

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....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.... (transmisă prin e-mail, la data de...), formulată de... cu sediul în....., nr....., având CUI: RO... și număr de înregistrare la..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în..... nr.... et....., împotriva documentației de atribuire, precum și a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr...., elaborate de către entitatea contractantă..., cu sediul în....., nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „....” cod..., s-a solicitat:

1. În principal, obligarea autorității contractante, la remedierea documentației de atribuire aferente Lotului 2 - Mobilier medical și Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr...., după cum urmează:

a. remedierea obiectului Lotului 2, prin eliminarea ori separarea reperelor care nu se subsumează în mod riguros noțiunii de „....”, în special a vitrinei frigorifice FT_F7, ori, în subsidiar, prin redefinirea corespunzătoare a obiectului lotului, a codului/codurilor CPV aplicabile, a cerinței privind experiența similară și a criteriilor/factorilor de evaluare; obligarea autorității contractante la eliminarea din cadrul Lotului 2 a vitrinei frigorifice FT_F7 sau, în subsidiar, la constituirea unui lot distinct pentru acest produs, cu stabilirea corespunzătoare a obiectului, codului CPV, cerințelor de calificare, experienței similare și factorilor de evaluare;

b. reformularea specificațiilor tehnice aferente vitrinei frigorifice FT_F7, în sensul eliminării detaliilor tehnice excesiv de determinate care identifică un produs/producător unic și al trecerii la cerințe funcționale și de performanță formulate deschis concurenței efective;

c. reformularea specificațiilor tehnice restrictive din cadrul fișelor tehnice aferente Lotului 2, inclusiv FT_B1, FT_B2, FT_B3, FT_B4, FT_B5, FT_B6, FT_B7, FT_B8, FT_B9, FT_B10, FT_B11, FT_B12, FT_B13, FT_B14, FT_F1, FT_F2, FT_F3, FT_F4, FT_F5, FT_F6, FT_F7 și FT_F8, în sensul eliminării cerințelor care impun materiale, tehnologii de fabricație, configurații constructive, dimensiuni, accesorii, sisteme de glisare/închidere, tipuri de roți, modalități de montaj sau parametri tehnici care nu sunt justificați funcțional și care restrâng participarea operatorilor economici;

d. reformularea cerințelor care utilizează sintagme neclare, precum „echivalent”, „similar sau superior”, „materiale de calitate”, „aceeași funcționalitate”, „aceeași siguranță” ori „aceeași durabilitate”, prin indicarea unor criterii obiective, transparente și verificabile de evaluare a conformității ofertelor;

e. eliminarea cerințelor nejustificate privind materialele admise/excluse, în măsura în care acestea nu sunt corelate cu performanțe minime obiective, verificabile și proporționale cu destinația produselor;

f. corelarea codurilor CPV din Anunțul de participare, Fișa de date și Caietul de sarcini, astfel încât obiectul real al Lotului 2 să fie descris complet, corect și precis, inclusiv prin remedierea neconcordanței privind lipsa codului... din Caietul de sarcini și apariția codului... exclusiv în Caietul de sarcini;

g. publicarea în SEAP a unei erate formale prin care să fie integrate toate modificările aduse documentației de atribuire prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr....;

h. prelungirea..., după publicarea eratei și a documentației remediate, cu acordarea unui termen suficient pentru analizarea modificărilor și pregătirea ofertelor;

i. anularea factorului de evaluare nr.... - „Etichetarea ecologică a produselor”, iar în subsidiar reformularea acestuia exclusiv pentru produsele pentru care acest factor are legătură reală cu obiectul contractului și cu stabilirea unei metodologii clare, obiective și verificabile de punctare la nivelul Lotului 2;

j. anularea factorului de evaluare nr.... - „Ambalaj din material reciclat”, ca factor contradictoriu și netransparent, iar în subsidiar reformularea acestuia într-o manieră coerentă, prin corelarea titlului, verificării și algoritmului de calcul;

k. anularea factorului de evaluare nr.... - „Lanțul de aprovizionare”, iar, în subsidiar, reformularea acestuia într-o manieră care să demonstreze legătura reală cu obiectul contractului și să stabilească reguli clare de agregare, punctare și verificare la nivelul Lotului 2;

2. În subsidiar, în măsura în care, remedierea documentației de atribuire nu mai este posibilă fără afectarea substanțială a arhitecturii procedurii, anularea în parte a Anunțului de participare nr...., a Caietului de sarcini, a Fișei de date, a Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr.... și a procedurii de atribuire în privința Lotului 2 - Mobilier medical, cu obligarea autorității contractante la reluarea procedurii cu respectarea exigențelor legale privind obiectul lotului, lotizarea, codurile CPV, specificațiile tehnice, experiența similară și factorii de evaluare;

3. Obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016, conform înscrisurilor justificative depuse în acest sens.

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

Preliminar, contestatorul subliniază faptul că Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr.... a fost publicat în SEAP de către autoritatea contractantă la data de... ora 10:..., prezenta contestație fiind introdusă la data de....

Contestatorul precizează că prin Răspunsul consolidat la clarificări (nr....), autoritatea contractantă a respins solicitarea de eliminare a vitrinei din lot și a afirmat că „se acceptă produse echivalente care îndeplinesc cerințele tehnice și de performanță prevăzute”, această declarație verbală, nefiind însă însoțită de nicio modificare formală a caietului de sarcini prin erată publicată în SEAP și nu elimină caracterul restrictiv al specificațiilor, care rămân în forma originală.

Consideră că prin includerea vitrinei frigorifice în lotul de mobilier rezultă o configurare nelegală a Lotului 2 prin agregarea unor produse neomogene, cu consecința restrângerii concurenței.

Raportat la răspunsul consolidat la clarificări, contestatorul apreciază că sunt încălcate prevederile art. 141 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 privind împărțirea pe loturi și art. 2 alin. (2) - principiile nediscriminării și proporționalității.

În opinia contestatorului, gruparea unor produse cu naturi tehnice și coduri CPV fundamental diferite în același lot produce următoarele efecte:

- avantajează ofertanții care sunt simultan distribuitori de mobilier medical și de echipamente frigorifice medicale, și dezavantajează producătorii specializați exclusiv în mobilier;

- impune producătorilor de mobilier necesitatea de a achiziționa și revinde echipamente frigorifice pentru care nu au experiență sau autorizări specifice, afectând calitatea serviciilor post-vânzare și totodată, prin aplicarea factorului „Lanțului de aprovizionare” acordă un punctaj mai mic ofertanților care achiziționează de la intermediar și nu de la producător, produsul respectiv. Astfel, se creează condiții dezavantajoase pentru ofertanții care nu au acces direct la producător (exclusivitate) sau care sunt nevoiți să achiziționeze de la intermediari produsul.

- acest aspect contravine principiului divizării pe loturi conform naturii produselor, prevăzut implicit în art. 141 din Legea nr. 98/2016.

În egală măsură, arată că dispozițiile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 au fost încălcate deoarece mobilierul medical nu reprezintă „produs similar” în sensul acestei norme, fiind un echipament medical și nu un mobilier medical.

Consideră de asemenea că prin această modalitate de lotizare are loc încălcarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal, proporționalității și transparenței prin configurarea loturilor într-o manieră artificială, excesiv de largă și neadaptată specializărilor reale ale pieței, cu efectul restrângerii concurenței.

În susținere, contestatorul invocă jurisprudența CNSC.

În continuare, contestatorul precizează că răspunsul la clarificări a fost publicat cu depășirea termenului legal, iar extinderea termenului de

depunere a ofertelor a fost utilizată ca mecanism de acoperire a acestei întârzieri; astfel, arată că aplicând regula stabilită prin Anunțul de participare și prin art. 160 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă era obligată să publice răspunsul la clarificările Lotului 2 cel mai târziu la data de... (a 11-a zi înainte de termenul limită inițial de...). Răspunsul consolidat a fost publicat pe..., cu o întârziere de 4 zile calendaristice față de termenul legal. Această întârziere nu a fost însoțită de nicio explicație sau justificare publicată în SEAP și nu a fost comunicată operatorilor economici ca atare.

Contestatorul subliniază totodată, faptul că, clarificările din... modifică substanțial specificațiile tehnice fără publicarea unei erate formale. În susținere, redă punctual, modificările efectuate de autoritatea contractantă.

Apreciază că astfel sunt încălcate dispozițiile art. 161 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, art. 55 din HG nr. 395/2016 și principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la nelegalitatea factorilor de evaluare 3, 4 și 5, prin lipsa legăturii reale cu obiectul lotului, lipsa caracterului verificabil și caracterul discriminator, contestatorul precizează următoarele:

- Factorul „Ambalaj din material reciclat” este contradictoriu și netransparent, impunându-se anularea integrală a factorului nr....u reformularea lui în sensul unei metodologii coerente și verificabile;
- Factorul „Lanțul de aprovizionare” favorizează nejustificat anumite modele comerciale și nu este operaționalizat pentru lotul contestat;
- Factorul „Etichetarea ecologică a produselor” este nelegal configurat raportat la structura reală a Lotului 2; factorul de evaluare nr.... trebuie anulat sau, cel puțin, reformulat în mod riguros, prin limitarea lui la produsele care intră efectiv în sfera „mobilierului” și prin instituirea unei reguli clare, obiective și verificabile de punctare la nivel de lot;
- Specificații tehnice restrictive, sistemice, redactate în limbaj de catalog și orientate către un ecosistem tehnic determinat, urmate de răspuns la solicitările de clarificări prin care se indică vag acceptarea de echivalent, fără însă a se oferi un reper; în privința mențiunii „sau echivalent” apreciază că aceasta este formală în cazul de față și nu înlătură restrângerea concurenței atunci când ansamblul cerințelor rămâne ultra determinat;
- Inconsecvențe între codurile CPV din anunțul de participare și caietul de sarcini, cu consecința afectării publicității procedurii și a principiului transparenței; se constată existența unor discrepante semnificative și cumulative între codurile CPV utilizate în anunțul de participare și cele menționate în caietul de sarcini, sens în care, le redă în cuprinsul contestației;
- Efectul cumulativ anticoncurențial al documentației - precizează că fragmentarea artificială a acelorași familii de produse, coroborată cu interdicția ofertelor parțiale, restrânge concurența în favoarea unui operator care deține întregul ecosistem tehnic.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[CN1... /.....] LOT 2_Contestatie....pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, pe suport memory stick, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, pentru următoarele considerente:

- criticile formulate vizează cerințe, specificații tehnice, coduri CPV, modul de lotizare, cerințe de calificare și factori de evaluare care au fost cunoscute încă de la momentul publicării documentației de

atribuire în SEAP, respectiv de la data publicării anunțului de participare nr....;

- Potrivit art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul de formulare a contestației este de 10 zile, calculat începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul procedurilor a căror valoare estimată este egală sau mai mare decât pragurile valorice pentru care este obligatorie publicarea în JOUE.
- în prezenta cauză, actul pretins nelegal, în ceea ce privește majoritatea criticilor formulate, îl reprezintă documentația de atribuire publicată în SEAP la data de..., iar nu Răspunsul consolidat nr..... Contestația a fost depusă prin e-mail la data de..., ora 12:..., deci cu depășirea termenului legal raportat la data publicării documentației inițiale.
- simpla împrejurare că autoritatea contractantă a publicat ulterior un răspuns consolidat la solicitările de clarificări nu poate avea ca efect repunerea contestatoarei în termen pentru a critica cerințe care existau deja în documentația de atribuire și care puteau fi contestate în termenul legal calculat de la data publicării acesteia;
- în cauza de față, criticile privind includerea vitrinei frigorifice FT_F7 în Lotul 2, pretinsa necesitate a separării acesteia într-un lot distinct, pretinsa necorelare a codurilor CPV, caracterul presupus restrictiv al specificațiilor tehnice, precum și criticile referitoare la factorii de evaluare nr...., nr.... și nr.... vizează elemente cunoscute încă de la publicarea documentației de atribuire, nefiind introduse pentru prima dată prin Răspunsul consolidat nr.....
- răspunsul consolidat nu a modificat arhitectura procedurii, nu a introdus cerințe noi și nu a schimbat conținutul documentației de atribuire în sensul reclamat de contestatoare, ci a avut caracter explicativ/confirmativ față de cerințele deja publicate.
- prin urmare, data de la care începe să curgă termenul de contestare nu poate fi raportată la data publicării Răspunsului consolidat, ci la data publicării documentației de atribuire aferente procedurii, respectiv...

Pe fondul cauzei, apreciază ca fiind neîntemeiate criticile contestatorului.

Cu privire la solicitarea de separare a produsului „vitrină frigorifică” într-un lot distinct, s-a apreciat că se impune menținerea acesteia în componența lotului, întrucât vitrina frigorifică reprezintă un element funcțional necesar dotării complete a spațiului medical vizat și contribuie la asigurarea condițiilor de depozitare specifice materialelor, medicamentelor sau produselor utilizate în activitatea medicală.

În aceste condiții, includerea vitrinei frigorifice în Lotul 2 nu reprezintă o opțiune arbitrară a autorității contractante și nici o măsură de natură a restrânge concurența, ci reflectă necesitatea funcțională comunicată de beneficiarul final, în raport cu destinația spațiului medical și cu modul concret de utilizare a dotărilor.

De asemenea, în ceea ce privește specificațiile tehnice, beneficiarul final a precizat că acestea se mențin, fiind stabilite prin raportare la nevoile concrete ale unității medicale și la funcționalitatea produselor ce urmează a fi furnizate.

Autoritatea contractantă subliniază că specificațiile tehnice și factorii de evaluare au fost stabiliți prin raportare la necesitățile beneficiarului final, la funcționalitatea spațiilor medicale, la siguranța utilizării produselor și la obiectivul achiziției, respectiv dotarea corespunzătoare a corpului de clădire destinat secțiilor de boli infecțioase și pneumologie.

În ceea ce privește factorii de evaluare nr...., nr.... și nr...., aceștia au fost stabiliți în cadrul documentației de atribuire cu respectarea cadrului legal aplicabil și prin raportare la obiectivele urmărite prin achiziție, inclusiv cele referitoare la calitatea produselor, sustenabilitate și trasabilitatea lanțului de aprovizionare.

Conținutul integral al punctului de vedere poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[.... /...] Punct de vedere....pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

În replică la punctul de vedere, contestatorul transmite adresa înregistrată la CNSC sub nr...., solicitând respingerea excepției tardivității contestației, subliniind faptul că prin contestație se critică răspunsul consolidat la răspunsul la clarificări.

Totodată, în susținerea capătului de cerere privind acordarea cheltuielilor ocazionate cu prezentul demers, contestatorul depune Factura nr. HL891 din..., în cuantum de....

Conținutul integral al răspunsului contestatorului, poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[.... /....]... la punctul de vedere al....pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr..... transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., în cuantum de..., eliberată de... - Sucursala....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... indică, drept act vătămător, răspunsul consolidat la clarificări LOT 2 nr.... și documentația de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției tardivității contestației.

Rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că, potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care, trebuie

să analizeze, înainte de toate, excepțiile - de procedură și de fond - care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

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

Excepțiile absolute (privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu, din oficiu, în orice moment al soluționării contestației.

Având în vedere că obiectul procedurii în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei constă în: „...”.

Valoarea estimată fiind de..., deci, peste pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. c) 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... despre actul contestat al autorității contractante, Consiliul va reține că, prin contestația depusă, acesta solicită:

„1. În principal, obligarea autorității contractante, la remedierea documentației de atribuire aferente Lotului 2 - Mobilier medical și Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr...., după cum urmează:

a. remedierea obiectului Lotului 2, prin eliminarea ori separarea reperelor care nu se subsumează în mod riguros noțiunii de „...”, în special a vitrinei frigorifice FT_F7, ori, în subsidiar, prin redefinirea corespunzătoare a obiectului lotului, a codului/codurilor CPV aplicabile, a cerinței privind experiența similară și a criteriilor/factorilor de evaluare; obligarea autorității contractante la eliminarea din cadrul Lotului 2 a vitrinei frigorifice FT_F7 sau, în subsidiar, la constituirea unui lot distinct pentru acest produs, cu stabilirea corespunzătoare a obiectului, codului CPV, cerințelor de calificare, experienței similare și factorilor de evaluare;

b. reformularea specificațiilor tehnice aferente vitrinei frigorifice FT_F7, în sensul eliminării detaliilor tehnice excesiv de determinate care identifică un produs/producător unic și al trecerii la cerințe funcționale și de performanță formulate deschis concurenței efective;

c. reformularea specificațiilor tehnice restrictive din cadrul fișelor tehnice aferente Lotului 2, inclusiv FT_B1, FT_B2, FT_B3, FT_B4, FT_B5, FT_B6, FT_B7, FT_B8, FT_B9, FT_B10, FT_B11, FT_B12, FT_B13, FT_B14, FT_F1, FT_F2, FT_F3, FT_F4, FT_F5, FT_F6, FT_F7 și FT_F8, în sensul eliminării cerințelor care impun materiale, tehnologii de fabricație, configurații constructive, dimensiuni, accesorii, sisteme de glisare/închidere, tipuri de roți, modalități de montaj sau parametri tehnici care nu sunt justificați funcțional și care restrâng participarea operatorilor economici;

d. reformularea cerințelor care utilizează sintagme neclare, precum „echivalent”, „similar sau superior”, „materiale de calitate”, „aceeași funcționalitate”, „aceeași siguranță” ori „aceeași durabilitate”, prin indicarea unor criterii obiective, transparente și verificabile de evaluare a conformității ofertelor;

e. eliminarea cerințelor nejustificate privind materialele admise/excluse, în măsura în care acestea nu sunt corelate cu performanțe minime obiective, verificabile și proporționale cu destinația produselor;

f. corelarea codurilor CPV din Anunțul de participare, Fișa de date și Caietul de sarcini, astfel încât obiectul real al Lotului 2 să fie descris complet, corect și precis, inclusiv prin remedierea neconcordanței privind lipsa codului... din Caietul de sarcini și apariția codului... exclusiv în Caietul de sarcini;

g. publicarea în SEAP a unei erate formale prin care să fie integrate toate modificările aduse documentației de atribuire prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr....;

h. prelungirea..., după publicarea eratei și a documentației remediate, cu acordarea unui termen suficient pentru analizarea modificărilor și pregătirea ofertelor;

i. anularea factorului de evaluare nr.... - „Etichetarea ecologică a produselor”, iar în subsidiar reformularea acestuia exclusiv pentru produsele pentru care acest factor are legătură reală cu obiectul contractului și cu stabilirea unei metodologii clare, obiective și verificabile de punctare la nivelul Lotului 2;

j. anularea factorului de evaluare nr.... - „Ambalaj din material reciclat”, ca factor contradictoriu și netransparent, iar în subsidiar reformularea acestuia într-o manieră coerentă, prin corelarea titlului, verificării și algoritmului de calcul;

k. anularea factorului de evaluare nr.... - „Lanțul de aprovizionare”, iar în subsidiar reformularea acestuia într-o manieră care să demonstreze legătura reală cu obiectul contractului și să stabilească reguli clare de agregare, punctare și verificare la nivelul Lotului 2;

2. În subsidiar, în măsura în care remedierea documentației de atribuire nu mai este posibilă fără afectarea substanțială a arhitecturii procedurii, anularea în parte a Anunțului de participare nr...., a Caietului de sarcini, a Fișei de date, a Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări Lot 2 nr.... și a procedurii de atribuire în privința Lotului 2 - Mobilier medical, cu obligarea autorității contractante la reluarea procedurii cu respectarea exigențelor legale privind obiectul lotului, lotizarea, codurile CPV, specificațiile tehnice, experiența similară și factorii de evaluare (...).

În acest context, sunt relevante prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează, după cum urmează: „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**”, sens în care, se constată că societatea... a luat cunoștință de prevederile documentației de atribuire criticate, în data..., când aceasta a fost **publicată** în SEAP.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre documentația de atribuire, în data de... (**data publicării** anunțului de participare nr....), iar, în data..., a formulat contestația **înregistrată** la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., prin care susține faptul că, prin răspunsul consolidat la clarificări, autoritatea contractantă a modificat anumite specificații tehnice, solicitând, însă, în fapt, modificarea documentației de atribuire inițială.

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... (**data** publicării anunțului de participare) reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 10 zile de contestare a documentației de atribuire, publicată în SEAP, în anexa anunțului de participare, termen care s-a încheiat **la data** de... (luni, **prima zi** lucrătoare după ziua liberă de...) și era depășit la data **transmiterii contestației**, respectiv la data de..., ora 12: 42.

Correspondența purtată de autoritatea contractantă (răspunsul consolidat la clarificări din data de...), nu are..., **prelungirea perioadei**

legale de formulare a contestației împotriva documentației 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 *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația deoarece legiuitorul nu dispune, în mod expres, că formularea solicitărilor de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerupe 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”* însă această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat în termen contestația la documentația de atribuire și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsul la solicitările de clarificări, Consiliul reține că, autoritatea contractantă nu a modificat cerințele din documentația de atribuire, menținând documentația de atribuire în forma în care a fost publicată.

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 în caietul de sarcini, fișa de date sau alte înscrisuri parte a documentației de atribuire, nu se poate argumenta sau *„masca”* o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la cerințe din documentația de atribuire. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că, orice nouă solicitare de clarificare duce la prelungirea..., s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care, prin contestație, contestatorul atacă răspunsul autorității contractante din data de..., Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a cerințelor din documentația de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză, prezintă relevanță normele art. 160 din Legea nr. 98/2016, conform cărora: *„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 documentația de atribuire 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 anunțul de participare.

Pe de altă parte, se poate lesne observa că, nici solicitările indicate de contestator nu au avut ca scop clarificarea cerințelor, acestea fiind clare, ci, completarea/remedierea lor, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ, în vigoare, nu obligă autoritatea să își modifice/elimine/completeze cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe, fie la Consiliu, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/ eliminării/completării pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele din caietul de sarcini sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform art. 160 din Legea nr. 98/2016, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „clarificări”, iar, autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet. Nicăieri nu figurează dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității, mai ales dacă ele sunt clare și înțelese de cei interesați. Bunăoară, nici nu își are rostul o solicitare de clarificare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de aceștia.

De bună seamă, 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 respectivelor cerințe din anunțul de participare, fișa de date a achiziției și caietul de sarcini, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar, nu să aștepte împlinirea lui.

Referitor la acest din urmă aspect, Consiliul reține că, potrivit principiului disponibilității, statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din aceeași normă juridică, completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele, deoarece, obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a*

cauzei”, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ: „Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației”, Consiliul va admite excepția invocată de către autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, va respinge, ca tardivă, contestația depusă de... în contradictoriu cu....

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și respinge, ca tardivă, contestația depusă de..., 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 ...
... ..

Consilier de soluționare
...

...

Redactat practicaua deciziei

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 13(treisprezece) pagini