

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. 1993/C3/2280

Data: 22.09.2022

Prin contestația nr. 09-3320/19.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46393/19.09.2022, înaintată de, cu sediul în, , înregistrată în registrul național al comerțului sub nr., reprezentată legal de, și, convențional, de Cabinet de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în, formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., ..., reprezentată prin avocați ..., ... și, cu sediul în, str., sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale, în licitația deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare „Troleibuze”, ce a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1045960 din 11.08.2022, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. 09-3320/19.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46393/19.09.2022, ... atacă răspunsul nr. 5 din adresa de clarificare nr. 130089/09.09.2022 a documentației de atribuire întocmite de autoritatea contractantă în procedura mai sus arătată, potrivit căruia, a fost menținută cerința privind prezentarea testului ESORT pentru troleibuze în determinarea consumului de energie electrică.

În opinia contestatoarei, documentația de atribuire încalcă principiile proporționalității și tratamentului egal, întrucât cerința este excesivă și disproporționată față de celelalte cerințe ale procedurii de atribuire, un astfel de test nefiind specific troleibuzelor.

În aceste condiții, contestatoarea a solicitat autorității contractante, prin intermediul cererii de clarificare, să aibă în vedere și cerințe echivalente, respectiv prezentarea de simulări ale producătorului, din care rezultă consumul de energie.

Prin punctul de vedere înregistrat la CNSC cu nr. 46953/22.09.2022, autoritatea contractantă se opune măsurii provizorii de suspendare a procedurii, considerând că nu sunt îndeplinite condițiile legale, dar și că sunt lipsite de fundament criticile din contestație.

Ulterior, la solicitarea Consiliului asupra formulării unui punct de vedere în legătură cu tardivitatea contestației, ... susține că, prin răspunsul la solicitările de clarificări nr. 130089/09.09.2022, autoritatea contractantă a lămurit că cerința privind determinarea consumului de energie electrică poate fi realizată numai prin testul ESORT, nu și prin echivalent.

Or, de vreme ce autoritatea contractantă a lămurit cerința privind consumul de energie electrică la data de 09.09.2022, prin clarificarea faptului că numai prin testul ESORT se poate îndeplini această cerință, iar nu și prin echivalent, este evident că de la data de 09.09.2022 începe să curgă termenul de 10 zile, prevăzut de art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă nu a emis, până la data prezentei, opinia asupra tardivității contestației.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 11.08.2022, o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de furnizare „Troleibuze”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1045960 și a documentației de atribuire aferentă.

În legătură cu cerința privind prezentarea testului ESORT pentru troleibuze în determinarea consumului de energie electrică, ... a formulat contestația de față, solicitând anularea răspunsului nr. 5 din adresa de clarificări nr. 130089/09.09.2022 și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurii de remediere necesare, în sensul admiterii determinării consumului de energie electrică a troleibuzelor și prin echivalent (nu numai cu testul ESORT), respectiv prin simulări ale producătorului.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208405237/1, în valoare de 220.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 19.09.2022.

Făcând analiza, cu întâietate, a excepției de tardivitate puse în discuție din oficiu, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că, în speță, raportat la valoarea estimată a prezentei proceduri, de 273.109.244 lei, fără TVA, sunt incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

Art. 8. - (1) 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 anunșurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.*

Totodată, Consiliul reține că, potrivit art. 16 alin. (1) din aceeași lege, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

Analizând conținutul contestației, precum și obiectul acesteia, Consiliul constată că, în fapt, ... urmărește modificarea documentației de atribuire, care conține cerința față de care s-a solicitat includerea unei condiții noi de ofertare.

Trecând la cercetarea respectării obligației de înaintare a contestației în interiorul termenului legal, Consiliul constată că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 11.08.2022.

Pretextul contestatoarei că, în fapt, atacă răspunsul la solicitările sale de clarificare nu poate fi acceptat de Consiliu drept motivație a termenului depășit de contestare a documentației.

Respectiva solicitare nu pune în discuție ambiguitatea cerinței, ci nevoia de a fi modificată, în sensul admiterii și altei posibilități de determinare a consumului, care să fie prezentată la ofertare.

De altfel, solicitările de clarificări la documentația de atribuire nu au rolul de a repune solicitantul lor în termenul legal de contestare a documentației de atribuire. Mai mult, în cauza de față, prin răspunsul formulat, autoritatea contractantă nu a modificat conținutul inițial al documentației de atribuire, în sensul că nu are caracterul unui act nou față de aceasta, care să fie distinct atacat. Din punct de vedere formal, nu există vreo critică împotriva modului de emitere a răspunsului de clarificare în sine, care este complet și fără ambiguități, în sensul menținerii cerinței atacate.

Având în vedere data luării la cunoștință a actului considerat vătămător, privind cerința tehnică de interes, adică documentația de atribuire, precum și dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, se constată că, în speță, contestația a fost transmisă în afara termenului legal (data depunerii acesteia, la registratura Consiliului, fiind 19.09.2022), calculat conform dispozițiilor art. 5 din Legea nr. 101/2016. Ultima zi în care actul pretins vătămător se putea ataca era 22.08.2022

și nu 19.09.2022, dată la care a înțeles contestatoarea să înainteze prezenta contestație.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ca tardivă, fără a face analiza altor excepții sau a fondului cauzei.

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

Admite excepția invocată din oficiu și respinge, ca tardivă, contestația formulată de, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

....