



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 93/DG/18.02.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4371/18.02.2016, depusă de SC ...SRL, cu sediul ... CUI ..., privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare ..., cod CPV ..., cu data limită de depunere a ofertelor 18.02.2016, organizată de SC ... SA, cu sediul în ..., CUI ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității la remedierea prevederilor caietului de sarcini, precum și suspendarea procedurii de atribuire.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația SC ... SRL nr. 93/DG/18.02.2016, în contradictoriu cu SC ... SA.

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

MOTIVARE

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ... se plânge de intenția autorității contractante SC ... SA de a achiziționa produse neconforme Hotărârii Guvernului nr. 115/2004, respectiv ... de "concepție simplă" necertificate, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Ca act al autorității contractante considerat nelegal de către contestator este indicată clarificarea nr. 4, publicată în SEAP la data de 15.02.2016.

În motivarea demersului său, autorul contestației învederează că, în urma studierii documentației de atribuire, a adresat autorității cererea de clarificări nr. 59/AV/05.02.2016, cu privire la produsul semimască antipraf de la poz. 2 din caietul de sarcini.

În răspunsul de clarificare publicat în SEAP la 09.02.2016, autoritatea arată că a solicitat ca produsul să fie de concepție simplă, fără supapă, adăugând că echipamentele de protecție de concepție simplă sunt destinate protecției împotriva riscurilor minore, iar comercializarea lor este permisă și în lipsa certificării de produs.

Contestatoarea a insistat cu o nouă solicitare de clarificări (nr. 76/AV/12.02.2016), comunicând autorității că, în conformitate cu art.15 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 115/2004: "..."

Prin clarificarea din 15.02.2016, autoritatea precizează că *"produsul solicitat trebuie să fie în conformitate cu H.G. nr. 115/2004 art. 15, alin. (1) lit. a)"* (concepție simplă), ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor reproduse din Hotărârea Guvernului nr. 115/2004, potrivit căreia orice echipament individual de protecție filtrant împotriva aerosolilor solizi (prafului) aparține echipamentelor de concepție complexă prevăzute la alin. (1) lit. b), iar nu celor de concepție simplă, de la alin. (1) lit. a). Hotărârea Guvernului nr. 115/2004, la art.15 alin. (2) prevede lista exclusivă a echipamentelor de concepție simplă, în cadrul căreia nu se regăsește niciun echipament individual de protecție respiratorie.

Echipamentele de concepție complexă sunt destinate asigurării protecției împotriva pericolelor care pot conduce la deces sau împotriva pericolelor care pot afecta grav și ireversibil sănătatea și, ca urmare, achiziționarea lor trebuie efectuată cu maximă responsabilitate.

Față de cele evocate, contestatorul solicită suspendarea procedurii de achiziție publică și obligarea autorității contractante la remedierea prevederilor caietului de sarcini conform Hotărârii Guvernului nr. 115/2004, art. 15 alin. (3), prin solicitarea ca semimasca antipraf să fie de concepție complexă.

În punctul său de vedere nr. B2498/24.02.2016 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 4895/24.02.2016, autoritatea contractantă susține, în apărare, că societatea contestatoare nu a constituit garanția de bună conduită, iar pe fondul contestației, că ea este neîntemeiată.

SC ... SRL a formulat cererea de clarificări nr. 59/AV/05.02.2016:

Referitor la poziția 2 (doi) din caietul de sarcini, semimasca antipraf, vă rugăm să ne comunicați următoarele:

Nu este necesar ca masca să fie conformă normelor EN 149:2001, întrucât acesta este un EIP de concepție complexă conform HG 115:2004?

Nu este necesară prezentarea declarației de conformitate cu referire la EN 149:2001?

Nu este necesară prezentarea certificatului de examinare EC de tip conform cu EN 149:2001?

iar răspunsul dat de autoritate a fost:

Produsul solicitat la poziția 2 (doi) din caietul de sarcini, respectiv semimasca antipraf, este de concepție simplă fără supapă.

La punctul nr. 1 din solicitarea de clarificare, semimasca de protecție simplă trebuie să fie conform EN 149:2001.

La punctele nr. 2 și nr. 3 din solicitarea de clarificare trebuie să se respecte cerințele caietului de sarcini.

Contestatorul a revenit cu cererea de clarificări nr. 76/AV/12.02.2016:

Referitor la răspunsul publicat în SEAP în data de 09.02.2016 la cererea de clarificări nr. 59/05.02.2016 transmisă de către noi, în cadrul căreia afirmați că: "Produsul solicitat la poziția 2 (doi) din caietul de sarcini, respectiv semimasca antipraf, este de concepție simplă fără supapă.", vă comunicăm următoarele:

Conform cu HG 115/02.2004, Art. 15, aliniatul (3), prevede că: "(3) EIP de concepție complexă, prevăzute la alin. (1) lit. b), trebuie să cuprindă în exclusivitate: a) aparatele de protecție respiratorie filtrante, destinate protecției împotriva aerosolilor solizi și lichizi sau împotriva gazelor iritante, periculoase, toxice ori radiotoxice;"

Prin urmare, vă rugăm să ne confirmați clar, în scris, că în caietul de sarcini la poziția 2 (doi) se face referire la un echipament de protecție de concepție complexă așa cum este el definit de HG 115, ceea ce necesită prezentarea unui certificat de examinare EC de tip conform cu EN 149:2001.

iar răspunsul dat de autoritate a fost:

Produsul solicitat trebuie să fie în conformitate cu HG nr. 115/2004 art 15 alin 1, lit. a) însoțit de declarația de conformitate EC.

Produsul avut în vedere la întocmirea caietului de sarcini "semimasca antipraf" este semimasca de protecție de unică folosință, simplă, cu banda metalică în zona nasului și elastic, pentru o fixare cât mai bună pe față, fără supapă, igienică, de tip cochilie și este utilizată în zone de lucru cu praf.

Ulterior, contestatorul a formulat o notificare privind încălcarea art. 15 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 115/2004 și intenția de a sesiza Consiliul, notificare care împreună cu răspunsul autorității au fost postate în SEAP.

Produsul "... " din caietul de sarcini este de concepție simplă, fără supapă, conform EN 149:2001. Potrivit art. 15 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 115/2004, trebuie însoțit de declarația de conformitate "EC".

... este de unică folosință, simplă, cu banda metalică în zona nasului și elastic, igienică, de tip cochilie și fără supapă, utilizată în

zone de lucru cu praf. Este destinată protecției în fața unor riscuri minore, fiind utilizată de către lucrătorii care își desfășoară activitatea în zone cu pulberi netoxice, în activitatea de curățenie, în activitatea cu publicul etc., locuri de muncă unde semimasca este folosită pe durată scurtă. Scopul ei este prevenția, nu asigurarea protecției împotriva pericolelor care pot duce la deces sau pot afecta grav și ireversibil sănătatea.

Ea se încadrează în categoria echipamentelor de concepție simplă, conform Hotărârii Guvernului nr. 115/2004. art. 15 alin. (1) lit. a), utilizatorul putând evalua singur nivelul de protecție asigurat împotriva riscurilor ale căror efecte se manifestă treptat și pot fi identificate la timp și în condiții de securitate. De aceea nu este necesară achiziționarea unui aparat de respirație de concepție complexă. La locurile de muncă unde se impune acordarea de aparate de respirație de concepție complexă s-a prevăzut în caietul de sarcini, la poz. 1, "masca de protecție clor cu cartuș filtrant".

"..." se regăsește în cataloagele de specialitate ale firmelor prezente pe piața în categoria echipamentelor de protecție simple de unică folosință.

Se solicită respingerea contestației întrucât contestatorul nu a constituit garanția de bună conduită, iar în subsidiar ca neîntemeiată.

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 invitația de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă SC ...SA a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării mai multor tipuri de materiale de protecție, estimate valoric la 30.300 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 03.02.2016, alături de invitația de participare. Ulterior consultării acestei documentații, SC ... SRL a întrebat autoritatea dacă, pentru produsul semimască antipraf indicat în caietul de sarcini, "nu este necesar" să fie conform normelor EN 149:2001, să se prezinte declarație de conformitate și certificat de examinare de tip potrivit EN 149:2001. Autoritatea a răspuns că semimasca trebuie să fie conformă EN 149:2001, iar în ceea ce privește declarația și certificatul, "trebuie să se respecte cerințele caietului de sarcini". SC ... SRL a revenit cu o nouă solicitare la adresa autorității – *"să ne confirmați clar, în scris, că în caietul de sarcini la poziția 2 (doi) se face referire la un echipament de protecție de concepție complexă așa cum este el definit de HG 115, ceea ce necesită prezentarea unui certificat de examinare EC de tip conform cu EN 149:2001."* Răspunsul dat de autoritate a fost: *"Produsul solicitat trebuie să fie*

in conformitate cu HG nr. 115/2004 art. 15 alin. 1, lit. a, însoțit de declarația de conformitate EC. Produsul avut în vedere la întocmirea caietului de sarcini "semimasca antipraf" este semimasca de protecție de unica folosință, simplă, cu banda metalică în zona nasului și elastic, pentru o fixare cât mai bună pe față, fără supapă, igienică, de tip cochilie și este utilizată în zone de lucru cu praf." Văzând acest răspuns, pe care îl consideră contrar dispozițiilor legale, SC ...SRL l-a atacat în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, este de cercetat temeinicia excepției neconstituirii garanției de bună conduită de către reclamantă, excepție pe care autoritatea contractantă o susține prin prisma art. 271¹ alin. (1)-(3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Consiliul, în urma ridicării excepției de către autoritate, a solicitat SC ... SRL, cu adresa nr. 4938/274-C4/24.02.2016, să îi comunice, în copie, dovada constituirii garanției de bună conduită conform art. 271 ind. 1 din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă.

Contestatoarea s-a conformat solicitării Consiliului, prezentându-i acestuia copia ordinului de plată nr. 3241 din 24.02.2016, Unicredit Bank SA, reprezentând garanția de bună conduită în cuantum de 303 lei, în contul IBAN indicat de autoritate la pct. III.1.1) din invitația de participare – RO81BRDE080SV0566 0200800, deschis la Banca Română de Dezvoltare. Autoritatea, care nu a negat primirea sumei virate.

Consiliul reține că, întrucât Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 a intrat în vigoare la data publicării ei în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv la 30 iunie 2014, contestațiile depuse începând cu această dată la Consiliu sunt supuse prevederilor ei, situație în care se găsește și contestația aflată pe rol. Potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2014, art. 271 ind. 1 din ordonanța de bază are următorul cuprins:

(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/ hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

[...]

Autoritatea contractantă este nemulțumită de faptul că asocierea contestatoare nu a depus garanția odată cu contestația,

context în care pretinde respingerea contestației. Consiliul nu poate da curs solicitării autorității, din mai multe considerente:

- ordonanța nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția nu este constituită la momentul depunerii contestației, ci ulterior;

- ordonanța nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin solicitarea constituirii garanției sau, dacă este cazul, suplimentarea ei;

- ordonanța interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația [art. 270 alin. (2) - *în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația*];

- art. 200 alin. (2) C. proc. civ. interzice respingerea/anularea unei cereri de chemare în judecată fără a i se comunica reclamantului în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să realizeze completările sau modificările dispuse;

- art. 177 alin. (1) C. proc. civ. prevede că ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Totodată, conform alin. (3), actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia;

- art. 33 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru stabilește dreptul reclamantului de a i se acorda un termen pentru timbrarea corespunzătoare a cererii sale: "*Dacă cererea de chemare în judecată este netimbrată sau insuficient timbrată, reclamantului i se pune în vedere, în condițiile art. 200 [alin. \(2\)](#) teza I din Codul de procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței.*" Așadar, o cerere care nu este însoțită de dovada achitării taxei de timbru nu este respinsă *ipso facto*, ci i se pune în vedere autorului să își timbreze cererea într-un anumit termen. Doar dacă acesta nu se conformează măsurii dispuse de instanță i se va respinge cererea.

Luând aminte de toate acestea, concluzia este că nimic nu împiedică organul administrativ-jurisdicțional să recurgă la argumentul analogiei, respectiv la interpretarea extensivă a normei de la art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, concluzionând că, în măsura în care constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că

aceasta nu este îndeostulătoare, Consiliul nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege. Relevante pentru cazul de față sunt, după cum s-a arătat, situațiile în care instanța are obligația de a acorda un termen reclamantului pentru regularizarea cererii de chemare în judecată sau pentru plata taxelor legale de timbru, respectiv pentru îndreptarea neregularităților actului de procedură.

Garanția de bună conduită reprezintă, prin natura sa, o specie de cauțiune, iar regulile care guvernează cauțiunea judiciară (cartea a VI-a, titlul XIV C. proc. civ.) îi permit instanței să acorde un termen pentru constituirea cauțiunii.

Considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005 pot fi transpuse, cu adaptările de rigoare, la speța de față. Așadar, pentru a nu aduce atingere substanței dreptului persoanelor vătămăte de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, cu efecte de ordin constituțional, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și, coroborat cu analogia textelor evocate mai sus, să acorde contestatorului un termen pentru constituirea și prezentarea garanției de bună conduită de care este condiționată judecarea pe fond a cauzei.

În prezenta speță, întrucât reclamanta a răspuns afirmativ solicitării Consiliului, aducând dovada constituirii garanției, garanție care este acoperitoare, contestația sa nu poate fi respinsă pe considerentul neconstituirii garanției, excepția ridicată de autoritatea contractantă fiind nefondată. În plus, ar fi și inechitabilă sancțiunea respingerii, câtă vreme autoritatea a intrat în posesia banilor cu titlu de garanție de bună conduită. Scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatoarei, astfel cum impune 271 ind. 1 alin. (1) din ordonanță, este atins în prezenta cauză. Chiar dacă la data primirii contestației autoritatea nu era în posesia unei garanții, la respectiva dată nu a fost pusă în situația de a îi reține contestatorului o eventuală garanție pentru conduita sa, iar la acest moment garanția este constituită, este validă și acoperă riscul vizat de legiuitor.

Din altă perspectivă, trebuie adăugat că achizițioarea ...SA nu a suferit nicio vătămare din cauza prezentării cu întârziere a garanției de către autoarea contestației. De asemenea, este de punctat că, indiferent de data înființării sau a aducerii garanției, dreptul autorității beneficiare de a o executa se naște abia la finalul litigiului, acesta fiind singurul moment relevant pentru autoritatea contractantă, la care ea trebuie să se afle în posesia unei garanții valide și îndeostulătoare.

În aceeași direcție s-au pronunțat și instanțele judecătorești, elocventă fiind decizia civilă nr. 6837 din 10 septembrie 2014 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, în care s-a reținut:

Curtea observă că în mod corect a soluționat Consiliul excepția lipsei garanției de bună conduită, întrucât, deși dispozițiile art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță stipulează că dovada constituirii garanției se depune odată cu contestația, aceste dispoziții nu înlătură posibilitatea acoperirii prin depunerea ulterioară a dovezii menționate. Altfel spus, dispozițiile legale menționate nu instituie sancțiunea decăderii în situația neîndeplinirii într-un anumit termen, sancțiunile procedurale fiind necesare a fi prevăzute expres și nefiind posibilă o aplicare prin analogie prin alte texte legale.

Cum contestatoarea a depus dovada constituirii garanției la data de 17.07.2014, anterior pronunțării pe fondul cauzei de către Consiliu, Curtea constată că în mod corect a fost soluționată excepția menționată.

Decizia nr. 6164 din 12 septembrie 2014 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal: în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndeșulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege.

În decizia nr. 3052/CA/2014-R din 13 octombrie 2014, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a arătat că: Deși garanția a fost depusă la data de 19.09.2014, după data introducerii plângerii la instanță, în opinia Curții de apel, nu se impune respingerea plângerii pe considerentul că garanția nu a fost constituită la momentul depunerii cererii de chemare în judecată, deoarece voința legiuitorului a fost aceea de a crea un instrument juridic prin care autoritatea contractantă să poată fi protejată de riscul unui eventual comportament necorespunzător, și nu de a împiedica exercitarea controlului de legalitate prin soluționarea plângerii pe fond.

Încheierea din 6 noiembrie 2014, dosar nr. 6297/2/2014, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, urmează aceeași direcție.

Garanția de bună conduită poate fi suplimentată ulterior depunerii contestației - decizia civilă nr. 128/CA din 22 iulie 2015, Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Relativ la fondul contestației, este de observat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC Danger SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre documentația de atribuire la 03.02.2016, când a fost postată

în SEAP. Conform art. 256 ind. 2 alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță 03.02.2016, reieșind, așadar, că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită. Așadar, data indicată reprezintă data la care se va raporta termenul legal de cinci zile de depunere a contestației împotriva curenților documentației, stabilit în textul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, termen care se observă că era depășit la data formulării și transmiterii contestației adresate Consiliului față de documentația de atribuire (18.02.2016).

Operatorul economic cunoștea lipsurile reclamate din documentația de atribuire încă de la data publicării ei - 03.02.2016 - și trebuia să manifeste o minimă diligență prin atacarea în termenul legal a deficiențelor în discuție, dacă dorea remedierea corespunzătoare a caietului de sarcini pe care îl critică, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de ordonanță. În speță, contestația SC ... SRL, prin care se solicită expres "remedierea prevederilor caietului de sarcini" a fost formulată la 15 zile de la momentul la care societatea a cunoscut sau trebuia să cunoască lipsurile caietului de sarcini (documentației de atribuire). Din cauza pasivității contestatoarei, actul său a ajuns la sediul Consiliului chiar în ziua limită de depunere a ofertelor, când nu se mai putea dispune nicio măsură de remediere asupra documentației de atribuire (autoritatea a și procedat la deschiderea ofertelor).

Însă, în speță, contestatoarea declară că atacă răspunsul de clarificare postat în SEAP de autoritate la 15.02.2016 (iar nu caietul de sarcini a cărui remediere o cere). Față de acest act contestat, aplicând modalitatea de calcul al termenului de contestare expres reglementată de art. 3 lit. z) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, înseamnă că SC ... SRL a atacat răspunsul de clarificare amintit în termenul legal.

Însă, purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care contestatoarea cere explicații legate de cerințele din caietul de sarcini sau eliminarea ori modificarea lor nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva caietului de sarcini (documentației de atribuire) 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 schimbarea respectivelor cerințe. 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, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație 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 că normele art. 78 alin. (1) și (2) din ordonanță prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată. Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea caietului de sarcini (documentației de atribuire) și, nici atât, obligația autorității contractante de a remedia caietului de sarcini (documentația de atribuire) după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmit. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are nicio obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebările. Opțiunea modificării cerințelor impuse 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 cerințelor de calificare ori altor prevederi ale 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 va privi doar respectarea acestei obligații, iar nu legalitatea cerințelor din documentația de atribuire, pe care operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității clauzelor documentației de atribuire, fiind ținut de excepția tardivității contestării lor, care împiedică o analiză pe fond a acestora, potrivit art. 278 alin. (1) din ordonanță.

SC ... SRL este nemulțumită și se plânge de răspunsul de clarificare nr. 4 [RFQ0079495/008] din 15.02.2016, însă nu solicită Consiliului nimic față de acest răspuns, ci remedierea caietului de sarcini, care îi era cunoscut încă din 03.02.2016. De altminteri, chiar dacă, în speță, Consiliul ar dispune anularea și refacerea răspunsului

de clarificare nr. 4, nu i s-ar putea dispune autorității să schimbe informațiile cuprinse în caietul de sarcini în sensul încadrării semimăștilor antipraf dorite la art. 15 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 115/2004 (EIP de concepție complexă) și a impunerii prezentării unui certificat de examinare EC de tip conform EN 149:2001, deoarece este tardivă orice critică vizând informațiile din documentația de atribuire.

Relativ la răspunsul autorității contractante, potrivit căruia nu este solicitată aducerea de către ofertanți a unor certificate de examinare EC de tip, după cum s-a arătat, prezintă relevanță normele art. 78 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, conform cărora orice *"operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire"*, iar *"autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată [...]"*. Legislația în vigoare nu prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune completarea documentației de atribuire și nici obligația autorității contractante de a completa documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a completa documentația cu obligația prezentării de certificate de examinare EC de tip conform EN 149:2001, după voința SC ... SRL care a formulat întrebările. Opțiunea modificării estimărilor/cerințelor/specificațiilor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației. Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ la solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta, chiar dacă răspunsul nu a fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Pe de altă parte, solicitarea petentei de remediere a documentației de atribuire (caietului de sarcini) nici măcar nu este de clarificare, ci de completare a ei. Adresarea unei corespondențe de solicitare a unor modificări vizând anumite estimări/cerințe/specificații nu atrage obligația autorității contractante de a își reformula estimările/cerințele/specificațiile din documentație și nici decalarea termenului de contestare a acestora (cinci zile de la 03.02.2016).

În același sens este și practica judiciară, relevante fiind spre pildă decizia civilă nr. 6598 din 13 septembrie 2012 a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal; deciziile nr. 1150/CA din 21 octombrie 2009 și nr. 1449/CA din 16 decembrie 2009 pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de

contencios administrativ și fiscal; deciziile civile nr. 1425 din 29 martie 2012 și nr. 1639 din 15 iunie 2009 pronunțate de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal; deciziile civile nr. 70 și 71 din 22 ianuarie 2009, în care Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, a statuat că solicitarea unor clarificări cu depășirea termenului legal de formulare a eventualelor contestații nu poate avea ca efect repunerea în termen ori considerarea ca fiind formulată în termen contestația. Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 171/2012 cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire dispune în aceeași direcție.

Prin răspunsul de clarificare nr. 1 [RFQ0079495/005] din 09.02.2016, necontestat de nimeni, autoritatea a menționat clar că semimăștile antipraf sunt de concepție simplă fără supapă, iar nu de concepție complexă. Declarând EIP ca fiind de concepție simplă, pentru care nu se impune depunerea de certificate de examinare EC de tip conform EN 149:2001, autoritatea a adus precizările cerute societății solicitante, însă aceasta nu a reacționat în sensul contestării lor dacă o nemulțumeau.

Răspunsul de clarificare nr. 4 [RFQ0079495/008] din 15.02.2016 nu operează modificarea sau completarea conținutului documentației de atribuire clarificate încă de la 09.02.2016 cu privire la încadrarea semimăștilor antipraf la art. 15 alin. (1) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 115/2004 (EIP de concepție simplă) și a neimpunerii prezentării unui certificat de examinare EC de tip conform EN 149:2001, pentru a se putea raționa, eventual, că termenul ar începe să curgă de la răspunsul de clarificare. El a fost emis în termenul legal, acoperă întrebarea formulată de SC Danger SRL și este unul clar, deci care respectă prevederile art. 78 din ordonanță.

Faptul că autoritatea a anunțat la 09.02.2016 că semimăștile sunt de concepție simplă, pentru care nu se solicită certificat de examinare EC de tip conform EN 149:2001, nu poate fi reclamat la 18.02.2016, când s-a depus contestația, termenul legal de contestare fiind expirat. Divergența dintre părțile litigante a apărut la data de 09.02.2016, de la care trebuia depusă contestația în termen de cinci zile, iar nu de la data clarificării nr. 4 [RFQ0079495/008] din 15.02.2016.

De altminteri, din parcurgerea contestației se constată că SC Danger SRL nici nu reclamă faptul că autoritatea, prin caietul de sarcini sau prin clarificarea pe care o atacă, i-ar îngreuna în vreun fel dreptul de a participa la licitație. Practic, dacă s-ar da curs solicitării contestatoarei, de introducere a cerinței suplimentare a certificării

de examinare EC de tip, se ajunge la îngrădirea accesului la procedură pentru potențialii ofertanți.

Art. 255 din ordonanță dispune că orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, iar prin *persoană vătămată* se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

Similar, Codul de procedură civilă stabilește, la art. 32 și 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes, care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În speță, prin solicitarea ca autoritatea să suplimenteze condițiile de certificare pentru semimăștile antipraf, reclamanta tinde să își agraveze situația în propria cale de atac, ceea ce este, dincolo de îndoială, lipsit de interes pentru reclamantă (dar și pentru ceilalți operatori economici), împrejurare în care se poate aduce în

discuție lipsa ei de interes. Absența solicitării certificatului de examinare EC de tip conform EN 149:2001 de către autoritate nu îi cauzează reclamantei nicio vătămare, ea putând participa nestingherită la licitație și în absența amintitei cerințe. Omisiunea pe care o invocă nu îi lezează în niciun fel drepturile sau interesele, reclamanta putând participa la licitație și câștiga contractul supus ei și fără să existe condiția pe care o pretinde.

Contestația nu poate servi ca prilej de dezbateri teoretice pe marginea legalității cerințelor impuse de organizatoarea achiziției. Totodată, prin declanșarea demersului jurisdicțional trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese ale contestatoarei, nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici care ar avea acces la cererea de oferte. În decizia sa civilă nr. 2309 din 20 octombrie 2011, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a arătat că art. 255 alin. (2) lit. a) din ordonanță nu instituie posibilitatea introducerii unor acțiuni pentru analize și dezbateri pur teoretice, fără consecințe practice asupra persoanei pretins vătămate, sau susținerea exclusiv a vătămării unui interes public (contencios obiectiv). Decizia civilă nr. 6243 din 26 iulie 2012, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și deciziile nr. 2800/R-CONT din 10 decembrie 2012 și nr. 2076/R-CONT din 7 iunie 2013 ale Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, sunt în aceeași direcție.

Față de cele evocate și în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, Consiliul urmează a decide respingerea ca nefondată a contestației SC ... SRL nr. 93/DG/18.02.2016, în contradictoriu cu SC ... SA.

Redactată în patru exemplare, conține paisprezece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...