CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. .., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., împotriva caietului de sarcini elaborat de către ....., cu sediul în ....., cod poștal .., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii: licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Echipamente IT în cadrul proiectului – Dotarea căminului cultural din ....., jud. .....", cod CPV: 30200000-1, 30120000-6, 38652120-7, s-a solicitat: modificarea documentației de atribuire, în sensul celor specificate în contestație, precum și suspendarea procedurii.

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

SC ..... SRL formulează contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., împotriva caietului de sarcini elaborat de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii: licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Echipamente IT în cadrul proiectului – Dotarea căminului cultural din ....., jud. .....", cod CPV: 30200000-1, 30120000-6, 38652120-7, s-a solicitat: modificarea documentației de atribuire, în sensul celor specificate în contestație, precum și suspendarea procedurii.

În fapt, SC ..... SRL contestă documentul CN178127/004 – caiet de sarcini IT.pdf.p7s, solicitând Consiliului, în conformitate cu art. 26 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, eliminarea specificațiilor nelegale din caitul de sarcini, respectiv „pag.4 pct. 6 – Documente însoțitoare (6.

Ofertantul trebuie să prezinte în original autorizația de livrare service al utilajului, emisă de producător sau reprezentanții legali ai acestuia, adresată autorității contractante", arătând că în data de 21.08..... a transmis autorității contractante o notificare prealabilă, însă, până la data prezentei, aceasta nu a transmis vreun răspuns.

În acest sens, contestatorul susține că, clauzele contractuale între care și garanția produselor, sunt asumate de către cele două părți semnatare, ofertant și autoritate contractantă, conform principiului relativității efectelor contractului, potrivit art. 1280 Cod Civil. Producătorul este un terț față de contract, nu poate deveni parte la contractul de achiziție, neputându-și asuma obligații, cum este cea de a asigura garanția/service-ul produselor. Garanția este o obligație contractuală asumată de ofertant față de autoritatea contractantă, astfel că în perioada de garanție acesta va răspunde pentru situația în care echipamentele nu corespund sau pentru alte motive, în funcție de clauzele contractuale specificate. Astfel, în condițiile în care ofertantul este cel care trebuie să-și asume toate obligațiile stabilite prin ofertă și prin contract, autoritatea contractantă nu-i poate impune ofertantului ca producătorul să îi ofere declarații în original ori certificate în original ori autorizații în original pentru confirmarea garanției și a serviciilor de livrare. Propunerea tehnică face parte din oferta operatorului economic ce participă la procedură și poate, conform art. 1188 Cod Civil, să exprime doar intenția sa de a contracta și de a-și asuma obligațiile pe care le presupune contractul de achiziție publică, inclusiv obligațiile de garanție. Contestatorul consideră că propunerea tehnică a unui ofertant nu poate angaja din punct de vedere juridic producătorul produsului, însă din moment ce ofertantul se obligă prin ofertă să acorde garanția produselor livrate, în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile și contractul de achiziție publică, autoritatea contractantă nu are niciun motiv să solicite garanții suplimentare de la producător de tip autorizație în original de livrare și service emisă de producător, care are ca efect doar restricționarea accesului la procedura de atribuire, încălcând legislația în domeniu.

De asemenea, contestatorul arată că garanția este o declarație civilă a operatorului economic prin care acesta își asumă răspunderea civilă pentru lipsa de conformitate a produselor și serviciilor pe care le furnizează. Mai mult decât atât, furnizorul garantează că produsele furnizate prin contract sunt noi, nefolosite și încorporează toate îmbunătățirile recente în proiectare și structura materialelor. De asemenea, furnizorul garantează că toate produsele furnizate prin contract nu vor avea niciun defect ca urmare a proiectului, materialelor sau manoperei ori oricărei alte acțiuni sau omisiuni a furnizorului și că acestea vor funcționa în condiții normale de funcționare. Totodată, furnizorul va răspunde de calitatea produselor livrate în termenul de garanție. Perioada de garanție acordată produselor rezultă din certificatele de garanție care vor însoți produsele livrate și curge de la

data recepției acestora. Produsele care înlocuiesc produsele defecte în timpul perioadei de garanție, beneficiază de o nouă perioadă de garanție care curge de la data înlocuirii produsului. Referitor la elementele pe care trebuie să le conțină un asemenea document privind garanția, acestea sunt prevăzute la cap. VI - Garanții din Legea nr. 449/2003 art. 20.

Astfel, în opinia contestatorului, Cerința *„Ofertantul trebuie să prezinte în original autorizația de livrare service al utilajului, emisă de producător sau reprezentanții legali ai acestuia, adresată autorității contractante*" este și de natură să distorsioneze concurența în condițiile în care, pe de o parte, producătorul poate fi participant în cadrul procedurii de atribuire fiind astfel în concurență cu orice furnizor de produse (având avantajul acordării acestei autorizări de livrare și de garanție pentru produsele sale), iar, pe de altă parte producătorul poate discrimina furnizorii produselor sale prin acordarea sau nu a respectivei autorizări.

Contestatorul subliniază că, caietul de sarcini este alcătuit, în mod exclusiv, din informații de ordin tehnic, aferente echipamentelor care urmează a fi achiziționate. Din această perspectivă, solicită Consiliului să constate că mențiunile cu privire la *„Ofertantul trebuie să prezinte în original autorizația de livrare și service al utilajului, emisa de producător sau reprezentanții legali ai acestuia, adresata autorității contractante"* din cadrul caietului de sarcini, nu au caracter de specificații tehnice, deoarece, pe de-o parte, nu reprezintă „caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță" iar, pe de altă parte, impun o obligație în sarcina unei alte persoane, care nu are niciun fel de calitate în procedura de atribuire în cauză. Mai mult, reiterează că producătorii pot participa ei înșiși la procedură, or solicitarea unei autorizări din partea acestora are rolul de a restricționa participarea la procedura de atribuire. Altfel spus, obligația referitoare la garanție incumbă, în mod exclusiv, ofertantului desemnat câștigător și nu unei alte persoane care nu are nici măcar calitatea de asociat sau subcontractant. Specificația tehnică în discuție trebuie să cuprindă obligații exclusiv în sarcina ofertantului și nu a unui terț neangajat în procedură. În acest sens, contestatorul arată că niciunde în paragrafele draftului de contract regăsit în documentația de atribuire din SEAP, nu apare sintagma *„producător*" ci *„furnizor*", aceasta datorită faptului că contractele de achiziție publică produc efecte și crează drepturi și obligații doar în sarcina părților, furnizor și autoritate contractantă.

Contestatorul consideră această specificație *„Ofertantul trebuie să prezinte în original autorizația de livrare și service al utilajului, emisă de producător sau reprezentanții legali ai acestuia, adresată autorității contractante*" drept nelegală raportat la prevederile art. 2 alin. 2 privind principiul nediscriminării, invocând în acest sens și prevederile art. (2) lit. e) din Legea nr. 449/2003, cât și art. 19 din Legea nr. 339/2003.

În opinia contestatorului, atâta timp cât legislația achizițiilor publice permite oricărui agent economic să participe la o procedură de atribuire

în calitate de ofertant, chiar dacă nu este producător, impunerea acestei cerințe ca livrarea și service-ul să fie asigurate de producător ori reprezentanții legali ai acestuia, este nelegală, netemeinică și restrictivă, aducând atingere principiului nediscriminării și al liberei concurențe, reglementate de art. 2 alin. 2 din Legea 98/2016.

Pentru motivele mai sus invocate și luând în considerare Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, care reprezintă dreptul comun în materie de garanții și acordarea garanției în România, contestatorul consideră că cerința impusă de autoritatea contractantă, este netemeinică și nelegală

De asemenea, contestatorul consideră că cerința din caietul de sarcini, pagina 4 - punctul 6 – *„Documente însoțitoare (6. Ofertantul trebuie sa prezinte în original autorizația de livrare și service al utilajului, emisă de producător sau reprezentanții legali ai acestuia, adresată autorității contractante)"* ar fi trebuit, potrivit legislației în domeniul achizițiilor publice, să facă parte din fișa de date a achiziției, fiind vorba despre cerințe de natură administrativă, formală și nu din Caietul de sarcini care, potrivit dispozițiilor legale trebuie să conțină, în mod obligatoriu, specificații tehnice care permit fiecărui produs în parte să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante. Astfel de cerințe ar fi trebuit inserate de către autoritatea contractantă în conținutul fișei de date a achiziției pentru ca documentația de atribuire pe care a elaborat-o autoritatea să fie în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile. Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a procedat practic la *„deghizarea"* unei cerințe de calificare formale ce ar fi trebuit să fie inclusă în fișa de date a achiziției, într-o cerință tehnică ce însoțește specificațiile de natură tehnică ce descriu fiecare echipament IT în parte, încălcând astfel dispozițiile legale.

Contestatorul apreciază că documentul de tipul autorizărilor de livrare/service de la producător nu sunt de natură a face dovada potențialului tehnic al operatorului economic, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia. Pe cale de consecință, consideră că cerințele în discuție au un caracter restrictiv care împiedică participarea operatorilor economici la procedura de atribuire în cauză și se impune cu necesitate eliminarea acestora, precum și a oricăror alte informații legate de acestea din cuprinsul documentației de atribuire. Astfel de cerințe determină restrângerea liberei concurențe și constituie un obstacol neprevăzut de Lege în ceea ce privește accesul operatorilor economici interesați la procedura de atribuire în cauză.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 38286/3235-...../12.09....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea

reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, dosarul achiziției publice; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016. În situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1992/15.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 39039/18.09....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia, ca fiind „lipsită de fond".

Autoritatea contractantă precizează că a transmis punctul de vedere către contestator si către CNSC cu adresa nr. 1917/04.09....., deși acesta a depus contestația prin e-mail, nerespectând prevederile din fișa de date a achiziției, secțiunea VI, 3) Alte informații: „Reguli de comunicare și transmitere a datelor: solicitările de clarificări referitoare la prezenta documentație de atribuire se vor adresa în mod exclusiv în SEAP la Secțiunea „întrebări" din cadrul procedurii de atribuire derulate prin mijloace electronice, iar răspunsurile la acestea vor fi publicate în SEAP la Secțiunea „Documentație, clarificări și decizii" din cadrul anunțului de participare simplificat. Pentru transmiterea solicitărilor de clarificări privind documentația de atribuire, operatorii economici se vor înregistra în SEAP (www.e-licitatie.ro) ca operator economic conform prevederilor art. 5 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și vor transmite solicitările având în vedere termenele de răspuns ale autorității contractante prevăzute la art. 160 -161 din Legea nr. 98/2016."

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază că în SEAP, la procedura licitație deschisă - online pentru prezentul contract, la secțiunea participanți înscriși apare „0". Drept urmare, contestatorul SC ..... SRL nu s-a înscris la aceasta procedura și nu a respectat prevederile din fișa de date a achiziției și din legislația în vigoare.

Autoritatea contractantă precizează că a postat în SEAP, la secțiunea *„Documentație, clarificări și decizii"* o clarificare din oficiu prin care renunță la sintagma *„Ofertantul trebuie să prezinte în original autorizația de livrare și service al utilajului, emisă de producător sau reprezentanții legali ai acestuia, adresata autorității contractante, din cadrul caietului de sarcini, pagina 4 - punctul 6"*, ofertanții urmând să prezinte o declarație pe propria răspundere în ceea ce privește service-ul produselor în garanție și post garanție.

Prin adresa nr. CS 2209/22.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 39892/22.09....., SC ..... SRL precizează că, având în vedere că prin punctul de vedere, autoritatea a recunoscut pretențiile din cuprinsul contestației, contestatorul solicită, în baza art. 26, alin. (9) din legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 454 cpc, art. 1255 cod civil și art. 6 alin. (1) și (4) din Legea nr. 1018/2016, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, conform înscrisurilor doveditoare depuse la dosar. În acest sens, arată că autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP notificarea și nici nu a răspuns la

aceasta în termen de 3 zile. Conform art. 1255 din codul civil: „notificarea prealabilă are natura juridică a punerii în întârziere”; de asemenea, conform art. 1522 alin. (3) cod civil, coroborat cu prevederile art. 6 alin. (4) din legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă avea termen de 3 zile de la „data punerii în întârziere, de a adopta măsurile de remediere ce se impun și astfel a elimina specificația tehnică din caietul de sarcini pe care o consideră nelegală”.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a ales să rămână în pasivitate și să nu adopte nici o măsură de remediere; având în vedere acest aspect, contestatorul arată că *„a fost obligat, pentru a obține eliminarea specificației tehnice, să depună contestație*”. Astfel, subliniază că pentru formularea contestației a apelat la serviciile unui cabinet de avocatură, motiv pentru care, în baza art. 454 cod procedură civilă, solicită plata cheltuielilor de judecată.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura: licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Contract de furnizare pentru achiziția de echipamente IT în cadrul proiectului – Dotarea căminului cultural din ....., județul .....”, cod CPV 30200000-1, 30120000-6, 38652120-7, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., conform căruia, valoarea estimată a achiziției este de 249.600 lei. Potrivit cap. IV.2.1) din anunțul de participare, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 din Legea nr. 101 din 2016, conform cărora Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei, Consiliul, constată următoarele:

Contestația formulată de SC ..... SRL vizează „specificațiile nelegale cuprinse în caietul de sarcini”.

Consiliul constată că, atât în cadrul notificării prealabile cât și a contestației ulterioare, contestatorul solicită în principal eliminarea specificațiilor nelegale din caitul de sarcini, respectiv *„pag. 4 pct. 6 – Documente însoțitoare (6. Ofertantul trebuie să prezinte în original autorizația de livrare service al utilajului, emisă de producător sau reprezentanții legali ai acestuia, adresată autorității contractante*”.

Din probatoriul administrat și aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat imediat după primirea contestației la remedierea documentației de atribuire, astfel cum a solicitat contestatorul și a publicat modificarea în SEAP în data de 07.09..... 14:19, intitulată: „Clarificare din oficiu”.

Având în vedere aspectele mai sus reținute și ținând cont de dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 care prevăd că *„După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de*

remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor, se publică în SEAP", Consiliul consideră că în mod corect autoritatea contractantă, pentru a asigura respectarea prevederilor legale mai sus reiterate dar și a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) - f) din Legea nr. 98/2016, a remediat situația, sens în care a comunicat prin publicarea în SEAP toate modificările operate tuturor operatorilor economici interesați.

Astfel, în condițiile în care remedierile adoptate de autoritatea contractantă, comunicate tuturor operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP, constau în înlăturarea aspectelor criticate, contestația formulată de SC ..... SRL rămâne fără obiect.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Referitor la solicitarea cheltuielilor de judecată depuse la dosar Consiliul urmează să le respingă ca nefondate având în vedere următoarele aspecte:

- potrivit prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 adoptarea măsurilor de remediere pe care le consideră necesare se pot lua de către autoritatea contractantă și după primirea unei contestații și nu doar după primirea unei notificări în baza art. 6 alin. (4) coroborat cu (5) din același act normativ.
- în speță, așa cum s-a reținut anterior autoritatea contractantă urmare a depunerii contestației a ales să uzeze de dreptul său legal de a lua măsuri de remediere, măsuri care au fost postate în SEAP în scopul aducerii la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați.
- prevederile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 se coroborează potrivit art. 68 din lege cu prevederile art. 451 alin. (1) Cpc în cadrul căruia se prevede „*Cheltuielile de judecată constau în taxele judiciare de timbru și timbrul judiciar, onorariile avocaților, ale experților și ale specialiștilor numiți în condițiile art. 330 alin. (3), sumele cuvenite martorilor pentru deplasare și pierderile cauzate de necesitatea prezenței la proces, cheltuielile de transport și, dacă este cazul, de cazare, precum și orice alte cheltuieli necesare pentru buna desfășurare a procesului*" și cu art. 454 cpc *„Pârâtul care a recunoscut, la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate, pretențiile reclamantului nu va putea fi obligat la plata cheltuielilor de judecată, cu excepția cazului în care, prealabil pornirii procesului, a fost pus în întârziere de către reclamant sau se afla de*

drept în întârziere. Dispozițiile art. 1.522 alin. (5) din Codul civil rămân aplicabile".

- de la această regulă de neplată a cheltuielilor de judecată în situația recunoașterii pretențiilor, legiuitorul a reglementat o excepție, respectiv *„cu excepția cazului în care, prealabil pornirii procesului, a fost pus în întârziere de către reclamant sau se afla de drept în întârziere*".
- în speță, Consiliul constată că această excepție nu este aplicabilă în speță, notificarea prealabilă reglementată de prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016 reprezentă o condiție de admisibilitate în vederea formulării unei contestații pe cale administrativ – jurisdicțională sau judiciară și are ca scop acordarea operatorilor economici interesați o modalitate de soluționare, într-un termen scurt și într-un mod eficace, a pretinsele încălcări ale legislației privind achizițiile publice, autoritatea contractantă sesizată având dreptul de a reveni asupra actului emis anterior și chiar va putea să emită un alt act acceptat sau nu de către notificator și nu reprezintă o notificare de punere în întârziere potrivit prevederilor art. 1522 cod civil prin care creditorul îi solicită executarea obligației.
- prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016 transpun prevederile art. 1 alin. (5) para. 1 din Directiva 89/665/CEE *„Statele membre pot impune ca, într-o primă etapă, persoana în cauză să exercite o cale de atac în fața autorității contractante. În acest caz, statele membre garantează că formularea unei asemenea căi de atac are ca rezultat suspendarea imediată a posibilității de încheiere a contractului*."
- în soluționarea acestui aspect, Consiliul reține și faptul că autoritatea contractantă a fost pusă în imposibilitatea de a adopta vreo măsură de remediere urmare a notificării prealabile trimisă prin e-mail la data de 21.08..... de către contestator, având în vedere faptul că în cadrul acesteia, contestatorul nu a menționat nici neregulile sesizate și nici măsurile de remediere pe care le considera necesare a fi luate, deși potrivit prevederilor art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 avea această obligație legală. În concluzie se reține că în sarcina autorității contractantă nu s-a identificat nicio culpă în privința adoptării măsurilor de remediere urmare a contestației depuse și nu urmare a notificării.

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

DECIDE:

Respinge ca rămasă fără obiect contestația formulată de SC ..... în contradictoriu cu .....

Respinge ca nefondată solicitarea de acordare a cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

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

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.