietului de sarcini nu este posibilă sau admisă, ...;
- obligarea autorității contractante la remedierea caietului de sarcini și publicarea acestor modificări în SEAP în vederea aducerii la cunoștință operatorilor economici.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ..... SRL reclamă documentația de atribuire, emisă în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare că autoritatea contractantă a indicat în cuprinsul caietului de sarcini o serie de specificații tehnice care limitează concurența între operatorii economici, individualizând astfel un singur producător (Linet Spol s.r.o) și singurul distribuitor al acestuia în România, ...

Contestatorul arată că la data de ..... a formulat notificare prealabilă (intitulată solicitare clarificări însă din condiţiile de formă și dezvoltarea acesteia rezultă indubitabil că este o notificare prealabilă) prin care a contestat cerinţele impuse de autoritatea contractantă, solicitând acesteia să procedeze la modificarea lor.

În raport de rolul activ al CNSC coroborat cu prevederile art. ..... ale codului de procedura civilă, contestatorul solicită Consiliului să aprecieze și să dispună că cererea sa intitulată „solicitare clarificări" este o notificare prealabilă.

Contestatorul precizează că simpla intitulare a cererii nu este de natura a duce la respingerea contestației ca inadmisibilă, cât timp, notificarea prealabilă intitulată „solicitare clarificări" îndeplineşte condiţiile de formă și fond, din dezvoltarea acesteia rezultând indubitabil că a învederat autorității contractante neregulile sesizate și a propus măsurile de remediere în accepţiunea art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/.....

La data de ....., contestatorul arată că autoritatea contractantă a răspuns că ”având în vedere că fișa tehnică este alcatuită pe baza necesităților și rutinelor de îngrijire din clinica de anestezie și terapie intensivă, stabilite în urma experienței câștigate în îngrijirea mai multor tipuri de cazuri de pacienți, specificațiile tehnice nu se vor modifica, autoritatea contractantă dorind achiziționarea unor echipamente cât mai performante”.

Prin adresa nr. .../.....-...../25.10....., Consiliul a solicitat autorității contractante susţinerile sale cu privire la cererea de suspendare a procedurii din cuprinsul contestaţiei, precum şi cele referitoare la modalitatea de îndeplinire a procedurii de notificare prealabilă de către contestator.

La această solicitare, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 6347/....., înregistrată la Consiliu sub nr. .../....., solicitând:

- respingerea contestaţiei ca inadmisibilă, invocând tardivitatea notificării prealabile;
- respingerea cererii de suspendare a procedurii.

1. În primul rând, autoritatea contractantă apreciază că SC ..... SRL nu a respectat exigența formulării și depunerii notificării prealabile, impuse de art. 6 din Legea nr. 101/.....

În ipoteza în care Consiliul va aprecia înscrisul denumit ”SOLICITARE DE CLARIFICĂRI”, formulat și comunicat la data de ....., ca fiind o veritabilă ”NOTIFICARE PREALABILĂ”, autoritatea contractantă

înțelege să invoce excepția tardivității acesteia și pe cale de consecință, respingerea contestației ca inadmisibilă.

În susținerea excepției, autoritatea contractantă invocă dispozițiile exprese și imperative ale art. 6 alin. (1) lit. a), alin. (2) și (.....) din Legea nr. 101/....., în raport de care arată că notificarea este tardivă.

Astfel, autoritatea contractantă învederează faptul că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de .....

Pe cale de consecință, termenul de 10 zile ”începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante” a început să curgă de la data de 25.09..... și s-a împlinit cu mult înaintea datei notificării societății contestatoare.

Prin prisma celor relevate, cum procedura notificării prealabile reprezintă o condiție de exercitare a dreptului la contestație, autoritatea contractantă arată că formularea acestei notificări peste termenul imperativ reglementat de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/..... echivalează practic cu neîndeplinirea acestei proceduri prealabile, sens în care contestația se impune a fi respinsă ca inadmisibilă.

2. În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, autoritatea contractantă apreciază că aceasta nu este motivată, fundamentată, contestatorul neindicând în mod concret și nejustificând nici care este ”cazul bine justificat” și nici ”paguba iminentă”, condiții care trebuiesc îndeplinite în mod cumulativ.

Cu privire la ”cazul bine justificat”, în opinia autorității contractante indicarea unor caracteristici tehnice înalte nu se poate constitui într-o îndoială serioasă asupra prezumției de legalitate, cu atât mai mult cu cât există deja două oferte depuse în cadrul procedurii în discuție, pentru lotul 1, și cu atât mai mult cu cât contestatorul nu arată într-o manieră dincolo de orice îndoială că asemenea caracteristici sunt singulare, restrictive și eliminatorii și că nu ar fi și alți potențiali ofertanți care să oferteze produse ce să corespundă cerințelor tehnice impuse în documentația de atribuire.

Referitor a doua condiție, autoritatea contractantă precizează că, așa cum în mod constant a statuat Înalta Curte de Casație și Justiție, iminența producerii unei pagube nu se rezumă, ci trebuie dovedită în mod concret de către contestator, fiind lipsite de relevanță simplele afirmații făcute.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că cele două condiții cumulative impuse de prevederea legală incidentă nu sunt întrunite, sens în care solicită respingerea cererii de suspendare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../....., contestatorul formulează răspuns faţă de excepţia inadmisibilităţii contestaţiei sale (în raport de tardivitatea notificării prealabile), invocată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 6347/....., solicitând respingerea acesteia.

Cu privire la susţinerea autorității contractante potrivit căreia notificarea prealabilă este tardiv introdusă și prin urmare se solicită respingerea contestației ca inadmisibilă, contestatorul precizează că,

chiar dacă notificarea prealabilă a fost tardiv introdusă, autoritatea contractantă, prin răspunsul pe care l-a transmis, la data de ....., nu a invocat acest aspect și a răspuns că „având în vedere că fișa tehnică este alcatuită pe baza necesităților și rutinelor de îngrijire din clinica de anestezie și terapie intensivă, stabilite în urma experienței câștigate în îngrijirea mai multor tipuri de cazuri de pacienți, specificațiile tehnice nu se vor modifica, autoritatea contractantă dorind achiziționarea unor echipamente cât mai performante”.

Răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă echivalează cu o repunere în termenul de formulare a contestației la răspunsul dat de aceasta la data de .....

În concluzie, dacă autoritatea contractantă ar fi invocat, prin răspunsul pe care l-a comunicat la data de ....., excepția tardivității notificării prealabile iar societatea sa formula contestație pe acest aspect, Consiliul urma să analizeze această excepție. Cât timp, autoritatea contractantă nu a invocat această excepție, nu o mai poate invoca în cadrul prezentei contestații care vizează strict răspunsul acesteia și anume refuzul de a modifica cerințele prevăzute în caietul de sarcini.

Contestatorul menționează că notificarea prealabilă (data formulării și data răspunsului) are loc în raportul dintre societatea sa și autoritatea contractantă, Consiliul fiind în opinia sa, terț desăvârșit.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu mai poate invoca, în acest moment, tardivitatea notificării prealabile cât timp nu a invocat acest aspect prin răspunsul pe care i l-a transmis la data de .....

Contestatorul arată că contestă răspunsul pe care autoritatea contractantă i l-a transmis la data de ..... și anume „având în vedere că fișa tehnică este alcatuită pe baza necesităților și rutinelor de îngrijire din clinica de anestezie și terapie intensivă, stabilite în urma experienței câștigate în îngrijirea mai multor tipuri de cazuri de pacienți, specificațiile tehnice nu se vor modifica, autoritatea contractantă dorind achiziționarea unor echipamente cât mai performante”.

2. Față de susținerea autorității contractante potrivit căreia au fost înscriși doi participanți la lotul 1, contestatorul menționează următoarele:

- În fișa de date a procedurii la punctul IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, este specificat "*Solicitarile de clarificări referitorare la prezenta documentație de atribuire, se vor adresa în mod exclusiv în SEAP la Sectiunea "Întrebari" din cadrul procedurii de atribuire derulate prin mijloace electronice*".
- Pentru a putea încărca o solicitare de clarificări la aceasta secțiune trebuie în mod obligatoriu ca operatorul economic să fie înscris la această procedură, respectiv la lotul în cauză, ulterior, primind "titlul" de participant.
- La acest lot au fost depuse doar două solicitări de clarificări, una depusă de societatea sa, iar cea de-a doua depusă de …

Pentru aceste motive, autoritatea contractantă, susține în mod eronat că există doar 2 participanți înscriși.

În ceea ce privește cererea de suspendare, contestatorul precizează că, așa cum a învederat și în contestație, „cazul justificat" pentru care a solicitat suspendarea procedurii, consta în excluderea sa de la prezenta licitație ca urmare a indicațiilor tehnice care sunt specifice doar produselor ..., al cărui unic distribuitor în România este ..., existând astfel o puternică îndoială și evidentă cu privire la respectarea dispozitiilor art. 49 și urm din Legea nr. ...../.....

Cu privire la „paguba iminentă", contestatorul arată că modalitatea de excludere promovată de autoritatea contractantă (ca urmare a indicațiilor tehnice care sunt specifice doar produselor ..., al cărui unic distribuitor în Romania este ...) are consecințe directe asupra dreptului său de a participa și eventual, de a câștiga licitația, acest drept fiind desființat, sens în care sunt incidente și dispozițiile art. 6 din Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online pentru atribuirea acordului cadru de furnizare având ca obiect „....." – lot 1, cod CPV 33192150-8, 51410000-9. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ...../.....

În vederea soluţionării contestaţiei formulată de SC ..... SRL, în temeiul art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/....., în vigoare începând cu ....., Consiliul, prin adresa nr. .../.....-...../25.10....., a solicitat autorității contractante transmiterea susţinerilor cu privire la cererea de suspendare a procedurii din cuprinsul contestaţiei, precum şi cele referitoare la modalitatea de îndeplinire a procedurii de notificare prealabilă de către contestator, aceasta solicitând, prin răspunsul formulat nr. 6347/....., înregistrat la Consiliu sub nr. .../....., respingerea cererii de suspendare a procedurii şi respingerea contestaţiei ca inadmisibilă, invocând tardivitatea notificării prealabile.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../....., contestatorul a formulat răspuns faţă de excepţia inadmisibilităţii contestaţiei sale (în raport de tardivitatea notificării prealabile), invocată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 6347/....., solicitând respingerea acesteia.

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/....., Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepţiei inadmisibilităţii contestaţiei formulate de SC ..... SRL.

În soluţionare, Consiliul reţine că SC ..... SRL a formulat solicitarea de clarificări nr. 2386/....., transmisă autorității contractante, prin fax, în data de ....., solicitare calificată de contestator ca fiind ”notificare prealabilă”.

Analizând documentul anterior precizat, Consiliul apreciază că acesta îndeplinește condițiile minime de formă și fond impuse de

legiuitor la art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/....., în sensul că acesta conține datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate.

Potrivit anunţului de participare nr. ...../....., publicat în SEAP, valoarea estimată a acordului cadru de furnizare care face obiectul contestaţiei este de 1.....333,08 lei, fără TVA, prin urmare mai mare decât valoarea prevăzută la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. ...../..... privind achiziţiile publice.

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) şi alin. (.....) din Legea nr. 101/.....,

(1) *„Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de:*

a) 10 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 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.

(.....) În cazul în care notificarea prealabilă priveşte conţinutul documentaţiei de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziţii publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoştinţă este data publicării documentaţiei de atribuire".

Astfel, având în vedere cele mai sus menţionate şi ţinând cont de dispoziţiile art. 5 alin. (1) şi (2) din acelaşi act normativ, „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului", „(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare" se constată că, în speţă, notificarea prealabilă împotriva documentației de atribuire de care SC ..... SRL a luat la cunoştinţă în data de ....., trebuia înaintată autorităţii contractante, până la data de ..... inclusiv, sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă.

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare alegațiile contestatorului referitoare la faptul că răspunsul transmis de autoritatea contractantă echivalează cu o repunere în termenul de formulare a contestației, având în vedere că termenele de formulare a notificării prealabile/contestației sunt în mod expres și imperativ prevăzute de

legiuitor, astfel că părţile implicate într-o procedură de achiziţie publică nu pot deroga de la acestea.

Aşadar, prin formularea şi transmiterea notificării prealabile la data de ....., împotriva unor prevederi considerate nelegale publicate în SEAP în data de ..... (anunţ de participare nr. ...../.....), SC ..... SRL nu a respectat termenul prevăzut de legiuitor, sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca fiind inadmisibilă.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/..... respinge ca inadmisibilă contestaţia formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

În temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ prezenta decizie poate fi atacată cu plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

...