

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1600/C1/1737

Data: 01.08.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36447/22.07.2022, formulată de SC SRL cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin și convențional prin SPRL, cu adresa de comunicare a actelor de procedură în, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Furnizare oxigen medicinal”, cod CPV 24111500-0, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la remedierea cuprinsului răspunsului la clarificări, în sensul eliminării din cadrul documentației de atribuire a obligației de punere la dispoziție a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri;
- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire pentru nerespectarea prevederilor legale și a principiilor generale privind atribuirea contractelor de achiziție publică;
- obligarea autorității contractante la suportarea tuturor cheltuielilor de judecată.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În introducerea contestației, SC SRL prezintă un scurt istoric al derulării procedurii.

Contestatorul menționează că a solicitat eliminarea buteliei de oxigen de 8 litri dintre capacitățile solicitate, întrucât butelia de oxigen medicinal comprimat de 8 litri se regăsește exclusiv în autorizația de punere pe piața deținută de SC SRL, ea nefiind inclusă în autorizația celorlalți 3 producători de oxigen medicinal comprimat.

Susține că prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă a ignorat informațiile și dovezile puse la dispoziție de către contestator și a menținut această cerință susținând că butelia de 8 litri este necesară

pentru anumite locații unde butelia de 5 litri este mică, iar cea de 10 litri este mare.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă a ignorat jurisprudența CNSC, prin care a decis obligarea autorităților contractante să elimine această cerință vădit discriminatorie.

Precizează că prin neeliminarea acestei cerințe restrictive din documentație de atribuire, autoritatea aduce vătămări dreptului și interesului legitim al contestatorului de a participa la procedura de atribuire.

O altă critică din cuprinsul contestației se referă la nelegalitatea obligației de punere la dispoziție a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri.

Potrivit contestatorului, la pagina 7 a caietului de sarcini, se menționează că gazele medicale ce urmează a fi achiziționate este oxigenul medicinal și se solicită a fi furnizat în butelii având următoarele capacități:

- 2 litri – 0,4 mc
- 5 litri- 1 mc
- 8 litri -1,6 mc
- 10 litri - 2 mc
- 50 litri - 10 mc.

Contestatorul apreciază că cerința furnizării oxigenului medicinal în butelii de 8 litri este în măsură să afecteze concurența prin restrângerea participării operatorilor economici activi pe piața de gaze medicale din România, cu excepția SC Linde Gas România SRL, care, în acest moment, este singurul operator economic autorizat să îmbutelieze acest produs în butelii de 8 litri.

Menționează că această informație poate fi regăsită pe site-ul Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România (<https://nomenclator.anm.ro/medicamente>), unde sunt înregistrați toți operatorii economici care produc oxigen medicinal comprimat și dețin o autorizație de punere pe piață în acest sens.

Conform contestatorului, capacitatea buteliilor în care operatorii economici pot furniza oxigen medicinal comprimat este menționată în cuprinsul autorizației de punere pe piață a acestui produs.

Precizează că a atașat în anexa 2, anexele autorizațiilor de punere pe piață ale operatorilor economici existenți, respectiv (i) (autorizația nr. 9910/2017/01- 98), (ii) (autorizația nr. 11760/2019/01-26), (iii) Sol SPA (autorizația nr. 6549/2014/01-150) și (iv) Messer România Gaz (autorizația nr. 13721/2021/01).

Susține că din autorizațiile menționate (la pag. 1, pct. 4 din fiecare anexă a autorizațiilor) rezultă că, în acest moment, SC SRL este singurul producător de gaze medicale autorizat să utilizeze butelii de 8 litri pentru furnizarea oxigenului medicinal comprimat.

Contestatorul precizează că toate aceste date au fost puse la dispoziția autorității, care luând cunoștință de aceste informații putea să elimine această prevedere nelegală, în opinia contestatorului, și ar fi putut evita astfel formularea unei contestații a documentației de atribuire.

SC SRL subliniază faptul că furnizarea oxigenului medicinal în butelii de 8 litri nu este obligatorie și nici măcar necesară autorității, întrucât acest produs este furnizat în general pe piața gazelor medicale în butelii de 2, 5 și 10 litri - acestea reprezentând capacitățile standard utilizate pentru îmbuteliere. Susține că aceste capacități se utilizează în diverse situații, precum situațiile în care este necesară deplasarea pacienților dependenți de oxigen medicinal în incinta spitalului, iar buteliile de oxigen medicinal trebuie să aibă dimensiuni care să permită astfel de deplasări, pentru ca buteliile să fie deplasate împreună cu pacienții, pentru aprovizionarea unităților de primiri urgențe și pentru a fi transportate în ambulanțe.

Precizează că în vederea asigurării utilizării oxigenului medicinal pentru situațiile descrise, fiecare operator economic și-a autorizat producția de oxigen medicinal în butelii de diferite dimensiuni și capacități, care nu diferă în mod determinant de la un operator economic la altul, astfel că acestea pot fi utilizate pentru aceleași necesități.

Potrivit contestatorului, buteliile cu o capacitate de 10 litri, precum cele furnizate și de către el..... SRL sau, pot fi ușor diferite ca dimensiune, însă pot fi utilizate pentru exact aceleași scopuri ca buteliile având capacitatea de 8 litri și furnizate exclusiv de SC SRL, autoritatea contractantă nu poate motiva decizia aprovizionării cu butelii de o capacitate neuzuală, deoarece nu există situații/dispozitive care să necesite integrarea unei butelii de 8 litri, dar care să nu suporte capacitatea standard de 10 litri.

În opinia contestatorului, în eventualitatea improbabilă în care există astfel de spații/situații dispozitive care suportă o anumită dimensiune a buteliei de oxigen medicinal comprimat, autoritatea trebuia să specifice dimensiunile exacte în cadrul caietului de sarcini, iar nu capacitatea buteliei (de exemplu diametru, înălțime etc.), deoarece chiar la capacități identice, dimensiunile buteliilor pot fi diferite.

Susține că prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă, nu a putut furniza nici măcar un singur argument viabil cu privire la necesitatea capacității de 8 litri. Potrivit contestatorului, faptul că butelia de 5 litri este prea mică, iar cea de 10 litri prea mare, nu reprezintă un argument tehnic, apreciind acest răspuns ca fiind vag și ambiguu.

Menționează că operatorii economici interesați de participarea la procedurile de atribuire organizate de autoritățile contractante trebuie să ia măsuri în sensul furnizării produselor necesare conform specificațiilor tehnice solicitate de acestea din urmă, deoarece se prezumă faptul că aceste specificații sunt necesare în vederea satisfacerii interesului autorității contractante.

Contestatorul susține că autoritatea trebuie să informeze operatorii economici cu privire la necesitatea efectivă a buteliilor de oxigen medicinal comprimat în butelii de 8 litri pentru ca aceștia să înțeleagă cerința pieței și să analizeze oportunitatea economică generată de o cerere pe piața relevantă în acest sens, astfel încât să înțeleagă motivele pentru care trebuie să se autorizeze în acest sens. Or, în opinia contestatorului autoritatea, chiar dacă a inserat această specificație tehnică în cuprinsul mai multor proceduri de atribuire, nu a justificat necesitatea acesteia, iar operatorii economici nu au putut înțelege finalitatea produsului pentru care autoritatea îi obligă să se autorizeze.

Menționează că această incertitudine constantă privind modalitatea de utilizare, cantitățile necesare, funcțiile necesare etc. nu creează premisele unei obligații a operatorilor economici de a se autoriza și a produce bunurile solicitate în necunoaștință de cauză.

Susține că eventuale specificații tehnice care pot reprezenta obstacole față de asigurarea unei concurențe precum aceasta trebuie să fie, pe de-o parte, justificate, să rezulte în mod necesar din modalitatea în care produsele urmează a fi furnizate și utilizate, decizia de inserare a specificațiilor tehnice necesare fiind motivată de situațiile de fapt concrete în care urmează a se utiliza acel produs.

Potrivit contestatorului, specificațiile tehnice au o natură obiectivă și servesc la aprovizionarea cu produse corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante, fapt ce nu se probează în speță.

Menționează că această specificație tehnică este una neuzuală, nefiind capacitatea standard utilizată pe piață pentru furnizarea de oxigen medical comprimat, ci o capacitate utilizată și autorizată de un singur producător de gaze medicale.

Contestatorul invocă jurisprudența CNSC și precizează că s-a dispus recent eliminarea cerinței privind furnizarea oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri prin 2 decizii CNSC, împotriva unor proceduri de atribuire având ca obiect furnizarea de gaze medicale, inclusiv cerința furnizării oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri (anexa nr. 3 și 4), atașând parte din această cerință.

Menționează că această obligație de furnizare a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri a apărut inițial în documentațiile

de atribuire ale procedurilor organizate de alte autorități contractante, precum Spitalul Clinic de Urgență Bagdasar-Arseni sau Spitalul Clinic Județean de Urgență Cluj-Napoca.

Conform contestatorului, în urma clarificărilor aduse, aceste cerințe au fost fie eliminate, fie solicitate ca opționale, fapt ce întărește argumentul cum că nu există o necesitate reală pentru această capacitate.

Precizează că acele documentații de atribuire nu au mai fost contestate, ca urmare a remedierilor decise de autoritățile contractante, odată ce au luat cunoștință că această cerință este restrictivă.

Contestatorul apreciază că motivul de nelegalitate a căruia remediere o solicită, încalcă principiile de nediscriminare și de egalitate de tratament invocând în susținere articolul 18 al Directivei 2014/24/UE, art. 49 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, art. 18 și art. 34 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene și jurisprudența CJUE.

Contestatorul apreciază că este în situația unei restrângeri artificiale a concurenței în sensul prev. art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, deoarece există pe piață și este autorizat să furnizeze oxigen medicinal în butelii având această capacitate neuzuală de 8 litri un singur operator economic.

În concluzie, solicită admiterea contestației, obligarea autorității la remedierea răspunsului la clarificări, în sensul eliminării din cadrul documentației de atribuire a obligației de punere la dispoziție a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri și în eventualitatea respingerii solicitării de remediere, anularea procedurii de atribuire.

În susținerea sa, SC SRL anexează contestației următoarele documente:

- Anexa nr. 1 - anunț de participare, caietul de sarcini, fișa de date;
- Anexa nr. 2 - solicitarea de clarificări formulată de SC și răspunsul la solicitarea de clarificări;
- Anexa nr. 3 - anexele autorizațiilor de punere pe piață ale operatorilor economici existenți, respectiv (i) (autorizația nr. 9910/2017/01-98), (ii) (autorizația nr. 11760/2019/01-26), (iii) Sol SPA (autorizația nr. 6549/2014/01-150) și (iv) Messer România Gaz (autorizația nr. 13721/2021/01);
- Anexa nr. 4 - Decizia nr. 964/C6/891 din 09.05.2022;
- Anexa nr. 5 - Decizia nr. 998/C4/913 din 13.05.2022;
- Anexa nr. 6 - Decizia nr. 884/C8/750 din 29.04.2022;
- Anexa nr. 7 - dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă;
- Anexa nr. 8 - împuternicire avocațială.

Prin adresa nr. 10505/25.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 36762/26.07.2021, autoritatea contractantă transmite punctul său de

vedere cu privire la contestația formulată de SC SRL, solicitând respingerea acesteia.

..... precizează că în data de 11.07.2022 a răspuns în termen solicitării de calificări, venite din partea contestatorului, prin adresa nr. 9688/11.07.2022 și publicată în SEAP.

Potrivit autorității, contestatarul a luat la cunoștința toate răspunsurile de clarificări aferente documentației de atribuire cu anunțul de participare nr. CN 1044233/26.06.2022 în data de 11.07.2022 și a ales să o conteste în data de 22.07.2022.

Autoritatea apreciază acest aspect ca o intenție din partea contestatorului de a bloca procedura, ținând cont de intervalul mare de timp în care a depus contestația (11 zile de la data luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal).

Solicită respingerea contestației depusă de SC SRL, ca tardiv introdusă, invocând în susținere prevederile Legii nr. 101/2016, art. 8, alin. (1), lit. (a).

Invocă în drept prevederile Legii nr. 98/2016; ale HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 37222/27.07.2022, autoritatea contractantă atașează dovada transmiterii punctului de vedere către contestator.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 36548/25.07.2021, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208244640/1, tranzacția: 1231212187/2060874675 din data de 21.07.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, în valoare de 26.257,20 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Furnizare oxigen medicinal”, cod CPV 24111500-0, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare CN1044233/26.06.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 7.877.160,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „Prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității contestației SC SRL, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

În opinia autorității contractante, contestația aparținând SC SRL ar fi tardiv formulată deoarece ar fi fost înregistrată atât la CNSC cât

și la autoritatea contractantă după expirarea termenului prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În analiza excepției, Consiliul reține că, prin contestația depusă, SC SRL critică o cerință din caietul de sarcini cu privire la documentația de atribuire, susținând că: „(...) a solicitat eliminarea dintre capacitățile solicitate, butelia de oxigen de 8 litri întrucât butelia de oxigen medicinal comprimat de 8 litri se regăsește exclusiv în autorizația de punere pe piață deținută de SRL, ea nefiind inclusă în autorizația celorlalți 3 producători de oxigen medicinal comprimat. Prin răspunsul la clarificări autoritatea contractantă a ignorat informațiile și dovezile puse la dispoziție de subscrisa și a menținut această cerință susținând că butelia de 8 litri este necesară pentru anumite locații unde butelia de 5 litri este mică iar cea de 10 litri este mare.(...) Prin neeliminarea acestei cerințe restrictive din documentație de atribuire, autoritatea contractantă aduce vătămări dreptului și interesului legitim al subscrisei de a participa la procedura de atribuire”.

Având în vedere că obiectul procedurii în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei constă în furnizarea unor produse iar valoarea estimată, de 7.877.160,00 lei conform precizărilor de la secțiunea II.1.5 „*valoarea totală estimată*” din anunțul de participare este superioară pragului prevăzut la art. 7 din Legea nr. 99/2016 pentru acest tip de achiziție, Consiliul reține incidența în speță a prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora *„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: (...) a) **10 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 egală sau mai mare 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”*.

Valoarea estimată fiind de 7.877.160,00 lei, deci peste pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 este de cel mult 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Având a stabili cert data la care a luat cunoștință SC SRL despre actul contestat al autorității contractante, Consiliul va reține că, prin contestația depusă acesta solicită eliminarea specificației tehnice cu privire la butelia de 8 litri, din cuprinsul caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, potrivit căroră „În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”, Consiliul reține că SC SRL a luat cunoștință de faptul că autoritatea contractantă solicită butelii de oxigen cu capacitatea de 9 litri în data de 26.06.2022, din caietul de sarcini publicat în SEAP în anexa anunțului de participare nr. CN1044233/26.06.2022.

În data 06.07.2022 contestatorul depune o solicitare de clarificări având următorul conținut:

- clarificarea nr. 3: *„Furnizorul este obligat să pună la dispoziția autorității contractante un număr suficient de butelii pentru oxigen medicinal, dovedind prin documente corespunzătoare existența în stoc a acestora capacitatea buteliilor de oxigen trebuie să fie de 2 litri, 5 litri, 8 litri, 10 litri cu regulator integrat”.*

(...)

„Eliminarea acestei cerințe, ar permite și altor operatori economici să depună oferta pentru această procedură. Procedura nefiind împărțită pe loturi, prin menținerea acestei cerințe se restricționează accesul la procedură și pentru oxigenul medicinal lichefiat și oxigen medicinal comprimat”.

Autoritatea contractantă a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 9688/11.07.2022 precizând următoarele: *„Se menține cerința din caietul de sarcini. Acest tip de butelie de capacitate 8 litri, este necesară pentru anumite locații unde butelia de 5 litri este mică și cea de 10 litri mare”.*

Ca urmare a tuturor acestui răspuns la solicitarea de clarificări, SC SRL a investit Consiliul prin contestația înregistrată la acesta cu nr. 36447/22.07.2022, prin care solicită obligarea autorității la eliminarea din cadrul documentației de atribuire a obligației de punere la dispoziție a oxigenului medicinal comprimat în butelii de 8 litri.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele din cadrul caietului de sarcini în data de 26.06.2022, (data publicării acestuia în anexa anunțului de participare nr. CN1044232/26.06.2022) iar în data 21.07.2022 a formulat contestație, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a

Contestațiilor sub nr. 36447/22.07.2022, prin care critică cerința privind capacitatea de 8 litri a buteliei de oxigen prevăzută în caietul de sarcini.

Ținând cont de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 5 din același act normativ, rezultă așadar, că data de **26.06.2022** reprezintă data la care se va raporta termenul legal de **10 zile** de contestare a cerinței privind capacitatea de 8 litri a buteliei de oxigen, termen care s-a încheiat la data **06.07.2022** și era depășit la data transmiterii contestației, respectiv la data de **21.07.2022**.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerinței privind capacitatea de 8 litri a buteliei de oxigen este 26.06.2022, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 21.07.2022, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerinței cuprinse în caietul de sarcini postat în SEAP la 26.06.2021 de autoritate, pe calea contestației formulată la 21.07.2022 înregistrată la CNSC în 22.07.2022.

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (solicitarea de clarificări și răspunsul autorității din 11.07.2022), prin care SC SRL a cerut autorității contractante să elimine cerința privind capacitatea de 8 litri a buteliei de oxigen, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva acestor informații din documentația de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o solicitare de clarificări făcută în temeiul prevederilor art. 160 din Legea nr. 98/2016 întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept principiul *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări cerute de acesta, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că formularea solicitărilor de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel solicitarea unor clarificări cu privire la conținutul documentației de atribuire nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

Potrivit art. 160 din Legea nr. 98/2016 *„operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări”* astfel această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat contestația în termen la documentația de atribuire sau la clarificările deja formulate, și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, Consiliul reține că, prin clarificarea din **11.07.2022**, autoritatea contractantă menține

cerința din caietul de sarcini, fără să aducă nicio modificare documentației de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 160 din Legea nr. 98/2016, prin cererea de clarificare formulată cu privire la aspecte deja prevăzute din documentație de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințe din caietul de sarcini sau cu privire la anunțul de participare.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice nouă solicitare de clarificare duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea specificația tehnică cu privire la capacitatea de 8 litri a buteliei de oxigen din caietul de sarcini încă de la data publicării anunțului de participare din 26.06.2022 și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerința în discuție dacă dorea înlăturarea ei. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii dacă, sub acoperirea unei clarificări formulate ea însăși la distanță de 10 zile de la cunoașterea cerințelor din caietul de sarcini și sub pretextul reiterării criticii cu privire la capacitatea de 8 litri a buteliei de oxigen, operatorul economic ar putea să conteste ulterior cerința din caietul de sarcini parte a documentației de atribuire, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propriile solicitări de clarificare.

Așadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din caietul de sarcini prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36447/22.07.2022.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care contestatorul declară că atacă doar răspunsul autorității contractante din 11.07.2022, față de care contestația nu este tardivă, Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a cerințelor din documentația de atribuire din care face parte caietul de sarcini, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză prezintă relevanță normele art. 160 din Legea nr. 98/2016, conform cărora orice „*orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire*”, iar „*autoritatea contractantă (...) va răspunde, în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare*”.

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica 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 modifica caietul de sarcini după voința operatorului economic care a formulat o solicitare de clarificări. Opțiunea modificării cerințelor 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 din caietul de sarcini. Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta prin răspunsul din 11.07.2022, chiar dacă acesta nu a fost în direcția așteptată de contestator.

Astfel, prin răspunsul publicat în SEAP la 11.07.2022, autoritatea a explicat la punctul 3 că: *„Se menține cerința din caietul de sarcini. Acest tip de butelie de capacitate 8 litri, este necesară pentru anumite locații unde butelia de 5 litri este mică și cea de 10 litri mare”*.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivei cerințe din caietul de sarcini, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 26 alin. (1) Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, să admită excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă, iar pe cale de consecință să respingă, ca tardivă contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge ca tardivă contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practica deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 11 (unsprezece) pagini