CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C. N. S. C.
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) 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 sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., ……, județul ....., înregistrată în registrul comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin …….. - administrator și convențional de ....., cu sediul în ....., s-a contestat adresa nr. ...../....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emis de COMUNA ....., (CONSILIUL LOCAL .....), cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare „Autogreder în cadrul proiectului «Achiziție autogreder, în comuna ....., județul .....»”, cod CPV 43220000-1 – Gredere și nivelatoare (Rev.2), s-a solicitat ...../..... reprezentând comunicare ..... procedură, anularea tuturor actelor subsecvente, eliminarea din cuprinsul caietului de sarcini și din cuprinsul fișei de date a cerinței „furnizorul să aibă unitatea service în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă”, precum și reluarea procedurii de achiziție și reevaluarea ofertelor.

Prin cererea de intervenție nr. ……../06.09..... înregistrată la Consiliu cu nr. ……/06.09.2016, ……, cu sediul în ……., înregistrată în registrul comerțului cu nr. ……., având CUI ……, reprezentată legal de …….. – administrator și convențional de ……., cu sediul în ……., a

solicitat admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de societatea contestatoare ca tardivă și nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 ..... SRL atacă rezultatul procedurii de atribuire stabilit de COMUNA ..... (CONSILIUL LOCAL .....), în calitate de autoritatea contractantă în procedura de atribuire mai sus amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În cuprinsul contestației, ... SRL învederează faptul că, prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a motivat decizia de respingere a ofertei, ca urmare a faptului că nu s-a făcut dovada unei unități service aflată „în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă”.

Considerând respingerea ofertei sale ca nelegală și netemeinică, contestatorul susține că, în cadrul răspunsului nr. ……../09.08..... aferent solicitării de clarificări nr. ……./08.08....., a menționat autorității contractante, printre altele, că cerința „în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă” este restrictivă și încalcă prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Ulterior, autoritatea contractantă a respins oferta, în mod neîntemeiat în opinia contestatorului.

În cuprinsul caietului de sarcini nr. ……../18.05....., la punctul 14 destinat garanției și service-ului, autoritatea contractantă a menționat, în mod greșit, în opinia societății contestatoare, ca „furnizorul să aibă unitatea service în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă”. De asemenea, tot în mod greșit și nelegal, potrivit contestatorului, autoritatea contractantă, în cuprinsul fișei de date a menționat la capitolul IV.4.prezentarea ofertei IV.4.1 - modul de prezentare a propunerii tehnice, condiția ca, „furnizorul să aibă unitatea service în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă”.

Precizând prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016, contestatorul consideră că, cerința impusă de autoritatea contractantă nu reprezenta o specificație tehnică. Condiția impusă de către autoritatea contractantă putea reprezenta eventual un criteriu de calificare și selecție, incident fiind, în această situație, art. 163 din Legea 98/2016.

Astfel, în situația în care condiția mai sus menționată reprezenta un criteriu de calificare și selecție referitor la capacitatea

candidatului/ofertantului, societatea contestatoare consideră că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile referitoare la procedura aplicabilă selecției, reglementată de art. 29, art. 30 din HG nr. 395/2016.

În cuprinsul fișei de date la secțiunea III -Informații juridice, economice, financiare și tehnice, cap. III 1) Condiții de participare, contestatorului i-au fost solicitate toate informațiile considerate relevante de către autoritatea contractantă, referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, capacitatea tehnică și profesională, acesta susținând îndeplinirea acestor criterii.

Societatea contestatoare consideră că autoritatea contractantă, în mod netransparent, a introdus în caietul de sarcini și în fișa de date, un criteriu de calificare/selecție care, pe de-o parte a restricționat, în mod nejustificat accesul la procedură operatorilor economici, iar pe de altă parte, nu a fost prevăzut la secțiunea/capitolul corect raportat la dispozițiile art. 155 și art. 163 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 29 din HG nr. 395/2016.

Menționând prevederile art. 31 din HG nr. 395/2016, contestatorul consideră că acest criteriu solicitat de către autoritatea contractantă nu prezenta relevanță și a fost disproporționat în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică. Obiectul contractului ce urmează a fi atribuit îl reprezintă furnizarea unui utilaj agricol – autogreder.

Criteriul de selecție/calificare, considerat a fi restrictiv, în opinia contestatorului, viza garanția și service-ul utilajului furnizat, nu capacitatea operatorilor economici participanți la procedură de a îndeplini obiectul principal al contractului.

Raportat la obiectul contractului și valoarea acestuia, criteriul de selecție impus de autoritatea contractantă a fost disproporționat având în vedere faptul că vizează activitățile de service al utilajului furnizat.

În opinia societății contestatoare, criteriul ar fi fost justificat în cazul în care obiectul contractului de achiziție ar fi fost achiziționarea de către autoritatea contractantă a serviciilor de service necesare anumitor utilaje, când existența unui service apropiat era justificată de o frecvență mare a intervențiilor la utilaje. Astfel, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu putea justifica acest criteriu întrucât, pe de o parte, nu avea cunoștință de vreo problemă a utilajului, dacă ar fi fost sau nu nevoie de service și intervenții, obligația de a asigura serviceul în perioada de garanție fiind condiționată de existența unor defecțiuni, necunoscute în prezent și în privința cărora exista posibilitatea ca ele să nu intervină niciodată. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a prevăzut obligația ca operatorul economic să realizeze intervențiile într-un interval de 48 de ore de la data solicitării, obligație pe care contestatorul și-a asumat-o și o putea respecta fără probleme.

..... SRL consideră disproporționat a limita participarea la procedură a unor operatori economici doar pe motiv că nu au service în aria de cel mult 250 km, cu atât mai mult cu cât practica a demonstrat că au fost prestate cu succes servicii pentru autorități contractante aflate la mai mult de 250 km față de unitatea service. În cadrul ofertei, autoarea contestației și-a asumat că „toate piesele de schimb vor trebui livrate în maxim 48 ore în timpul zilelor lucrătoare (…)".

Serviceul la acest tip de utilaj se efectuează la locul de lucru al acestuia prin deplasarea unor auto-ateliere mobile, întrucât deplasarea utilajului la un punct de service fix este costisitoare, cheltuielile trebuind suportate de către deținătorul utilajului, RAR neacordând autorizație decât pentru atelierele fixe.

Utilajului aferent acestei proceduri nu se i acordă service decât în unități fixe, în cazuri excepționale, situațiile curente în ceea ce privește întreținerea și/sau operațiuni de reparație realizându-se cu ajutorul atelierelor de service mobile care realizează operațiunile pe raza comunei sau unde utilajul este locat, astfel realizându-se o economie importantă de timp și resurse financiare. Deplasarea utilajului la un service fix aflat la un număr anume de kilometri nu numai că este neeconomic, dar poate uza prematur sistemul de rulare al utilajului, pe de altă parte dacă utilajul este transportat pe trailer cresc costurile exponențial, toate aceste aspecte determină ca întreținerea acestor utilaje să se diferențieze față de autoutilitare care se pot deplasa mult mai ușor pe distanțe medii și lungi, practica statuând că realizarea service-ului pentru acest tip de utilaje să se facă prin intermediul atelierelor mobile. Societatea contestatoare garantează că, prin intermediul atelierelor mobile pe care le deține, poate asigura buna funcționare a utilajului fără a fi nevoie ca utilajul să fie deplasat la București, Arad, Hunedoara, ... sau altă localitate din țară unde poate asigura service fix.

Distanța dintre punctul de service fix locat și până la sediul autorității contractante este de 432 km, cu 182 km mai mult decât limita solicitată de autoritatea contractantă. Contestatorul susține și confirmă că această distanță suplimentară de 182 km o poate parcurge cu un service mobil, într-un timp foarte scurt din momentul solicitării din partea autorității contractante. Această diferență de distanță poate fi parcursă, în limita de viteză legală, într-un interval de maxim 2h 30 min, ceea ce, evident, nu creează niciun fel de dificultate.

Autoritatea contractantă nu poate justifica, sub niciun aspect necesitatea impunerii unui astfel de criteriu de calificare/selecție.

În punctul său de vedere nr. ……../03.09..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ……./04.09....., autoritatea achizitoare prezintă un scurt istoric al modului de desfășurare a procedurii, arătând

totodată motivele care au stat la baza respingerii societății contestatoare.

Autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației ca tardivă aceasta fiind transmisă prin poștă și înregistrată în data de 30.08..... nefiind comunicată pe e-mail sau pe fax, menționând că înaintarea contestației, către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și Comuna ....., trebuia realizată până la data de ....., inclusiv, conform art. 8 alin. (1) lit. b) și art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, în baza articolelor enumerate anterior, critici cu privire la documentația de atribuire se puteau formula până la data de 25.07.....

Autoritatea contractantă nu consideră restrictivă cerința enunțată în caietul de sarcini „Furnizorul să aibă unitatea service în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă", deoarece nu s-a solicitat ca unitatea service să se afle în aria comunei ..... sau a județului ..... și consideră că distanța de 250 km față de sediul autorității contractante a fost rezonabilă. Astfel, autoritatea contractantă va folosi utilajul, printre altele, și pentru lucrări de deszăpezire și prin impunerea acestei condiții se dorește repararea autogrederului cât mai repede posibil la o unitate service, având în vedere că pot apărea defecte care nu pot fi remediate de o unitate de service mobilă.

Totodată este menționat și faptul că ceilalți trei operatori economici care au depus ofertă au făcut dovada unei unități de service aflată în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de ..... SRL.

Prin adresa nr. ……../06.08..... înregistrată la Consiliu cu nr. ……/06.09....., …….. a depus cerere de intervenție prin care a solicitat respingerea contestației formulată de societatea contestatoare ca tardivă și nefondată.

În partea introductivă, intervenientul prezintă, succint, istoricul procedurii de atribuire contestate și justifică admisibilitatea cererii sale.

Intervenientul menționează excepția inadmisibilității și tardivității contestației formulate de ..... SRL.

Astfel, societatea contestatoare avea obligația de a face dovada constituirii cauțiunii raportat la prevederile art. 61 indice 1 din Legea nr. 101/2016.

Referitor la excepția tardivității, intervenientul menționează din jurisprudența națională și subliniază faptul că documentația de atribuire a fost publicată în SICAP în data de ....., iar o eventuală contestație împotriva acesteia trebuia formulată cu respectarea termenului de 5 zile, cel mai târziu la data de 25.07.....

…… SRL consideră că documentația de atribuire, nefiind contestată de niciun operator economic, aceasta și-a consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici cât și pentru autoritatea contractantă.

În acest sens, pentru a face dovada admisibilității ofertei lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a prezenta înscrisuri prin care să facă dovada îndeplinirii cerințelor minime ale documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă, în aplicarea dispozițiilor art. 133 din HG nr. 395/2016, avea obligația să se asigure că astfel de cerințe au fost îndeplinite de participanți.

Menționând din jurisprudența Consiliului, societatea intervenientă subliniază faptul că autoritatea contractantă a emis rezultatul procedurii cu respectarea conținutului obligatoriu al cerințelor publicate în SICAP.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul îi comunică acestuia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise, prin adresa nr. ……/.....-...../ 07.09..... Contestatorul s-a prezentat în vederea studierii în data de 11.09.....

În urma studiului dosarului achiziției, contestatorul depune concluziile scrise nr. ……/12.09....., înregistrate la Consiliu sub nr. …../....., prin care își menține în totalitate criticile formulate în contestație.

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

Autoritatea contractantă COMUNA ..... (CONSILIUL LOCAL .....) a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de furnizare „Autogreder în cadrul proiectului «Achiziție autogreder, în comuna ....., județul .....»”, prin publicarea în SICAP a anunțului nr. ...../..... Valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 457.464,70 lei.

La prezenta procedură au fost depuse 4 oferte, printre care și ..... SRL.

Prin adresa nr. ...../....., autoritatea contractantă a comunicat ofertantului ..... SRL respingerea ofertei sale, ca neconformă, pentru nu că nu a făcut dovada unei unități de service aflată în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă.

Nemulţumit de rezultatul procedurii de atribuire, ... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de …….. SRL, înregistrată la Consiliu la data de 06.09....., Consiliul constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit

prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 31.08....., contestația ..... SRL, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 10.09..... Rezultă astfel că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 64 alin. (2), art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză ……. SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește respingerea contestației, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

În ceea ce privește excepția respingerii contestației ridicată de intervenient, pe motiv că nu ar fi fost constituită cauțiunea de către ..... SRL, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, întrucât petentul a depus la dosarul cauzei originalul recipisei cauțiunii, în valoarea impusă de art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, argumentată prin nerespectarea termenul de introducere a contestației, va fi respinsă ca nefondată, deoarece obiectul acesteia constă în ..... din ....., iar contestația a fost depusă atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă la data de ..... prin poștă, cu respectarea termenului legal de 5 zile, stabilit la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, pentru depunerea unei contestații, atunci când valoarea estimată a contractului este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice. Excepția tardivității fiind respinsă, Consiliul va trece la analiza pe fond a cauzei.

Pentru soluționarea cauzei, Consiliul ia act de următoarele informații:

- prin fișa de date a achiziției s-a solicitat, la IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice: *[…] Furnizorul să aibă unitatea service în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă.*
- aceeași cerință este inclusă și în caietul de sarcini, la pct. 9. Garanție și service: *[…] Furnizorul să aibă unitatea service în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă.*

În analizarea prezentei spețe, relevante sunt următoarele prevederi legale:

- art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile*

solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției.;

- art. 30 din HG nr. 395/2016: *(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs. […] (6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.*

Consiliul constată că una dintre cererile petentului se referă la eliminarea din fișa de date a achiziției și din caietul de sarcini a cerinței privind deținerea unui service la 250 km față de autoritatea contractantă.

Însă, criticarea unei cerințe din documentația de atribuire, după 40 de zile de la publicarea ei în SEAP, reprezintă un demers tardiv introdus, având în vedere termenul impus de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016:

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: […]

b) 5 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/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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

..... SRL, dacă ar fi fost nemulțumit de cerințele din documentația de atribuire, ar fi avut dreptul să-și formuleze criticile și să le depună la Consiliu și autoritatea contractantă până la data de 25.07..... Deoarece critica sa față de cerința menționată mai sus a fost formulată în ....., acest demers se dovedește a fi tardiv inițiat.

În consecință, Consiliul va respinge ca tardiv formulată critica privind eliminarea din caietul de sarcini și fișa de date a achiziției a cerinței de mai sus, referitoare la service aflat la 250 km. Pe cale de consecință, Consiliul va admite excepția tardivității contestației, ridicată de intervenient, dar strict la capătul de cerere care vizează eliminarea cerinței de calificare.

În ceea ce privește cererea ultimă a petentului, de reevaluarea a ofertei sale, Consiliul constată temeinicia acestei solicitări, pentru următoarele argumente:

Solicitarea din caietul de sarcini, privind deținerea unei unități service la 250 km, este o veritabilă cerință de calificare întrucât se referă la capacitatea tehnică a ofertantului, cerință care se circumscrie dispozițiilor de la art. 179 din Legea nr. 98/2016:

Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: […]

d) descrierea facilităților tehnice și a măsurilor utilizate de operatorul economic în vederea asigurării calității și a facilităților sale de studiu și de cercetare; […]

j) o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului.

Dar cerințele de calificare trebuie incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs, conform regulii instituite la art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 *[Criteriile de calificare şi criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.].* Or, în anunțul de participare, la secțiunea *III.1) Conditii de participare* nu există cerința contestată. Ea se regăsește doar la secțiunea *IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice,* cea din urmă referindu-se la informații aferente caietului.

Includerea în caietul de sarcini a unei cerințe de calificare constituie o încălcare a principiului transparenței. Pentru a evita evaluarea ofertelor pe baza unor cerințe de calificare inexistente în anunțul de participare, legiuitorul a impus regula clauzei nescrise, ceea ce înseamnă că, în situația în care cerința este inclusă în orice document al procedurii, altul decât anunțul de participare, aceasta nu poate fi luată în considerate (ca și cum nu ar exista).

Astfel, având în caietul de sarcini o clauză nescrisă, comisiei de evaluare îi este interzisă analizarea propunerii tehnice prin raportare la această cerință, implicit nu poate fi valorificată ca motiv de respingere. Caracterul nescris al clauzei înseamnă că ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze. În sensul că noțiunea de „clauză nescrisă” semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 848 din 10 martie 2017:

Conceptul de „clauză nescrisă” semnifică inexistența acestor cerințe, contrar obligației de precizare conform disp. art. 33 din OUG nr. 34/2006, ceea ce ar implica inexistența dreptului reclamantei de a fi solicitat aceste cerințe participanților la licitație sau de a descalifica participanți pe baza acestor cerințe.

Nescrierea clauzei nu se confundă cu nulitatea ei, deoarece nulă nu poate fi decât o clauză scrisă, nu nescrisă, cum este aceea aflată în

discuție. Drept urmare, nu era și nu este necesară atacarea caietului de sarcini de către ..... SRL pentru a avea efect dispoziția legală de la art. 36 alin. (6) din norme (altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal).

Astfel, Consiliul nu poate reține ca validă apărarea autorității contractante, formulată în punctul de vedere, […] la o procedură simplificată, inițiată anterior procedurii referite, pentru atribuirea contractului Achiziție autogreder în cadrul proiectului "Achiziție autogreder, în comuna ....., județul .....", cod CPV: 43220000-1 - Gredere si nivelatoare (Rev.2) și care a fost anulată, au depus ofertă doi operatori economici și niciunul dintre acești operatori economici nu a sesizat autoritatea contractantă Comuna ..... cum că cerința "Furnizorul să aibă unitatea service în aria de cel mult 250 km până la autoritatea contractantă." din caietul de sarcini nr. 6411 din 18.05..... ar fi restrictivă, deoarece lipsa de reacție a unor operatori, respectiv necontestarea de către aceștia a documentației de atribuire, nu constituie un drept al Comunei ..... să se abată de la lege la prezenta procedura.

Rolul ofertantului nu este de a verifica dacă autoritatea contractantă, la elaborarea documentației de atribuire, a respectat dispozițiile din Legea nr. 98/2016 și din normele de aplicare a legii.

Sarcina unei informări complete și corecte a operatorilor economici interesați să participe la procedură revine autorității contractante. Art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 impune autorității contractante ca documentația de atribuire să conțină *orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.* Or, prezenta documentație de atribuire a fost întocmită cu încălcarea prevederilor art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016, fiind inclusă în caietul de sarcini o cerință de calificare. Necontestarea de către petent a cerinței de calificare, stabilită prin caietului de sarcini, nu înseamnă că procedura trebuie să se deruleze cu nesocotirea legii.

Văzând caracterul de clauză nescrisă a cerinței de calificare inclusă în caietul de sarcini, Consiliul constată că analiza realizată de comisia de evaluare este eronată, nefiind permisă eliminarea din competiție a unui operator pentru neîndeplinirea unei astfel de cerințe.

Nicio ofertă nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa unității achizitoare modul în care au fost redactate documentele de licitare. Nimic nu a oprit autoritatea contractantă să includă în anunțul de participare și în fișa de date, la criterii de calificare, cerința regăsită în caietul de sarcini.

În această situație, o respingere în temeiul unei clauze nescrise constituie o abatere de la legislația din domeniul achizițiilor publice.

Chiar și dacă, ipotetic, cerința ar fi apreciată drept specificație tehnică, este restrictivă, întrucât limitează accesul la procedură a operatorilor care pot satisface necesitatea autorității contractante de a cumpăra un utilaj și de a-l menține în stare de funcționare.

Autoritatea contractantă a justificat cerința prin faptul că […] va folosi *utilajul, printre altele, şi pentru lucrări de deszăpezire şi prin impunerea acestei condiţii se doreşte repararea autogrederului cât mai repede posibil la o unitate service având în vedere că pot apărea defecte care nu pot fi remediate de o unitate de service mobilă.*

Din explicațiile autorității, sintagma *cât mai repede posibil* se referă la o unitate de timp nedefinită. Deși un operator ar fi situat și la 100 km de autoritate, e posibil ca acesta să răspundă solicitării de reparare după 10 ore, deoarece este implicat în alte lucrări. Astfel, *cât mai repede posibil* poate fi tradus *când este posibilă intervenția.* În concluzie, important este timpul în care poate interveni și nu distanța la care se află serviceul.

În acest sens, relevantă este Decizia civilă nr. 231 din 21 ianuarie 2016 a Curții de Apel București:

Referitor la fondul plângerii formulate, Curtea va reține că intimata contestă concluziile CNSC referitoare la aceea că cerința din caietul de sarcini, privind obligația ofertantului de a face dovada că dispune de o unitate service care se află pe raza localității Lotului pentru care se ofertează, este o cerință restrictivă de natură a restricționa în mod disproporționat participarea la procedură a potențialilor ofertanți ce nu dețin unități service pe raza localității.

Cu privire la natura cerinței invocate, Curtea va constata că aceasta, astfel cum în mod corect a remarcat și C, este inserată exclusiv în caietul de sarcini, nefiind preluată mai apoi în fișa de data și în anunțul de participare.

Pe cale de consecință, se constată că CNSC a făcut în mod corect aplicarea art. 33 alin 3 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora „cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise”. […]

În ceea ce privește concluzia CNSC potrivit căreia conținutul cerinței contestate, respectiv limitarea participării la procedură a potențialilor ofertanți care nu dețin puncte de lucru pe raza municipiului Ploiești, are o natură disproporționată, Curtea urmează a o menține ca legală și temeinică. Se observă din conținutul cerinței, astfel cum a fost aceasta redactată și cum s-ar impune a fi preluată în fișa de data și anunțul de participare, faptul că autoritatea a limitat posibilitatea de participare la

procedură prin raportare la locația a cel puțin unul dintre punctele de lucru ale ofertanților, aceștia fiind necesar să justifice că își desfășoară activitatea în interiorul localității (Ploiești), fiind astfel excluși potențialii ofertanți cu punctele de lucru în zonele limitrofe, situați în afara limitelor de hotar ale localității.

Pentru cele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5), va admite, în parte, contestația, va dispune anularea Raportul procedurii de atribuire nr. ……/22.08....., în partea ce privește oferta depusă de ..... SRL, precum și actele subsecvente acestuia, va obliga autoritatea contractantă să reevalueze propunerea tehnică a petentului, să întocmească un nou raport al procedurii și să comunice noul ..... al procedurii, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Consiliul va admite și cererea de intervenție formulată de …… SRL, cu privire strict la capătul de cerere care vizează eliminarea cerinței de calificare din strict la capătul de cerere care vizează eliminarea cerinței de calificare. Consiliul nu poate reține tardivitatea întregii contestații, întrucât din cuprinsul actului se deduce criticarea rezultatului evaluării ofertei, în baza unei clauze nescrise.

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

Admite, în parte, contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ..... (CONSILIUL LOCAL .....), anulează Raportul procedurii de atribuire nr. ……/22.08....., în partea ce privește oferta depusă de ..... SRL, precum și actele subsecvente acestuia, obligă autoritatea contractantă să reevalueze propunerea tehnică a contestatorului, conform celor din motivare, să întocmească un nou raport al procedurii și să comunice noul ..... al procedurii, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de …….SRL și, în temeiul art. 67 din același act normativ, o admite în ce privește capătul de cerere privind tardivitatea criticării documentației de atribuire și o respinge în ce privește tardivitatea întregii contestații.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
…….	**……..**	**……..**

Redactată în ……. exemplare, conține ……. pagini.