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 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. 122/13.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48272/13.11.2017, depusă de SC .....SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... în calitate de administrator, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 26857/27.10.2017 și a raportului procedurii de atribuire, emise de către SPITALUL CLINIC JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ....., cu sediul în .....-..... ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, având ca obiect: *„Sisteme de climatizare, ventilație și filtrare pentru bloc operator și ATI”*, cod CPV 42512000-8, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente.
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou rezultat al procedurii cu respectarea legislației în materie.

Prin contestația nr. 123/14.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48599/15.11.2017, depusă de SC .....SRL, cu sediul în .....-....., str. ..... nr. ....., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... în calitate de administrator, împotriva rezultatului procedurii nr. 22772/B/31.10.2017 emis de către SPITALUL CLINIC JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ....., cu sediul în .....-....., Str. ....., ... Jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă,

având ca obiect: „Sisteme de climatizare, ventilație și filtrare pentru bloc operator și ATI”, cod CPV 42512000-8, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente.

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și la emiterea unul nou rezultat al procedurii cu respectarea legislației în materie.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 4020/2017 și nr. ...../2017, 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:

SC .....SRL a formulat prima contestație în data de 13.11.2017 împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 26857/27.10.2017 și a raportului procedurii de atribuire.

În fapt, contestatorul susține că, în data de 02.11.2017, autoritatea contractantă i-a transmis comunicarea nr. 26857/27.10.2017 prin care i s-a adus la cunoștință că oferta depusă este neconformă. Ca urmare, SC .....SRL a depus notificarea prealabilă în data de 31.10.2017.

Ca urmare a notificării contestatorului, autoritatea contractantă răspunde prin adresa 23081/B/02.11.2017 prin care menționează că nu se vor lua măsuri de remediere.

Prin adresa nr. 24328/B/20.11.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 49443/20.11.2017, autoritatea contractantă a depus punct de vedere referitor la contestația nr. 122/13.11/2017.

Astfel, autoritatea contractantă menționează în urma comunicării privind respingerea ca neconformă a ofertei aparținând SC .....SRL, a primit notificarea prealabilă din 31.11.2017. În data de 2.11.2017 autoritatea contractantă răspunde notificării în care menționează că nu se vor lua măsuri de remediere.

Autoritatea specifică „*prezenta contestație a fost formulată la data de 13.11.2017, adică peste termenul de 5 zile prevăzut la art.8, alin (1), lit. b) din legea 101/2016, subscrisa vă solicitam admiterea excepției tardivității și respingerea contestației ca tardiv formulată*”.

SC .....SRL formulează contestația cu nr 123/14.11.2017 înregistrată la CNSC sub nr. 48599/15.11.2017.

Potrivit contestatorului, în data de 11.08.2017, autoritatea contractantă, SPITALUL CLINIC JUDEȚEAN ..... a inițiat procedura de atribuire având ca obiect „*furnizarea/cumpărarea - sisteme de climatizare, ventilație și filtrare pentru bloc operator și ATI*”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 408961/11.08.2017.

La această procedură au depus ofertă contestatorul și SC .....SRL.

SC .....SRL. a formulat notificarea prealabilă cu nr. 273/16.08.2017, transmisă în 16.08.2017. În urma notificării prealabile autoritatea contractantă a menționat nu se vor lua măsuri de remediere.

În urma răspunsului, SC .....SRL a formulat contestația cu 283/22.08.2017. Punctul de vedere al autorității contractante nr. 18274/B/31.08.2017 a fost transmis către contestator și către CNSC. Prin decizia nr. ...../...../...../....., CNSC a decis admiterea contestației formulate de SC .....SRL și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor aparținând SC .....SRL cu privire la solicitarea de clarificări privind cerința *„Unitate interioară dotată cu valvă electronică de expansiune*".

Autoritatea contractantă, după reevaluarea ofertelor, constată că oferta operatorului SC .....SRL îndeplinește cerințele tehnice, respectiv sistemul propus și ofertat este dotat cu valvă electronică de expansiune, în consecință clasamentul ofertanților rămânând neschimbat. În data de 18.10.2017 SC ..... SRL a formulat notificarea nr. 330 cu privire la reevaluare corectă a ofertelor și la emiterea unui nou rezultat al procedurii.

În urma acestei notificări, comisia de evaluare a reevaluat oferta aparținând SC .....SRL, iar în contradictoriu cu prevederile cuprinse în caietul de sarcini a reținut că oferta este neconformă, motivând că valva electronica de expansiune aparținea unității exterioare a aparatului, și nu unității interioare astfel cum era prevăzut în caietul de sarcini. Contestatorul consideră că prin emiterea respectivului document s-a produs o încălcare a legislației, în sensul în care fișa tehnică este parte componentă a caietului de sarcini, iar în caietul de sarcini este prevăzută expres această derogare: *„4. Orice ofertă prezentată, care se abate de la prevederile prezentului caiet de sarcini, va fi luată în considerare, dar numai în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minimale*". Prin fișa tehnică depusă în licitație, cât și în răspunsul din data de 05.10.2017 contestatorul menționează că aparatul ofertat este dotat cu valvă electronică de expansiune montată în unitatea exterioară, acest lucru oferindu-i performante superioare cerințelor din caietul de sarcini și implicit fișa tehnică.

Referitor la aspectele tehnice contestatorul menționează faptul că pierderile de presiune printr-un filtru Hepa H 14 sunt de 250 Pa inițial și ajunge la final pana la 650 Pa. Practic unitatea interioară solicitată în fisa tehnică, care trebuie montată pe perete de culoare alb nu corespunde acestor cerințe deoarece orice unitate interioara de acest tip nu produce suficientă presiune pentru a putea trece aerul prin filtrul Hepa H 14. Prin urmare rezultă că prin respectarea întocmai a fisei tehnice nu există posibilitatea de a se respecta cerințele minime prevăzute.

În opinia contestatorului, dacă SC .....SRL a ofertat un aparat tip duet cum a ofertat și contestatorul rezultă că nu a respectat fisa tehnică deci a prezentat o ofertă neconformă. Dacă a respectat fișa tehnică

înseamnă că nu va putea respecta *„Cerințe minime pentru sistemele de climatizare și ventilație deoarece nu va putea să asigure o puritate în aer conform unei Sali de Operație si ATI de 99,99%*" la un debit solicitat de 42.000 BTU.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a declarat oferta SC .....SRL câștigătoare rezultă, fie că a acceptat o derogare prevăzută în caietul de sarcini la punctul 4, fie și acesta a depus o ofertă neconformă, întrucât așa cum a arătat nu era posibilă depunerea unei oferte care să respecte întocmai cerințele din fișa tehnică.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nesocotind prevederile art. 7 din Legea nr. 101/2016, a publicat, în 2 noiembrie 2017, raportul final al procedurii. Față de acest act al autorității contractante, a formulat notificare prealabilă în data de 6 noiembrie 2017, notificare prealabilă la care autoritatea contractantă nu a răspuns.

Astfel, contestatorul solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente precum și la evaluarea ofertelor.

Prin adresa nr. 48987/...../16.11.2017, Consiliul solicită autorității contractante transmiterea documentelor emise de la ultima decizie, oferta tehnică a operatorului SC .....SRL, dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa 24328/B/20.11.2017 înregistrată la CNSC sub nr. 49433/ 20.11.2017 autoritatea contractantă trimite punctul de vedere cu privire la contestația depusă.

Practic, în urma deciziei CNSC nr. ...../...../...../..... s-a dispus admiterea contestației depusa de SC .....SRL și anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente, precum și reevaluarea ofertei aparținând SC .....SRL.

Ca urmare a deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a reevaluat ofertele aparținând SC .....SRL, constatând că oferta îndeplinește caracteristicile tehnice specificate.

După transmiterea comunicărilor către cei doi ofertanți autoritatea contractantă a primit notificarea cu nr.21752/B/18.10.2017 de la SC .....SRL prin care solicita reevaluarea corectă a ofertelor și emiterea unui nou rezultat al procedurii.

Autoritatea contractantă a evaluat oferta contestatorului, constatând că valva de expansiune electronică aparținea unității exterioare și nu unității interioare astfel cum era prevăzut în caietul de sarcini, oferta acestuia fiind declarată neconformă.

În urma comunicării rezultatului, autoritatea contractantă a primit notificarea cu nr. 2789/B/31.10.2017, în urma căreia a precizat că nu va adopta măsurile de remediere propuse.

După încheierea raportului și transmiterea comunicărilor celor doi ofertanți, autoritatea contractantă susține că a primit a doua notificare prealabilă înregistrată cu nr. 23263/B/06.11.2017 la care nu a răspuns datorita faptului ca a considerat că trebuia depusă contestație și nu o a doua notificare.

Întrucât, în cadrul contestației SC .....SRL a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a transmis în acest sens adresa nr. 52364/...../.....-...../07.12.2017, în care se menționează termenul limită de studiere.

În urma studiului dosarului achiziției contestatorul depune concluzii scrise prin adresa nr. 143/11.12.2017 înregistrată la CNSC sub nr. 52909/12.12.2017.

Astfel potrivit opiniei contestatorului, raportul final al procedurii emis în data de 31.10.2017, ar fi fost întocmit cu încălcarea prevederilor legale datorită faptului că oferta declarată câștigătoare de autoritatea contractantă nu respecta cerințele din fișa tehnică.

Contestatorul susține că în oferta operatorului SC .....SRL aparatul nu este montat aparent, conform solicitărilor din fișa tehnică, ci se montează în tavan. Prin urmare, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a realizat o derogare în privința ofertei depuse de SC .....SRL.

Contestatorul reține faptul că în cuprinsul caietului de sarcini se prevede *„Toate autorizațiile și certificatele trebuie să fie în termen de valabilitate. Atenție: Ofertele care nu fac dovada explicită a caracteristicilor tehnice declarate vor fi considerate neconforme*”.

Contestatorul susține că SC .....SRL nu a depus nici unul din următoarele documente solicitate:

- declarație/ certificat CE de conformitate pentru produsele ofertate, emis de către organisme abilitate din care reiese conformitatea produselor și valabilitatea Marcajului CE,
- fișe tehnice detaliate, în limba română cu privire la produsul ofertat. Fișele tehnice trebuie să cuprindă toate informațiile necesare în vederea determinării corespondenței între produsul ofertat și cerințele minimale din caietul de sarcini,
- cataloage, pliante și alte înscrisuri din care să reiasă cele precizate în oferta tehnică
- Formularul – Date de identificare ale produsului.

Prin urmare, contestatorul solicită obligarea autorității la anularea raportului final al procedurii, la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport final cu respectarea prevederilor legale.

Prin adresa nr. 144/13.12.2017 înregistrată la CNSC sub nr. 53279/ 13.12.2017 contestatorul semnalează încălcarea prevederilor art. 9 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, de către autoritatea contractantă datorită faptului că a încheiat contractul ulterior formulării contestației.

În cuprinsul aceleași adrese contestatorul semnalează și neîndeplinirea obligațiilor prevăzute de art. 16 alin. (2) din Legea nr.

101/2016 de către autoritatea contractantă datorită nepublicării în SEAP în termen de 1 zi a contestației formulate.

Prin adresele transmise prin e-mail și înregistrate la CNSC sub nr. 54913/22.12.2017 și nr. 54914/22.12.2017, autoritatea contractantă completează dosarul achiziției.

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

SPITALUL CLINIC JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, prin licitație online, având ca obiect: *„Sisteme de climatizare, ventilație și filtrare pentru bloc operator și ATI”*, cod CPV 4251200-8. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. 408961/10.07.2017, potrivit căruia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 485.000 lei, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Pe rolul Consiliului, în cadrul acestei proceduri de atribuire s-a aflat contestația nr. 283/22.08.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 35525/ 24.08.2017, formulată de SC .....SRL împotriva răspunsului la notificarea prealabilă, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, emise de către SPITALUL CLINIC JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ..... Prin Decizia nr. ...../...../..... din data de ....., Consiliul *„a admis contestația depusă de SC .....SRL în contradictoriu cu SPITALUL CLINIC JUDEȚEAN DE URGENȚĂ ..... A dispus anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei aparținând SC .....SRL prin solicitarea de clarificări privind cerința „Unitate interioară dotată cu valvă electronică de expansiune”, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei”*.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității depunerii contestației nr. 122/13.11.2017 de către SC .....SRL invocată de autoritatea contractantă.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze, înainte de toate, excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

Nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege. Prin constatarea decăderii, dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Consiliul constată următoarele:

- în cadrul contestației, SC .....SRL nu a indicat/precizat care este actul atacat al autorității contractante, motiv pentru care prin adresa nr.

48589/.....-...../15.11.2017 Consiliul a solicitat acestuia să depună actul atacat și dovada datei luării la cunoștință despre acesta;

- în cadrul notificării anexată contestației, contestatorul susține că în data de 24.10.2017 autoritatea contractantă a declarat oferta ca fiind neconformă în baza art. 215 alin. (5) Legea nr. 98/2016;

- prin adresa nr. 129/17.11.2017 contestatorul răspunde la solicitarea Consiliului menționând că anexează actul atacat constând în răspunsul nr. 23081/B/02.11.2017.

Consiliul procedând la verificarea acestui înscris Consiliul constată că acesta reprezintă răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă și nu actul atacat al autorității contractante astfel cum este definit la art. 3 lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Ulterior, Consiliul revine prin adresa nr. 50548/.....-...../27.11.2017 și solicită contestatorului să completeze contestația cu toate elementele prevăzute la art. 10 din Legea nr. 101/2016.

Ca răspuns la această nouă solicitare, contestatorul anexează adresa nr. 26857/27.10.2017 având număr de înregistrare de la contestator în data de 02.11.2017.

La data de 22.12.2017 autoritatea contractantă trimite la CNSC print-screen-ul din SEAP „*detaliu intrebare*" din care rezultă că la data de 24.10.2017 orele 15:20 la rubrica „*întrebare*" a menționat *„oferta este neconformă, art. 215 alin. (5) din legea 98/2016"*.

Având în vedere această mențiune din cadrul SEAP, contestatorul alege să depună notificarea prealabilă pe care o trimite autorității contractante prin fax la data de 31.10.2017.

La data de 02.11.2017 autoritatea contractantă răspunde la notificarea prealabilă în care menționează că *„nu se vor lua măsurile de remediere propuse de dumneavoastră*" răspuns trimis prin e-mail la data de 02.11.2017 orele 11:28.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține că în speță sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 6 alin. (1), potrivit căruia:

„(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 egală sau mai mare 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".

- art. 6 alin. (10), care dispune că:

„(10) Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă"

- art. 6 alin. (11), care dispune că:

„(11) ***Prin excepție de la prevederile alin. (1) și (10), orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit alin. (5) poate depune contestație în fața Consiliului sau instanței fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă****.*

- art. 8, conform căruia:

(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și ***oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă*** *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:*

b) ***5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică****, achiziție sectorială 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.*

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că investirea CNSC cu soluționarea contestației se face după luarea la cunoștință despre faptul că autoritatea contractantă nu urmează să adopte măsuri de remediere ca răspuns la o notificare prealabilă fără formularea unei noi notificări, începând cu ziua următoare luării la cunoștință a măsurii de remediere luată urmare a unei notificări conform art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Relevantă pentru speța în cauză este și expunerea de motive avută în vedere la emiterea Legii nr. 101/2016 (existentă pe site-ul camerei deputaților), prin care se precizează: *„De la caracterul obligatoriu al notificării prealabile a fost instituită o excepție în scopul evitării formulării unor notificări prealabile succesive, de către diferiți operatori economici care se consideră vătămați de eventualele măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă urmare a unei notificări prealabile. Proiectul de lege prevede în cazul acestora posibilitatea să se adreseze direct Consiliului sau instanței cu o contestație"*.

Cum aspectul că autoritatea contractantă nu va adopta măsuri de remediere a fost comunicat în data 02.11.2017, prin răspunsul la notificarea prealabilă formulată de SC .....SRL, termenul de contestare

începe să curgă din ziua următoare luării la cunoștință a măsurii de remediere și se încheia la ultima oră a zilei de 07.11.2017.

Prezenta contestație fiind transmisă la Consiliu în data de 13.11.2017, termenul legal de 5 zile a fost depășit.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și pe cale de consecință respinge, ca tardivă, contestația nr. 122/13.11.2017 formulată de SC .....SRL.

Referitor la contestația nr. 123/14.11.2017 Consiliul reține următoarele:

La data de 02.11.2017 autoritatea contractantă alege să comunice adresa nr. 26857/27.10.2017 fiind înregistrată la contestator sub nr. 119/02.11.2017.

La data de 06.11.2017 contestatorul transmite la autoritatea contractantă notificarea nr. 121/03.11.2017, fiind înregistrată la aceasta sub nr. 23263/B/06.11.2017.

În speță, Consiliul reține că sunt incidente următoarele:

- art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prevede sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă. Alin. (10) al aceluiași articol subliniază că sesizarea prin contestație este posibilă numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă;

- potrivit actului normativ antecitat, 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 notificatorul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)];

- art. 6 alin. (1) lit. b): *„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* [...]”*;*

- art. 6 alin. (10): *„Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.”;*

- art. 8 alin. (1): *„Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4)* [...] *poate sesiza Consiliul* [...]";

- art. 11 alin. (2): "*Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există* [...]";

- din conținutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, respectiv condiție de admisibilitate a contestației;

- Notificarea prealabilă nr. 121/03.11.2017, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 23263/B/06.11.2017, formulată de SC .....SRL are următorul conținut: „ *în data de 02.11.2017, autoritatea contractantă (...) a declarat câștigătoare oferta societății .....SRL. Conform datelor din anunțul de organizare a achiziției publice, criteriul care urma să se aplice pentru desemnarea ofertei câștigătoare era „prețul cel mai scăzut" referitor la procedura simplificată „Sisteme de climatizare, ventilație și filtrare pentru bloc operator și ATI" s-au depus două oferte, o ofertă aparținând subscrisei, iar cealaltă ofertă aparținând societății .....SRL. Considerăm că prin emiterea respectivului document s-a produs o încălcare, în sensul nerespectării criteriului aplicat procedurii. Oferta noastră este conformă, respectând prevederile caietului de sarcini, iar conform criteriului precizat în anunț (...) oferta subscrisei este câștigătoare. Pentru aceste motive vă solicităm respectuos să procedați la renumirea noastră ca și câștigător de procedură având în vedere faptul că oferta noastră este conformă și are prețul cel mai scăzut*"

- din cuprinsul notificării formulate, Consiliul reține că nemulțumirea societății contestatoare vizează decizia de respingere a ofertei sale.

- din parcurgerea atentă a notificării formulate, Consiliul constată că motivele concrete de nelegalitate și netemeinicie a deciziei autorității nu apar menționate nici cu privire la modalitate de evaluare a ofertei sale nici cu privire la oferta declarată câștigătoare.

- analizând contestația nr. 123/14.11.2017 formulată ulterior de contestator, Consiliul constată că aceasta este formulată în temeiul art. 8 din Legea nr. 101/ 2016, actul atacat este raportul procedurii nr. 22772/B/31.10.2017, comunicat la data de 02.11.2017 obiectul său fiind:

- *„obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente.*

- *obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou rezultat al procedurii cu respectarea legislației în materie*".

Din examinarea contestației formulate, Consiliul are în vedere că societatea contestatoare reclamă următoarele:

Ulterior notificării prealabilă, SC .....SRL a formulat critici cu privire la aspecte concrete, care vizează aspecte de neconformitate/inacceptabilitate cu privire la oferta depusă de SC .....SRL.

Ca aspect preliminar, se are în vedere că, așa cum a fost mai sus reținut, societatea contestatoare în cadrul notificării prealabile formulate

a susținut că oferta sa trebuia declarată câștigătoare, iar ulterior în cadrul contestației formulate, reclamă aspecte de neconformitate cu privire la oferta depusă de SC .....SRL.

Astfel fiind, Consiliul are în analiză o contestație care privește decizia de declarare a ofertei câștigătoare, vizavi de motive de neconformitate **noi**, notificarea necuprinzând niciunul dintre aceste motive identificate în cadrul contestației formulate.

În contextul intrării în vigoare, în data de 26.05.2016, a noii legislații în materia achizițiilor publice, este de remarcat caracterul de noutate introdus în Legea nr. 101/2016, legat de parcurgerea, anterior depunerii contestației la Consiliu, a unei etape vizând transmiterea de către contestator către autoritatea contractantă a unei notificări prealabile, care, potrivit art. 6 alin. (1) din lege, mai sus citate, trebuie să privească solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile.

În cazul în care persoana vătămată este nemulțumită de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul legal prevăzut poate sesiza Consiliul, după cum dispune art. 8 alin. (1) din legea remediilor.

Se desprinde din dispozițiile invocate concluzia că, atâta vreme cât depunerea contestației la Consiliu este precedată de o notificare prealabilă, contestatoarea fiind nemulțumită de răspuns sau neprimind răspuns la notificare, cele două nu pot avea conținut diferit. În caz contrar, ar fi golită de orice conținut necesitatea parcurgerii etapei premergătoare a notificării.

De altfel, în expunerea de motive a Legii nr. 101/ 2016, ce se găsește pe site-ul Camerei Deputaților (http://www.cdep.ro/proiecte/2016/000/10/9/em19.pdf) se arată, la pct. 2 Schimbări preconizate, subpct. 2 Obligativitatea notificării prealabile a autorității contractante, următoarele:

"Un aspect de noutate este reprezentat de obligativitatea notificării prealabile – mecanism care încurajează un dialog prealabil între autoritățile contractante și operatorii economici. Această abordare se înscrie în linia generală a directivelor europene în materie de achiziții publice, care pun accent pe eliminarea barierei de comunicare dintre actorii implicați in procedurile de atribuire, in vederea îmbunătățirii calității și finalității procedurilor de atribuire.

Astfel, operatorii economici pot sesiza in mod direct autoritatea contractante asupra unor eventuale nereguli, înainte de a depune contestație la Consiliu sau la instanța de judecata. Lipsa notificării prealabile duce la imposibilitatea sesizării Consiliului sau instanței competente.

Obiectivul acestui demers este de a face autoritățile contractante mai responsabile cu privire la respectarea principiilor aplicabile procedurilor de atribuire de a asigura ca acestea au posibilitatea reala de a lua masuri de remediere, fără a fi sub presiunea unei contestații.

De la caracterul obligatoriu al notificării prealabile a fost instituita o excepție în scopul evitării formulării unor notificări prealabile succesive, de către diferiți operatori economici care se consideră vătămați de eventualele măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă urmare a unei notificări prealabile. Proiectul de lege prevede in cazul acestora posibilitatea sa se adreseze direct Consiliului sau instanței cu o contestație.

Formularea unei notificări prealabile are ca efect suspendarea de drept a încheierii contractului, sub sancțiunea nulității absolute a contractului.

Procedura privind notificarea autorității contractante nu va presupune niciun fel de costuri sau garanții suplimentare pe care ar trebui sa le suporte operatorul economic."

Atâta vreme cât legiuitorul a urmărit să existe un dialog prealabil între operatorii economici și autoritățile contractante, astfel încât acestea din urmă, în cazul în care consideră necesar, să poată adopta măsuri de remediere, este evident că acest dialog trebuie să privească **aceleași aspecte care**, pentru situația în care nu s-a ajuns la luarea unor astfel de măsuri, operatorul economic nemulțumit să se adreseze Consiliului.

Procedura notificării prealabile instituie o obligație subiectului vătămat de a se adresa autorității care i-a produs vătămarea și să solicite acesteia remedierea pretinsei încălcări în materie, într-un anumit termen.

Cât timp autorității contractante i se invocă o anumită încălcare a legislației, nu se poate veni ulterior, după primirea unui răspuns la notificare sau a expirării termenului de răspuns, pe calea contestației, cu alte motive cu privire la care nu s-a efectuat procedura prealabilă.

De altfel, dacă nu s-ar aplica această interpretare, scopul introducerii notificării prealabile, de a da posibilitatea autorității contractante să își revizuiască actele încheiate, în cazul în care i se aduce la cunoștință o eventuală încălcare a legii, nu ar mai putea fi atins. Doar în cazul unui refuz din partea autorității contractante de a răspunde sau de a adopta măsuri de remediere sau pentru situația în care se consideră vătămat de măsurile adoptate, operatorul economic se poate adresa Consiliului, **pentru aceleași motive în legătură cu care a notificat autoritatea.**

Părțile în litigiu se întâlnesc în etapa premergătoare contestației pentru o soluționare amiabilă a aspectelor reclamate, or, atâta vreme cât ele nu au fost aduse în discuție în respectiva etapă, nu pot fi admisibile în etapa atacării actului la Consiliu.

În considerarea celor prezentate, constatându-se că societatea contestatoare nu a notificat autoritatea contractantă în legătură cu aspecte reclamate în contestație, Consiliul constată inadmisibilitatea criticilor formulate în acest sens.

Așadar, contestația nu poate cuprinde în motivare alte critici decât cele formulate în notificare, sub sancțiunea inadmisibilității lor. Altminteri, instituția juridică și procedurală legală a notificării ar deveni inutile, din moment ce persoana vătămată ar putea invoca orice în contestație, fără teama că noile obiecții nu vor rămâne neanalizate.

Aceeași opinie este îmbrățișată și de Curțile de Apel, elocventă fiind Hotărârea nr. 466/2017 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș în dosarul 162/43/2017 care a statuat următoarele:

„În ceea ce privește prima neconformitate invocată atât prin contestație, cât și prin prezenta plângere, Curtea reține că este îndreptățită concluzia CNSC conform căreia, atâta timp cât notificarea prealabilă nu cuprinde niciun fel de referire la componentele fișei tehnice depuse de către S. C SRL, autoritatea contractantă nu avea posibilitatea să își formuleze un răspuns punctual cu privire la aceste componente.

Prin notificarea prealabilă, contestatoarea nu a avut fundamentată o listă nominală de neconformități între specificația tehnică din dosarul achiziției și propunerea tehnică depusă de ofertantul S. C.... SRL, cu toate că potrivit art. 6 din Legea nr. 101/2016, prin notificarea prealabilă, persoana care se consideră vătămată este obligată să sesizeze neregulile constatate. ***Interpretarea instanței de judecată dată acestui text de lege este acela că notificarea trebuie să cuprindă punctual și concret neregulile constatate, și nu cu caracter de generalitate."***

În considerarea celor prezentate, constatându-se că societatea contestatoare nu a notificat autoritatea contractantă în legătură cu aspecte reclamate în contestație, Consiliul constată inadmisibilitatea contestației formulate în acest sens.

În speță, Consiliul reține faptul că societatea contestatoare nici în cadrul notificării și nici în cadrul contestației nr. 123/14.11.2017 nu a motivat în fapt și în drept faptul că oferta sa a fost declarată neconformă și nici modalitatea nelegală de evaluare a ofertei depusă de SC .....SRL, încălcând astfel prevederile art. 249 cpc care dispune că *„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. 68 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 care este prejudiciul/vătămarea produsă.

Ori, contestatorul s-a limitat la a copia fragmente din documentația de atribuire fără însă a argumenta și produce vreo probă care să demonstreze calitatea de persoană vătămată într-un drept sau interes legitim.

Ulterior însă urmare a studiului dosarului, cu încălcarea prevederilor art. 21 din Legea nr. 101/2016 contestatorul prezintă noi motive de contestare și precizează care sunt încălcările referitoare la oferta depusă de SC .....SRL.

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

DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă și pe cale de consecință respinge, ca tardivă, contestația nr. 122/13.11.2017 formulată de SC .....SRL.

Respinge ca inadmisibilă contestația nr. 123/14.11.2017 formulată de SC .....SRL.

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

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 14 (paisprezece) pagini.