C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 126/28.01.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, formulată de SC ... SRL, cu sediul în …, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. …, având CUI RO …, reprezentată legal prin …, împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, prin intermediul SEAP, în vederea încheierii unui „…”, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev.2) s-au solicitat Consiliului următoarele:
„- să obligați autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire în sensul celor indicate prin prezenta contestație;
- să ne permiteți accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;
- în subsidiar, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, să obligați autoritatea contractantă să anuleze procedura de achiziție;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei”.

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

Prin contestația nr. 126/28.01.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, formulată de SC ... SRL împotriva documentației de atribuire, elaborată de ... în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, prin intermediul SEAP, în vederea încheierii unui „…”, s-au solicitat cele prezentate în partea introductivă.

În susținerea cererii privind suspendarea procedurii până la soluționarea contestației SC ... SRL arată că data limită de depunere a ofertelor în cadrul procedurii de atribuire este 01.02.2019, termen care, în opinia sa, indiferent de celeritatea procedurii de soluționare a contestațiilor, nu poate oferi intervalul de timp necesar Consiliului pentru soluționarea contestației, împrejurare în care operatorii economici interesați *„vor fi lipsiți de posibilitatea participării, în condiții de legalitate și conformitate cu prevederile legale”*

Opinează că răspunsurile oferite de către autoritatea contractantă la solicitările de clarificări sunt de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de legislația privind achizițiile publice.

Susține că măsura provizorie a suspendării este *„mijlocul procedural întemeiat pe existenta unui caz bine justificat - în lumina motivelor expuse în cuprinsul contestației,* ***documentația de atribuire este atacată*** *pentru motive de nelegalitate și netemeinicie și în evidentă contradicție cu prevederile legale in materia achizițiilor publice”.*

Contestatoarea menționează că, în data de 16.01.2019, a solicitat autorității contractante, având în vedere cerințele caietului de sarcini pentru Lotul 1 *„…”* referitoare la „Condiții de montaj, utilizare a echipamentelor tehnice, termene de livrare și garanție” potrivit cărora *„Furnizorul se obligă să livreze echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante, în maximul 10 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru*”, precum și precizarea caietului de sarcini potrivit căreia *„Unitatea contractantă pune la dispoziție spațiul unde furnizorul să își realizeze amplasamentul și să monteze echipamentele de distribuție oxigen medicinal și asigură întreținerea drumului de acces”,* să accepte următoarea formulare: *„Furnizorul se obligă să livreze echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante, în maximum 10 zile calendaristice de la semnarea acordului-cadru și punerea la dispoziție a spațiului unde furnizorul să își realizeze amplasamentul și să monteze echipamentele de distribuție oxigen medicinal”.*

Menționează că autoritatea contractantă a răspuns solicitării sale, în data de 22.01.2019, precizând următoarele: *„Solicitarea nu se acceptă, deoarece autoritatea contractantă nu pune la dispoziția furnizorului platforma betonată și împrejmuita cu gard metalic existentă, acestea nefiind proprietatea spitalului. Furnizorul trebuie să realizeze amenajarea spațiului necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului, suportând totale costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor”.*

În opinia contestatoarei răspunsul autorității contractante la solicitarea de mai sus este în contradicție cu cerințele caietului de sarcini de la pag. 5, restricționează accesul operatorilor economici la procedura de atribuire și nu asigură cadrul legal pentru a realiza achiziționarea de bunuri și servicii.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestației redă dispozițiile art. 1 și art. 2 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, invocând încălcarea de către autoritatea contractantă a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, contestatoarea susține că, în acest moment, actualul furnizor beneficiază de anumite avantaje față de alți competitori prin faptul că deține deja o stație betonată pe spațiul autorității contractante.

Contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere *„răspunsul negativ la solicitarea subscrisei de introducere a Anexei privind drepturile și obligațiile cu privire la manipularea, depozitarea și transportul produselor ce urmează a fi recepționate și utilizate de către autoritatea contractantă ale căror ambalaje rămân în proprietatea furnizorului”.*

Redând solicitarea sa: *„va rugam să acceptați Anexa la acordul-cadru «Acord de asigurarea calității privind drepturile, obligaţiile și responsabilitățile referitoare la operaţiile de manipulare, depozitare și transport al produselor» ataşat prezentei cereri de clarificare, atât pentru …, cât și pentru …”,* precum și răspunsul autorității contractante la aceasta: *„solicitarea dumneavoastră nu este acceptată”,* contestatoarea arată că potrivit art. 14 alin. (1) și art. 15 din Codul civil, în circumstanțele mai sus enunțate, *„autoritatea contractantă nu are niciun motiv să refuze solicitările de clarificări, cu excepția abuzului de drept, interzis de normele legale precizate în cadrul prezentului înscris”.*

Atașat contestației nr. 126/28.01.2019, transmisă prin poștă, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, SC ... SRL a depus originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. … pentru suma de …, emisă de … respectându-se astfel dispozițiile art. 61^1 din Legea nr.101/2016.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 și 19 din Legea nr. 101/ 2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Cu adresa nr. …, în temeiul dispozițiilor art. 15 și art. 22 din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat autorității contractante prezentarea punctului său de vedere referitor la cererea de dispunere a măsurii provizorii de suspendare a procedurii de atribuire în cauză, încât să poată fi luate în considerare consecinţele acesteia asupra tuturor categoriilor de interese care ar putea fi lezate.

Prin răspunsul nr. 835 din 30.01.2019, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. …, ... a precizat că procedura de atribuire a fost suspendată pentru ambele loturi, sens în care a atașat un print screen din SEAP, precum și anunțul de tip erată, care era în așteptare validare.

Prin adresa nr. …, întrucît societatea contestatoare a avut critici asupra ambelor loturi, Consiliul, în temeiul art. 61^1 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (1) lit. b) din același act normativ, a solicitat contestatoarei să transmită dovada constituirii cauțiunii și pentru lotul 2 *„…”*. De asemenea, prin adresele nr…., Consiliul a pus în discuția părților excepția tardivității contestației, în temeiul art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și art. (1) din același act normativ, raportat la data de depunere a contestației, respectiv

02.10.2018, față de data publicării documentației de atribuire – 19.12.2018.

... a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. 989/31.01.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. …, precizând că, *„având în vedere faptul că invitația a fost publicată în 19.12.2018, iar contestația depusă în data de 28.01.2019”*, consideră tardivă contestația depusă de SC ... SRL. Pe fondul cauzei, solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Prin punctul de vedere nr. 988/31.01.2019, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. …, autoritatea contractantă, pe cale de excepție, a solicitat respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca tardivă, sens în care învederează Consiliului faptul că, prin răspunsul la solicitările de clarificări, nu a adus modificări documentației de atribuire inițială.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, potrivit prevederilor fișei de date a achiziției, potențialii ofertanți au putut solicita clarificări cu 15 zile înainte de data limită a depunerii ofertelor (01.02.2019), iar SC ... SRL a depus în termen solicitările de clarificări, la care comisia de evaluare a răspuns în termenul legal prevăzut în fișa de date a achiziției *„Autoritatea contractantă va răspunde în mod clar tuturor solicitărilor de clarificări/informațiilor suplimentare în a 10-a zi, înainte de data limită de depunere a ofertelor”.*

... precizează că, în data de 22.01.2019, a postat în SICAP, un răspuns unitar la solicitările de clarificări, răspuns prin care nu a adus modificări documentației de atribuire inițială, motiv pentru care solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca tardivă.

Pe fondul cauzei, organizatoarea procedurii prezintă apărări în justificarea solicitării sale de a fi respinsă , ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL.

Prin adresa nr. 211/04.02.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, SC ... SRL a răspuns adresei Consiliului nr. …, precizând că actul pe care-l contestată *„este răspunsul autorității contractante la solicitarea noastră de clarificări*, *răspuns publicat în Sicap în data de 22.01.2019*”.

Redând dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL susține că a transmis contestația formulată împotriva răspunsului *„nelegal, abuziv și restrictiv*” al autorității contractante la solicitarea sa de clarificări, în termenul legal prevăzut de aceste dispoziții.

Precizează, așa cum a arătat și în cadrul contestației, că solicitarea sa de clarificări *„nu se acceptă*” și afirmă următoarele: *„având în vedere că nu mai suntem în termenul legal de transmitere al solicitărilor de clarificări, singurul mijloc procedural rămas este cel al înaintării contestației de față”.*

De asemenea, contestatoarea justifică interesul său în formularea contestației precizând că acesta este determinat, legitim și personal, născut și actual, în opinia sa, îndeplinește condiția de admisibilitate a calității de persoană vătămată, astfel cum este definită de Legea nr. 101/2016, justificând interesul în promovarea contestației.

Având în vedere cele expuse, SC ... SRL solicită respingerea excepției invocate și admiterea contestației *„ca fiind formulată de o*

persoană ce are interes raportat atât la dispozițiile Noului Cod de proc. civ, cât și al dispozițiile art. 26 din Legea nr. 101/2016 și în termenul legal, conform art. 8 alin. (1) lit. a) și art. 15 din Legea nr. 101/2016, raportat la data publicării de către autoritatea contractantă a răspunsului la solicitarea, (...) de clarificări".

În ceea ce privește fondul cauzei, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 212/04.02.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. …, SC ... SRL a transmis recipisa de consemnare nr. … pentru suma de …, aferentă lotului 2 al procedurii, emisă de …, respectându-se astfel dispozițiile art. 61^1 din Legea nr.101/2016.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, derulată online, prin intermediul SEAP, în vederea încheierii unui *„…"*, cod CPV 24111500-0 Gaze medicale (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare …, atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit cărora: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", Consiliul va analiza cu prioritate excepția tardivității contestației formulată de SC ... SRL, invocată din oficiu.

Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între …, fără TVA, mai mare decât pragul valoric instituit de art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, astfel că termenul de contestare a actelor autorităţii contractante considerate nelegale este cel reglementat de 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectiv, ***10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă*** despre actul respectiv.

Din analiza contestației, Consiliul constată că, prin solicitarea: „să obligați autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire, nemulțumirea SC ... SRL vizează conținutul acestei documentații și nu a răspunsului la solicitarea de clarificări, așa cum aceasta din urmă a adăugat prin adresa nr. 211/04.02.2019, înregistrată la CNSC cu nr. ….

Prin urmare, ceea ce critică autoarea contestației la data de *28.01.2019,* sunt prevederile documentației de atribuire, publicată în SICAP la data de *19.12.2018*, considerând că răspunsul la o clarificare solicitată, prin care a cerut **<u>modificarea documentației de atribuire</u>**, a avut menirea de a repune-o în termenul legal de contestare a documentației de atribuire.

Astfel, referitor la cerințele din caietul de sarcini de la capitolul *„Condiții de montaj, utilizare a echipamentelor tehnice, termene de livrare și garanție*", potrivit cărora: *„Furnizorul se obligă să livreze echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante, în maximul 10 zile calendaristice de la semnarea acordului cadru*", respectiv: *„Unitatea contractantă pune la dispoziție spațiul unde*

furnizorul să își realizeze amplasamentul și să monteze echipamentele de distribuție oxigen medicinal și asigură întreținerea drumului de acces", contestatoarea a solicitat autorității contractante să accepte următoarea formulare: *„Furnizorul se obligă să livreze echipamentele tehnice necesare la sediul autorității contractante, în maximum 10 zile calendaristice de la semnarea acordului-cadru și punerea la dispoziție a spațiului unde furnizorul să își realizeze amplasamentul și să monteze echipamentele de distribuție oxigen medicinal".*

Văzând răspunsul la solicitarea de clarificări înregistrat la emitent sub nr. 702/18.01.2019, ***publicat în SICAP, la data de 22.01.2019***, prin care autoritatea contractantă a precizat că: *„Solicitarea nu se acceptă, deoarece autoritatea contractantă nu pune la dispoziția furnizorului platforma betonată și împrejmuita cu gard metalic existentă, acestea nefiind proprietatea spitalului. Furnizorul trebuie să realizeze amenajarea spațiului necesar amplasării stocatorului criogenic și vaporizatorului, suportând totale costurile pentru proiectare, pregătirea documentației de avizare, execuția fundațiilor betonate necesare amplasării instalațiilor"*, Consiliul constată că, prin respectivul demers, documentația de atribuire nu a suferit nicio modificare, iar răspuns de mai sus a fost clar, concis şi a fost emis cu respectarea rigorilor art. 160 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a publica răspunsurile însoţite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziţiei, indicată potrivit dispoziţiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informaţiile suplimentare respective."*

Similară este situația și în cazul solicitării contestatoarei privind includerea anexei în Modelului de acord-cadru *„Acord de asigurarea calității privind drepturile, obligațiile și responsabilitățile referitoare la operațiile de manipulare, depozitare și transport al produselor",* atât pentru …, cât și pentru cel …, cerere la care, autoritatea contractantă a răspuns *„Solicitarea dumneavoastră nu se acceptă"*, iar în punctul de vedere a învederat Consiliului faptul că modelul de contract este standard, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini.

Consiliul constată că SC ... SRL a luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire în data de …, conform anunțului de participare nr. …, astfel că avea posibilitatea aplicării dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie 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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii".

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul constată că actul autorităţii contestat este, evident, documentaţia de atribuire, în forma în care aceasta a fost publicată la data de **...**, astfel că depunerea, în data de **28.01.2019**, a contestaţiei este efectuată cu depăşirea termenului de 10 zile, statuat prin dispoziţiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termen care a început să curgă de la data publicării documentaţiei de atribuire şi s-a încheiat, conform prevederilor art. 5 alin. (1) și (2) din Lege din acelaşi act normativ, în data de ***03.01.2019*****.**

În concluzie, termenul, în care se poate contesta documentaţia de atribuire, curge de la data publicării acesteia şi nu de la data la care s-a răspuns unei aşa-zise „clarificări", care nu poate opera decalarea datei de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestaţiei.

Relevante, în sprijinul acestei concluzii, sunt: decizia nr. 1861/ 01.10.2009, decizia nr. 1903/05.10.2009 şi decizia nr. 1742 din 19.07.2010, pronunţate de Curtea de Apel Bucureşti – Secţia a VIII-a de Contencios Administrativ şi Fiscal, precum şi decizia nr. 1449/CA/ 16.12.2009, decizia nr. 1462/CA/11.08.2011 şi decizia nr. 1518/CA/ 08.09.2010, pronunţate de Curtea de Apel Alba Iulia – Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal.

În ceea ce privește noul act contestat, respectiv *„răspunsul autorității contractante*" la solicitarea de clarificări, precum și noul capăt de cerere: *„remedierea răspunsului la solicitările de clarificări*", menționate în adresa nr. 211/04.02.2019, înregistrată la CNSC cu nr. …, formulată de către contestatoare ca urmare a punerii în discuție a excepției tardivității, Consiliul le va respinge ca inadmisibile.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere prevederile art. 10 din Legea nr. 101/2016, din care rezultă că persoana vătămată sesizează Consiliul, în termenul prevăzut la art. 8 din același act normativ, cu o contestaţie care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt şi drept.

Nicăieri în cuprinsul cap. III și IV din Legea nr. 101/2016 nu se aminteşte că persoana vătămată poate sesiza Consiliul cu o contestație ce conține anumite critici, iar ulterior, să prezinte alte motive, analize, afirmații etc. față de cel conținute de contestația prin care s-a delimitat cadrul soluționării ei, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost învestit în termenul legal de contestare.

Prin urmare, criticile și capetele de cerere, suplimentare celor din contestație, formulate de către SC ... SRL, prin adresa menționată mai sus, vor fi respinse ca inadmisibile, așa cum dispune art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv: *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea **unor noi capete de cerere** pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie **ulterior termenului legal de formulare a acesteia**."*

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare, Consiliul va admite excepţia tardivităţii contestaţiei, invocată din oficiu, şi va respinge contestaţia, depusă de către SC ... SRL, ca tardiv introdusă.

Verificând conținutul anunțului de participare nr. …, Consiliul constată că, la data emiterii prezentei, la starea fiecărui lot (lotul 1 și 2) se regăsește mențiunea: „*Suspendata*”, caz în care cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea contestaţiei, formulată de către SC ... SRL, este rămasă fără obiect, urmând a fi respinsă în consecință, în temeiul dispozițiilor art. 9 alin. (1) și art. 23 din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca fiind rămasă fără obiect, cererea contestatoarei SC ... SRL de dispunere a măsurii provizorii de suspendare a procedurii de atribuire.

Admite excepţia tardivităţii contestaţiei, invocată *ex officio*, şi respinge ca tardivă contestaţia depusă de SC ... SRL, cu sediul în …, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ….

Obligatorie.

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

Președinte,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**
...	**...**	**...**

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