C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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: 30.09.2019

Prin contestația nr. 1661/01.08.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 31077/09.08.2019, formulată de SC ..... SRL cu sediul în ....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire (Lot 1 – Computer tomograf), elaborată de către ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Acord cadru aparatură imagistică și radiologie", cod CPV 33190000-8, s-a solicitat: anularea procedurii de atribuire ca fiind restrictivă pentru toți producătorii în ceea ce privește modalitatea de stabilire a specificațiilor tehnice pentru echipamentul computer tomograf (lotul 1), fiind favorizat un singur producător: Neusoft; obligarea autorității contractante la stabilirea altor cerințe tehnice cu privire la echipamentul ce face obiectul lotului 1, astfel încât documentația de atribuire să respecte principiile atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute de art. 2 alin. (2) din legea nr. 98/2016.

Prin contestația nr. 201/02.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 34151/02.09.2019, SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., având CUI: ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., formulată împotriva documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini (lotul 2: Aparat Roengen diagnostic), s-a solicitat: admiterea contestației; anularea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și obligarea autorității contractante la stabilirea unor specificații care să nu îngrădească accesul la procedură; în subsidiar, obligarea autorității contractante să răspundă la solicitările de clarificări.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul

dosarelor nr. .../2019 și nr. .../2019, au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

În fapt, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a direcționat în mod artificial prezenta procedură (pentru Lotul 1), spre producătorul: *Neusoft*.

În acest sens, arată că Legea nr. 98/2016 stipulează în mod clar faptul că specificațiile tehnice nu pot fi stabilite în mod arbitrar de către autoritățile contractante, acestea trebuind să reflecte nevoile concrete ale acestora, respectiv art. 3 alin. (1) lit. rr), prevede: *„specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natura tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o maniera corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante*".

Procedând la analiza cerințelor minime stabilite în cadrul caietului de sarcini, s-a constatat că în cazul prezentei proceduri, autoritatea contractantă a stabilit în mod arbitrar și cu rea-credință mai multe specificații tehnice, care blochează accesul anumitor participanți la procedură, nefiind asigurată o concurență reală între operatorii economici, așa cum spiritul legii, în materia achizițiilor publice, dispune, conducând, în final, la cheltuirea ineficientă a fondurilor publice, direcționând în mod vădit rezultatul procedurii spre un singur producător, respectiv *Neusoft*.

Totodată, arată că, analizând în detaliu caietul de sarcini, se poate observa că autoritatea contractantă a copiat mot-a-mot fișa tehnică a echipamentului *Neuviz Prime* produs de *Neusoft*, restricționând astfel accesul tuturor potențialilor participanți în cadrul procedurii de atribuire. În acest sens, solicită Consiliului să analizeze extrasul din caietul de sarcini ce conține cerințele tehnice pentru echipamentul computer tomograf- obiect al Lotului 1, în raport cu fișa tehnică a echipamentului *Neuviz Prime* prezentat în traducere autorizată.

Contestatorul consideră că prin specificațiile caietului de sarcini și care corespund necesitaților obiective ale unei autorități contractante de bună credința totuși, în prezent, nu poate participa la procedură cu niciunul din echipamentele deținute în portofoliu, indiferent de gamă, din cauza impunerii de către autoritate a unor valori minime/maxime/fixe/ nejustificate din punct de vedere obiectiv ale parametrilor tehnici.

În concluzie, având în vedere modul în care s-au redactat cerințele tehnice, se cunoaște, fără nicio îndoială, de la bun început, câștigătorul procedurii, respectiv: *Neusoft*, fapt contrar tuturor principiilor achizițiilor publice, motiv pentru care, contestatorul solicită Consiliului anularea procedurii pentru Lotul 1 si obligarea autorității contractante să stabilească alte cerințe tehnice (obiective) astfel încât documentația de atribuire să respecte principiile atribuirii contractelor de achiziție publică.

În susținerea afirmațiilor de mai sus, contestatorul invocă următoarele prevederi legale: art. 49, art. 50 alin. (1) și (2), art. 155 alin. (1), (2) și (6), art. 156 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016; art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016. De asemenea, invocă și jurisprudența practicii CNSC.

În ceea ce privește necesitatea adoptării unor măsuri de remediere, contestatorul precizează că prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a stabilit cerințe nejustificate cu privire la anumite specificații tehnice, esențiale pentru definirea unui echipament de tip computer tomograf, cerințe formulate de așa natură încât să creeze acces ofertantului preferat: *Neusoft*.

Cu titlu preliminar, contestatorul menționează că, potrivit art. 3 lit. rr) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice sunt definite ca: „*cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante*". De asemenea, art. 155 alin. (6) prevede ca: „*Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici*."

În final, pentru considerentele mai sus exprimate, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire pentru Lotul contestat și obligarea autorității contractante să stabilească alte cerințe tehnice cu privire la echipamentul care face obiectul Lotului 1 – Computer Tomograf.

Odată cu formularea contestației, contestatorul depune, în original, și recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205639543/1, tranzacția nr. 882415789/1630817783 din data de 02.08.2019, emisă de CEC Bank – unitatea: Sucursala Victoria, în valoare de 164.000 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*".

Prin adresa nr. 16816/21.08.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 32582/22.08.2019, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă apreciază că, contestația depusă este nulă, fiind nemotivată iar sub aspectul motivării cererii, Curtea Europeana de Justiție a reținut, că motivarea trebuie să fie adecvată, astfel încât, să li se permită persoanelor vizate motivarea măsurilor și, de asemenea, să permită instanțelor efectuarea revizuirii actului, insuficiența motivării sau nemotivarea atrăgând nulitatea.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că a elaborat documentația de atribuire cu respectarea întocmai a legislației aplicabile, iar contestatorul este singurul posibil ofertant care apreciază că nu îndeplinește pe deplin cerințele, astfel cum acestea au fost impuse prin documentația de atribuire, respectând de asemenea, necesitățile autorității contractante.

Referitor la presupunerile contestatorului conform cărora anumite caracteristice tehnice prezentate în cadrul caietului de sarcini ar fi elaborate pentru un anumit producător, fără însă a preciza în mod clar, un singur exemplu, autoritatea contractantă apreciază că acestea sunt nereale și nu pot fi luate în considerare dat fiind faptul că simpla prezentare a unor caracteristici de la un alt producător diferite de cele ale contestatorului nu înseamnă că acestea sunt pentru a-l favoriza pe acesta având în vedere că este singurul contestator.

În ceea ce privește solicitarea de anulare a procedurii, autoritatea contractantă consideră că trebuie respins ca atare, în considerarea prevederilor art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora contestația trebuie să cuprindă motivarea în fapt și în drept a contestației și a mijloacelor pe care se sprijină.

Or, în ciuda prevederilor legale de mai sus, contestatorul nu face decât să afirme în mod evaziv că există cerințe restrictive fără a le preciza în mod clar, fără a motiva în concret despre ce este vorba, deși CNSC nu poate fi sesizat pentru a clarifica dubiile ofertanților/operatorilor economici, ci de a soluționa motive concrete de contestare de natură a dovedi încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, motiv pentru care, autoritatea contractantă invocă inadmisibilitatea acesteia, luând în considerare argumentele expuse anterior.

Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*". De asemenea, art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, prevede că *„persoana care se consideră vătămată"* este orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: *„(a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu o procedură de atribuire; și 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 procedură de atribuire".

Astfel, condițiile care trebuie îndeplinite în mod cumulativ pentru ca o persoană să se considere vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, sunt următoarele:

-are sau a avut un interes legitim în legătură cu o procedură de atribuire;

-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 respective procedură de atribuire.

Astfel autoritatea contractantă apreciază că sintagma *„are sau a avut un interes legitim (...)*" trebuie aplicată în contextul principiilor generale din materia dreptului procesual civil.

SC ..... SRL formulează contestația nr. 201/02.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 34151/02.09.2019, împotriva documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini (lotul 2: Aparat Roengen diagnostic), solicitând: admiterea contestației; anularea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și obligarea autorității contractante la stabilirea unor specificații care să nu îngrădească accesul la procedură; în subsidiar, obligarea autorității contractante să răspundă la solicitările de clarificări.

În fapt, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a stabilit, prin caietul de sarcini, specificații tehnice care favorizează un anumit producător, îngrădind accesul altor producători de pe piață, la această procedură.

De asemenea, arată că:

- parametrii stabiliți nu se justifică din punct de vedere tehnic-științific și încalcă dispozițiile Legii nr. 98/2016, privind promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, precum și asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice;
- în caietul de sarcini sunt incluse elemente tehnice minimale care sunt profund restrictive și fără nicio justificare în creșterea performanței actului medical;
- sunt descrise tehnici ale unui anumit echipament, restricționând astfel accesul altor competitori la procedură, prin impunerea de parametri ficși, specifici unui singur echipament.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a răspuns solicitărilor de clarificări transmise de către SC ..... SRL, acestea fiind depuse în termenul legal, la data de 27.08.2019, termenul limită de răspuns fiind data de 02.09.2019.

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 212/06.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 34900/06.09.2019, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205714762/1, tranzacția nr. 892989937/1642168170 din data de 05.09.2019, emisă de CEC Bank – unitatea : Sucursala ....., în valoare de 121.500 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”.

Prin adresa nr. 18627/16.09.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 36059/16.09.2019, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice aferent contestației depuse de către SC ..... SRL, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea capătului de cerere privind suspendarea procedurii, arătând totodată faptul că acesta a depus o contestație nemotivată.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 36312/17.09.2019, autoritatea contractantă transmite o completare a dosarului achiziției publice.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 36604/...-.../18.09.2019, Consiliul îi comunică acestuia, termenul limită de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise. Contestatorul s-a prezentat la sediul CNSC în data de 19.09.2019.

Până la data emiterii prezentei, contestatorul nu a formulat concluzii scrise urmare a studierii dosarului cauzei.

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: „Acord cadru aparatură imagistică și radiologie”, cod CPV 33190000-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. .../26.07.2019, conform căruia valoarea estimată a procedurii este cuprinsă 5.469.500 și 14.897.000 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției nulității contestației formulată de SC ..... SRL și a tardivității capătului de cerere privind modificarea documentației de atribuire din

cuprinsul contestației formulată de SC ..... SRL, invocate de autoritatea contractantă în punctele de vedere cu privire la cele două contestații.

În opinia autorității contractante, contestația formulată de SC ..... SRL ar trebui anulată deoarece nu ar fi motivată, ci ar cuprinde doar presupuneri formulate de către societatea contestatoare.

Consiliul va respinge ca nefondată excepția nulității contestației formulată de SC ..... SRL invocată de autoritatea contractantă, deoarece în capitolul II paragraful A din respectiva contestație SC ..... SRL indică în mod expres faptul că, în opinia sa, autoritatea contractantă ar fi copiat în caietul de sarcini caracteristicile echipamentului Neuviz Prime, pentru care anexează o broșură (anexa 1.2 la contestație).

În ceea ce privește, însă, excepția tardivității capătului de cerere privind documentația de atribuire din contestația formulată de SC ..... SRL, Consiliul va reține următoarele aspecte:

Prin contestația care face obiectul dosarului nr. .../2019, SC ..... SRL solicită „anularea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și obligarea autorității contractante la stabilirea unor specificații care să nu îngrădească accesul la procedură”.

Ca un aspect preliminar, Consiliul va reține că SC ..... SRL a luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire la data publicării acesteia în anexa anunțului de participare nr. .../ 26.07.2019.

Valoarea estimată fiind între 5.469.500 și 14.897.000 lei, deci peste pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. b) 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.

Contestația fiind depusă în data de 02.09.2019 și calculând termenul legal în care SC ..... SRL putea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Caietul de sarcini aferent prezentei proceduri de atribuire a fost publicat în SEAP în data de **26.07.2019**.

La data de **02.09.2019** (după cca **38 zile** de la data luării la cunoștință a caietului de sarcini), contestatorul a înaintat autorității contractante și Consiliului contestația nr. 201/02.09.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 34151/02.09.2019.

Ținând cont de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 5 din același act normativ, rezultă așadar, ca data de 26.07.2019 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 10 zile de depunere a contestației împotriva caietului de sarcini, parte a documentației de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației, respectiv la data de 02.09.2019.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a caietului de sarcini parte a documentației de atribuire este 26.07.2019,

iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 02.09.2019, a depunerii contestației la Consiliu. În ateste condiții, este evidentă tardivitatea contestării documentației de atribuire publicată în SEAP în anexa anunțului de participare .../26.07.2019.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate încă de la data publicării anunțului de participare nr. .../26.07.2019 împreună cu documentația de atribuire și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal.

Dacă societatea contestatoare considera că existau obiecțiuni de nelegalitate în privința specificațiilor tehnice din caietul de sarcini publicat în SEAP la data de 26.07.2019, aceasta trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui sau emiterea altor acte de către autoritatea contractantă, cum ar fi răspunsul la eventuale solicitări de clarificare deoarece legislația nu prevede că purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă ar putea să repună contestatorul în termenul de formulare a contestației cu privire la acte de al căror conținut a luat cunoștință anterior.

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 tardiv capătul de cerere privind modificarea caietului de sarcini din contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Procedând la analiza pe fond a contestației formulată de SC ..... SRL, Consiliul reține că operatorul economic critică faptul că specificațiile tehnice din caietul de sarcini aferente lotului 1 ar fi copiate „mot-a-mot" din fișa tehnică a echipamentului „Neuviz Prime", pe care o atașează la contestație.

Din analiza caietului de sarcini pentru lotul 1, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul reține că majoritatea specificațiilor tehnice nu sunt caracterizate de o anumită valoare/dimensiune/mărime fixată/impusă de autoritatea contractantă, ci sunt solicitate intervale minime de forma „*deschidere Gantry*: *minim 72 cm*", „*câmp de scanare mare: minim 500 mm; mediu minim 330 mm; mic: minim 250 mm*".

Mai mult, Consiliul reține că, la pag. 1 din caietul de sarcini (pag. 27 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte: „*caietul de sarcini face parte integrantă din documentația de atribuire și constituie ansamblul cerințelor pe baza cărora se elaborează de către fiecare ofertant propunerea tehnică. Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice. (...) Propunerea tehnică trebuie să îndeplinească cerințele și condițiile din caietul de sarcini, acestea fiind considerate minime și obligatorii. În acest sens, oferta de bază prezentată, care se*

abate de la prevederile caietului de sarcini, va fi luată în considerare numai în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor solicitate".

Analizând comparativ prevederile caietului de sarcini aferent Lotului nr. 1 cu cele din cuprinsul fișei tehnice a echipamentului „*Neuviz Prime*" transmis de societatea contestatoare la dosarul cauzei, Consiliul reține cu titlu de exemplu că, pentru caracteristica tehnică „*deschidere Gantry*", autoritatea contractantă a solicitat în caietul de sarcini „***minim** 72 cm*" iar, potrivit broșurii transmisă de contestator la dosarul cauzei, echipamentul „*Neuviz Prime*" are deschidere Gantry de 72 cm.

Tot cu titlu de exemplu, Consiliul reține că, corespunzător caracteristicii din caietul de sarcini „*câmp de scanare mare: **minim** 500 mm; mediu **minim** 330 mm; mic: **minim** 250 mm*", echipamentul „*Neuviz Prime*" are, potrivit broșurii, „*câmp de scanare mare: 500 mm; mediu 330 mm; mic: 250 mm*".

Potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, regula instituită de legiuitor este ca specificațiile tehnice să nu precizeze *„(...) un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic*" și nici să nu se refere la *„(...) mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse*"; excepția de la această regulă fiind, potrivit alin. (3) al aceleiași norme juridice, situația excepțională în care *„(...) nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1)*"; în această situație excepțională, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) urmând a fi însoțită de cuvintele „*sau echivalent*".

Având în vedere necesitatea autorității contractante astfel cum a fost detaliată în cadrul documentației de atribuire, Consiliul apreciază că formularea specificațiilor tehnice criticate din caietul de sarcini nu este în contradicție cu prevederile art. 156 alin. (2) din lege mai sus iterate și nici cu dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora specificațiile tehnice reprezintă *„cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante".*

Astfel, întrucât prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 definesc specificațiile tehnice drept o descriere obiectivă a necesității autorității contractante, Consiliul va reține că, stabilirea unor caracteristici ce includ plaje de valori sub formă de valori minime, valori maxime sau intervale de valori nu pot fi catalogate ca fiind restrictive în condițiile în care potrivit art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2006*, „propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini",* prin urmare potențialii ofertanți au deplină libertate în ofertarea de soluții superioare celor prevăzute în caietul de sarcini, în

speță cu încadrarea în intervalele stabilite de autoritatea contractantă, aspect subliniat de autoritatea contractantă în partea introductivă a caietului de sarcini prin sintagma *„Propunerea tehnică **trebuie să îndeplinească cerințele și condițiile din caietul de sarcini, acestea fiind considerate minime și obligatorii**. În acest sens, oferta de bază prezentată, care se abate de la prevederile caietului de sarcini, va fi luată în considerare numai în măsura în care propunerea tehnică presupune **asigurarea unui nivel calitativ superior** cerințelor solicitate”*

Potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016, *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*”.

Astfel, Consiliul constată că prin solicitarea ca echipamentul computer tomograf să îndeplinească anumite cerințe minime cum ar fi cele menționate anterior cu titlu exemplificativ (*„deschidere Gantry* (...) *minim 72 cm*”; *„câmp de scanare mare: minim 500 mm; mediu minim 330 mm; mic: minim 250 mm*”) autoritatea contractantă nu a restricționat procedura și nici nu a încălcat principiile mai sus reiterate în condițiile în care chiar contestatorul are deplina libertate să oferteze orice echipament având caracteristici superioare celor indicate cu titlu minimal în caietul de sarcini.

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu produce sau comercializează produsele solicitate.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebări/sau contestație sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează. 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 tehnice ori altor prevederi ale documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatorului, potrivit cărora specificațiile criticate nu pot fi îndeplinite decât de echipamentul *„Neuviz Prime*” deoarece simpla identificare de către acesta a unui producător de echipamente corespunzătoare necesității autorității contractante nu conduce, în mod automat la concluzia că nu ar exista la nivelul *„pieței mondiale*” și alți producători care ar putea oferta

echipamente cu aceleași caracteristici în intervalul solicitat în caietul de sarcini.

Mai mult, contestatorul în susținerea contestației avea obligația de a proba caracterul restrictiv al parametrilor minimali și maximali impuși de autoritatea contractantă, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*”.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să dovedească că aceste caracteristici sunt aferente produsului fabricat de un singur producător și că nu există alte produse cu caracteristici tehnice care să se încadreze în intervalele menționate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini; ori, contestatorul s-a limitat la susțineri generice de forma *„autoritatea contractantă a copiat mot-a-mot fișa tehnică a echipamentului Neuviz Prime*” fără să indice vreo specificație tehnică din caietul de sarcini pe care o consideră restrictivă și fără a produce vreo probă care să demonstreze faptul că anumite specificații tehnice ar fi caracteristică echipamentului indicat, cum ar fi o anumită tehnologie/marcă/brevet etc.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus iterate, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL.

Referitor la capătul de cerere din contestația formulată de SC ..... SRL privind obligarea autorității contractante să răspundă la solicitarea de clarificări transmisă în data de 27.08.2019 prin SEAP, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi din cuprinsul art. 160 din Legea nr. 98/2016:

*„(1) Orice operator economic interesat are **dreptul de a solicita clarificări** sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, **cu respectarea termenului limită** stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.*

*(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care **va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare**/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.*

*(3) Autoritatea contractantă are **obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente** la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective (...)*".

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- în cuprinsul instrucțiunilor pentru ofertanți intitulate generic „fișa de date a achiziției", autoritatea contractantă a precizat la secțiunea *„I.3) Comunicare*" următoarea regulă: *„(...) **Număr zile** până la care **se pot solicita clarificări înainte de data limită** de depunere a ofertelor/candidaturilor **4** (...)*";
- potrivit informațiilor de la secțiunea IV.2.2) din anunțul de participare, termenul limită pentru primirea ofertelor a fost stabilit pentru data: **02.09.2019**;
- potrivit printscreen-ului după interfața SEAP transmis de autoritatea contractantă în anexa corespondenței e-mail înregistrată la CNSC sub nr. 36312/17.09.2019, SC ..... SRL a transmis autorității contractante în data de 27.08.2019 solicitarea de clarificări cu identificatorul SEAP „[.../00012] Solicitare clarificari lot 2 aparat rontgen diagnostic.docx", la care autoritatea contractantă nu a transmis niciun răspuns (aspect care rezultă din același printscreen în cuprinsul căruia se precizează sintagma „răspuns la solicitare: -", fiind vizibil un buton cu textul „Răspunde la solicitare").

Calculând termenul prevăzut la art. 160 alin. (1) în care operatorii economici interesați aveau dreptul să solicite clarificări privind documentația de atribuire, în funcție de cele 4 zile prevăzute la secțiunea *„I.3) Comunicare" din instrucțiunile pentru ofertanți și de* data limită (02.09.2019) stabilită pentru primirea ofertelor, Consiliul reține acest termen se împlinea în data de 29.08.2019.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, deși SC ..... SRL a transmis prin SEAP solicitarea de clarificări în data de 27.08.2019, în interiorul termenului stabilit în documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP niciun răspuns la respectivele solicitări de clarificare, încălcându-și astfel obligația prevăzută la art. 160 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, de a răspunde prin SEAP în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor va admite în parte contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., în ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări din 27.08.2019 și va obliga autoritatea contractantă să răspundă la clarificările solicitate de SC ..... SRL cu respectarea prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția nulității contestației formulată de SC ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă.

Admite excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, respinge ca tardiv capătul de cerere privind modificarea documentației de atribuire din contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Admite în parte contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., în ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări din 27.08.2019 și obligă autoritatea contractantă să răspundă la clarificările solicitate de SC ..... SRL cu respectarea prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini