CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de ....., cod CPV 43250000-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 11.07....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - director general, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat:

„- anularea în parte a Adresei nr. 29121/07.07....., respectiv a Comunicării nr. 27711/29.06....., revocarea acestora în parte ca netemeinice și nelegale,

- ....."

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ..... SRL reclamă clarificările emise de entitatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că a solicitat modificarea caietului de sarcini sub mai multe aspecte, între care și cu privire la garda la sol a utilajului, prin

reducerea ei de la 450 mm la 330 mm, această din urmă înălțime asigurând suficientă protecție utilajului și o stabilitate mai bună (centrul de greutate fiind mai scăzut). Solicitarea de reducere a înălțimii a fost respinsă. Nici în urma notificării prealabile nu s-a acceptat reducerea, astfel încât să nu fie încălcate dispozițiile art. 1 alin. (2) din normele de punere în aplicare a Legii nr. 98/2016 și ale art. 49 și 50 din această lege.

Revine organizatoarei achiziției sarcina de a dovedi că nu afectează concurența, respectiv că există mai mulți operatori care îndeplinesc cerințele caietului de sarcini.

În punctul său de vedere nr. 31828/25.07..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 30702/26.07....., entitatea contractantă susține, în apărare, că observațiile reclamantei cu privire la parametrul tehnic „garda la sol" sunt nefondate, întrucât, prin specificul activității desfășurate, utilajul nu va fi folosit doar în mediul urban, ci și în localități limitrofe, pentru preluarea și încărcarea deșeurilor de la populație din zone cu teren accidentat/denivelat, unde accesul autogunoierelor nu este posibil, și la depozitul ecologic, pentru degajarea rampei de depozitare a deșeurilor.

Cerințele caietului de sarcini corespund cel puțin cu trei tipuri de mărci ale utilajului și nu pot fi considerate restrictive sau că denaturează concurența. Parametrul tehnic „garda la sol" este îndeplinit de cel puțin cinci utilaje, iar totalitatea cerințelor este îndeplinită de patru mărci ale utilajului: Schaeff TL100, Weycor AR75, Volvo L30GS și JCB 409T4, pentru care entitatea atașează prospecte tehnice.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., entitatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării unui încărcător frontal pe pneuri, estimat valoric la 365.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că cerința „garda la sol să fie de minimum 450 mm", impusă de organizatoare, este restrictivă și contravine dispozițiilor legale, SC ..... SRL a atacat-o la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în cele două pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, entitatea contractantă a prevăzut, între altele, specificația minimală în discuție.

Cu nr. 27640/29.06....., în urma unei solicitări de clarificare din partea unui operator interesat, ... a postat în SEAP următoarele informații:

1. Va rugam sa acceptati participarea la procedura si a incarcatoarelor frontale cu o garda la sol de minim 340 mm. Apreciem cerinta initiala drept restrictiva, deoarece in clasa de incarcatoare stlicitata exista un numar extrem de redus de incarcatoare cu o garda la sol conform solicitarii din caietul de sarcini. Consideram ca in domeniul dvoastra de activitate nu este nevoie de o garda la sol mai mare de 300-320 mm.

Raspuns: nu se accepta; configuratia infrastructurii rutiere pe care ne desfasuram activitatea impune o garda la sol conform cerintei din caietul de sarcini. Pentru activitatile specifice domeniului nostru de activitate consideram ca suntem in masura sa ne apreciem just necesitatile, iar faptul ca una sau mai multe cerinte din caietul de sarcini nu corespunde modelului de incarcator pe care il comercializati, la care puteti fi chiar singurul furnizor/distribuitor pe Romania, nu inseamna automat o cerinta restrictiva.

La rândul său, SC ..... SRL a solicitat organizatoarei, cu adresa nr. 233/27.06....., să accepte și un utilaj cu garda la sol de 330 mm, pentru a se asigura suficientă protecție utilajului și o stabilitate mai bună, solicitare la care organizatoarea a răspuns negativ prin adresa nr. 27711/29.06..... („Raspuns: nu se accepta.”).

Pe același subiect, cu nr. 28242/03.07....., organizatoarea a furnizat următoarea clarificare:

1. In conditiile in care ceilalti parametri tehnici vor fi respectati, va rugam sa acceptati garda la sol a utilajului de 325 mm; consideram ca diferența nu influențează funcționalitatea in parametri optimi a utilajului solicitat.

Raspuns: nu se acceptă; configuratia infrastructurii rutiere pe care ne desfasurăm activitatea impune o garda la sol conform cerintei din caietul de sarcini.

La 03.07....., SC ..... SRL s-a plâns organizatoarei de răspunsul negativ din clarificarea nr. 27711/ 29.06....., prin notificarea prealabilă nr. 245/03.07....., iar ..... i-a răspuns petentei cu adresa nr. 29121/ 07.07....., după cum urmează:

Nu se accepta redimensionarea parametrului tehnic "garda la sol" prevazut in caietul de sarcini; solicitarea este justificata de faptul ca acest tip de utilaj completeaza dotarea curenta a societatii noastre si va fi folosit nu numai in mediul urban ci si pentru lucrari mecanizate pe drumuri de pamant si pe terenuri accidentate din imprejurimile Municipiului .....

Referitor la afirmatia dumneavoastra, tendentioasa, privind faptul ca datele din caietul de sarcini corespund cu prospectul marcii de incarcatoare JCB (prospect care nu a mai fost atasat notificarii transmise), va informam ca la intocmirea caietului de sarcini nu s-a avut in vedere un anume tip de incarcator, ci s-a dorit ca datele tehnice sa permita ofertarea mai multor marci, din aceeasi clasa, acest aspect permitand o concurenta reala intre mai multe firme de distributie. Iar faptul ca un caiet de sarcini nu corespunde produsului pe care dumneavoastra il comercializati (pentru care este posibil sa fiti unicul distribuitor pe Romania) nu va indreptateste sa lansati acuze de orice fel. Daca o sa prospectati, cu atentie, oferta utilajelor de tipul celui solicitat de societatea nostra o sa gasiti cel putin 3 tipuri de marci/producatori de astfel de incarcatoare care corespund cerintei din caietul de sarcini privind "garda la sol".

Nu contestam experienta dumneavoastra de comercianti, precum si grija fata de contribuabili (beneficiarii serviciilor noastre) dar totodata vrem sa va asiguram ca una din preocuparile de baza in activitatea noastra este imbunatatirea calitatii serviciilor prestate folosind utilaje performante, care sa permita executarea de lucrari mecanizate in orice conditii.

Primind acest răspuns, conform căruia organizatoarea nu urmează să adopte măsuri de remediere a specificației tehnice, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de 10.10.....

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost notificată (și ulterior contestată) de către SC ..... SRL în termenul legal de 5 zile de la publicarea ei în SEAP (.....), drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorul economic interesat să participe la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive.

Prin notificarea prealabilă datată 03.07....., deci la două săptămâni depărtare de la publicarea în SEAP a documentației, societatea a solicitat reducerea înălțimii pentru garda la sol a utilajului. Așadar, reclamanta a apreciat că documentația sau răspunsurile pe marginea ei sunt restrictive, motiv pentru care a cerut adoptarea unor măsuri de remediere. Însă, această solicitare trebuie analizată prin prisma datei începând cu care îi era sau ar fi trebuit să îi fie cunoscută reclamantei deficiența notificată și apoi contestată. Trebuie realizată o distincție între notificările și contestația prin care se atacă răspunsurile de clarificare provenind de la entitatea contractantă și cele prin care se atacă prevederi neschimbate ale documentației de atribuire, opozabile petentei încă de la data de .....

Conform Legii nr. 101/2016, notificarea prealabilă reprezintă „cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia” [art. 3 alin. (1) lit. e)], se formulează în scris și trebuie să conțină cel puțin neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care notificantul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)].

Notificarea nu se confundă cu solicitarea de clarificări, regimul și efectele juridice ale lor fiind fundamental diferite. Deopotrivă de evident este și faptul că simpla solicitare de lămuriri/explicații nu poate naște exercițiul dreptului de contestare, care este dependent de o notificare anterioară, nu de o solicitare de clarificări. Din conținutul prevederilor legale actuale rezultă că sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, respectiv condiție de admisibilitate a contestației.

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016:

(1) **Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă**, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată **are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere**, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, **în termen de**:

a) **5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

[...]

(3) În cazul în care notificarea prealabilă 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**.

În speță, SC ..... SRL este nemulțumită de cerința ca utilajul să aibă garda la sol de minimum 450 mm, însă această cerință exista stabilită în documentație încă de la început, în cadrul arhivei „DA incarcator frontal .....zip”, fișierul „Caiet sarcini incarcator frontal .....-semnat.pdf”, pag. 1 („inaltime totala fara girofar: maxim 2.800 mm; garda la sol: minim 450 mm”). Cerința nu a fost introdusă prin răspunsurile la întrebările operatorilor interesați, iar eliminarea răspunsului nr. 4 din comunicarea nr. 27711/29.06..... sau a altor răspunsuri nu prezintă nicio relevanță, întrucât rămâne în vigoare și operantă cerința din caietul de sarcini.

În loc să depună la entitate notificare prealabilă în termenul de 5 zile începând cu cea următoare luării la cunoștință despre cerința pretins necorespunzătoare (.....), societatea a reacționat abia la răspunsul de păstrare a cerinței dat la 29.06....., la diverse solicitări de clarificare, iar abia la 03.07....., în afara celor 5 zile, a înaintat entității notificarea nr. 245, la care aceasta a răspuns negativ, argumentând că se menține cerința gărzii la sol de minimum 450 mm.

Purtarea unei corespondențe cu entitatea contractantă, prin care operatorii cer clarificarea documentației licitației, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării sau a contestației împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de notificare/atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare/contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectul reclamat din documentație încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a îl notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea revizuirea specificației din caietul de sarcini. Acest termen ar

ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări/completări și a răspunsului de nemodificare operatorul economic ar putea să conteste ulterior cerințele documentației, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la adresă.

Desigur, dacă actul vătămător era răspunsul de clarificări primit de la autoritatea contractantă, termenul de notificare/ contestare a lui curgea de la primirea lui. Însă, în cauză, răspunsul prin care este menținută cerința inițială a înălțimii de minimum 450 mm nu aduce nimic nou, respectiv nu schimbă cerința inițială a caietului de sarcini.

Consiliul nu neagă faptul că SC ..... SRL a transmis organizatoarei notificarea prealabilă, însă probele de la dosarul cauzei confirmă că înaintarea lor a avut loc în afara termenului legal de 5 zile de la cunoașterea existenței cerinței criticate, cuprinsă în caietul de sarcini.

Dacă aprecia că cerința este restrictivă/nelegală, societatea avea datoria să o reclame în termen legal, începând cu momentul aflării ei din documentația de atribuire. Termenul nu curge de la aflarea răspunsului din clarificarea nr. 27711/29.06....., ci chiar de la data postării documentației („data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire"). Însă, după cum au fost concepute notificarea și contestația, presupusa vătămare a societății provine din clarificarea nr. 27711/29.06....., răspunsul nr. 4, act asupra legalității și temeiniciei căruia urmează a se pronunța organul administrativ-jurisdicțional.

Asupra acestui act, trebuie ținut seama că dispozițiile art. 172 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele analoage ale art. 108 alin. (1) și (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, iar entitatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare. Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea fișei de date, a formularelor sau a caietului de sarcini (documentației de atribuire) și, nici atât, obligația entității contractante de a remedia documentația de atribuire astfel cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, entitatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica caietul de sarcini după voința operatorului economic care a adresat întrebările. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al entității, iar nu

o obligație, iar Consiliul nu poate sancționa entitatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației. Singura obligație legală a entității contractante este aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, iar cercetarea Consiliului va privi doar respectarea acestei obligații, iar nu legalitatea înălțimii gărzii la sol regăsită în caietul de sarcini, pe care operatorul economic putea să o notifice/conteste înainte de expirarea termenului legal. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității clauzelor documentației de atribuire, fiind ținut de excepția inadmisibilității contestării lor, care împiedică o analiză pe fond a acestora.

Chiar dacă, în speță, Consiliul ar dispune anularea și refacerea răspunsului clarificator nr. 27711/29.06....., nu i s-ar putea dispune entității să schimbe informațiile cuprinse în caietul de sarcini, în sensul diminuării înălțimii de la de la 450 mm la 330 mm, deoarece, la acest moment, este inadmisibilă orice critică vizând informațiile din documentația de atribuire.

În speță, Consiliul apreciază că răspunsul clarificator în discuție – „([RFQ0096241/008] Clarificare 2 incarcator frontal .....-semnat.pdf)” – nu aduce cu nimic atingere art. 172 invocat, acoperind în mod corespunzător întrebările adresate organizatoarei. ..... a explicat motivul pentru care a impus înălțimea de care se plânge SC ..... SRL, motiv pe care Consiliul în găsește a fi unul pertinent (încărcătorul va fi folosit nu numai în mediul urban, ci și pentru lucrări mecanizate pe drumuri de pământ și pe terenuri accidentate).

Prin răspunsul acordat, autoritatea nu a restricționat în vreun fel accesul operatorilor interesați la licitație și a confirmat că garda la sol impusă rămâne neschimbată.

Referitor la gama de utilaje care pot intra în competiție, organizatoarea beneficiară a prezentat Consiliului mai multe prospecte ale unor încărcătoare cu o gardă la sol de peste 450 mm, cât a specificat organizatoarea.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că nu există motive pentru infirmarea totală sau parțială a clarificării nr. 27711/ 29.06..... În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

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

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

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.