



# 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](http://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 cu nr. .... / ....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în ....., str. .... nr. ...., ..... și adresă de corespondență în ....., str. .... nr. ...., ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ...., având CUI RO ....., împotriva adreselor de solicitări de clarificări din data de 22.12.2016 pentru loturile 5-14 și răspunsurilor din data de 05.01..... la notificările prealabile pentru loturile 5-14, transmise în data de 02.01....., emise de către ..... SA, cu sediul în municipiul ....., ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată prin „licitație deschisă” on-line, fără etapă finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare, împărțit pe loturi, având ca obiect „.....”, cod CPV 34144700-5, s-a solicitat:

- în principal: anularea în parte a actelor atacate, obligarea autorității contractante să ia măsurile necesare pentru remedierea actelor care afectează procedura de atribuire, respectiv a adreselor mai sus menționate, cu consecința obligării autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a clauzelor contractuale, în conformitate cu prevederile legale și cu respectarea principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, astfel cum a fost solicitat prin Notificarea prealabilă nr. A0001/02.01..... și reiterat în prezenta contestație;

- în subsidiar: anularea procedurii de atribuire, în măsura în care se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire.

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

SC ..... SA a formulat contestație împotriva adreselor de solicitări de clarificări din data de 22.12.2016 pentru loturile 5-14 și răspunsurilor din data de 05.01..... la notificările prealabile pentru loturile 5-14, transmise în data de 02.01....., emise de către ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată prin „licitație deschisă” on-line, fără etapă finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare, împărțit pe loturi, având ca obiect „.....”, cod CPV 34144700-5.

În fapt, contestatorul precizează că, în cadrul procedurii, a formulat Notificarea prealabilă nr. A1719/04.10.2016, în cuprinsul căreia, la pct. 4, s-a solicitat autorității contractante să confirme faptul că, *„clauzele contractuale vor fi negociate cu ofertantul câștigător, având la baza și amendamentele propuse de acesta, cu respectarea intereselor comerciale și legitime ale ambelor părți”*. Solicitarea a avut în vedere documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, inclusiv Formularul 9 - Documente de confirmare a acceptării de către ofertant a clauzelor contractuale, a prevederilor caietului de sarcini și a clarificărilor/ modificărilor/completărilor la documentația de atribuire din Secțiunea „Formulare” a documentației de atribuire, în care autoritatea contractantă a menționat faptul că ofertanții pot depune în cadrul ofertei amendamente la clauzele contractuale publicate. La notificarea antemenționată, autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. .... /61932/11.10.2016, fără echivoc, faptul că operatorii economici au dreptul de a formula amendamente potrivit legii la momentul depunerii ofertei. Prin urmare, în cadrul ofertelor depuse, pentru Loturile 5-14, s-au depus amendamente la clauzele contractuale publicate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Contestatorul menționează că, ulterior depunerii ofertelor, în etapa de evaluare, așa cum rezultă din examinarea pct. 2 din Adresa nr. 14/8504/22.12.2016 pentru Lotul 5, Adresa nr. 14/8507/22.12.2016 pentru Lotul 6, Adresa nr. 14/8510/22.12.2016 pentru Lotul 7, Adresa nr. 14/8513/22.12.2016 pentru Lotul 8, Adresa nr. 14/8516/22.12.2016 pentru Lotul 9, Adresa nr. 14/8519/22.12.2016 pentru Lotul 10, Adresa nr. 14/8522/22.12.2016 pentru Lotul 11, Adresa nr. 14/8525/22.12.2016 pentru Lotul 12, Adresa nr. 14/8528/22.12.2016 pentru Lotul 13 și Adresa nr. 14/8531/22.12.2016 pentru Lotul 14, postate în SEAP, autoritatea contractantă a respins toate amendamentele formulate, solicitând să se renunțe la clauzele de modificare propuse, invocând prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, prezentând la subpunctele 1-28, motivele de respingere a acestora. Ca urmare, în termenul legal, s-a înaintat autorității contractante Notificarea prealabilă nr. A0001/ 02.01....., prin care s-a solicitat remedierea încălcării legislației privind achizițiile publice. Autoritatea contractantă a comunicat faptul că, în urma notificării

prealabile, nu va adopta măsurile de remediere solicitate și a reiterat solicitarea de a renunța la amendamentele propuse, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. b) din Legea 101/2016 - pentru Loturile 5-14. Față de refuzul autorității contractante de a lua vreuna din măsurile de remediere care au făcut obiectul Notificării prealabile nr. A0001/02.01....., s-a formulat prezenta contestație.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 1187/ .....-...../11.01....., Consiliul a solicitat autorității contractante dosarul achiziției, ofertele tehnice depuse de contestator în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 18 și cu art. 20 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Autoritatea contractantă s-a conformat solicitării de mai sus, prin adresele nr. .... /3165/17.01..... și nr. .... /3304/17.01....., înregistrate la CNSC cu nr. 1943/17.01..... și nr. 2024/18.01.....

În punctul de vedere autoritatea contractantă precizează că, în etapa de evaluare, a respins toate amendamentele formulate de contestator și i-a solicitat să renunțe la clauzele de modificare propuse, fiind invocate prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016. Contestatorul a înaintat Notificarea prealabilă nr. A0001/02.01....., prin care a solicitat remedierea încălcării legislației privind achiziție publice în ceea ce privește respingerea amendamentelor depuse în cadrul ofertelor pentru Loturile 5 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 și 14 cu privire la clauzele contractuale publicate.

Autoritatea contractantă menționează că a comunicat contestatorului că nu va adopta măsurile de remediere solicitate și a reiterat solicitarea de a renunța la amendamentele propuse, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 101/2016 pentru toate loturile 5-14. Față de acest refuz, care au făcut obiectul Notificării prealabile nr. A0001/ 02.01....., SC ..... SA a formulat prezenta contestație.

Față de cele solicitate de contestator, autoritatea contractantă arată că, urmare primirii Notificării prealabile nr. A1719/04.10.2016 formulată de acesta, s-au adoptat în totalitate măsuri de remediere pentru solicitările de la pct. 1.a. și pct. 2, s-au adoptat parțial măsurile de remediere pentru solicitarea de la pct. 3 și nu s-au adoptat măsuri de remediere pentru solicitările de la pct. 1.b. În ceea ce privește solicitarea de la pct. 4. din Notificarea prealabilă, de a se confirma că vor fi negociate clauzele contractuale cu ofertantul câștigător, s-au comunicat următoarele:

*„(...) Potrivit art. 137 alin. (3) lt. b) din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea*

*nr. 98/2016 privind achizițiile publice, „În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:*

*b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.*

*Având în vedere prevederile legale sus menționate, ..... nu va negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, fără ca acest lucru să greveze asupra dreptului operatorului economic de a formula amendamente potrivit legii, la momentul depunerii ofertei”.* Aceste informații se regăsesc în adresa nr. .... /61932/11.10.2016.

Autoritatea contractantă precizează că măsurile de remediere pe care le-a adoptat au fost publicate în data de 17.10.2016, ora 15:29 în SEAP cu respectarea termenelor legale prevăzute la art. 6 alin. (4) și (5) din Legea nr. 101/2016. Au fost adoptate două măsuri de remediere a Paragrafului din Cap. II. 9 Cerințe minime privind Perioada de Garanție din Caietului de Sarcini precum și prevederile art. 13.3, art. 13.4, art. 13.5 și art. 13.10 din Condițiile Generale pentru a se corela cu prevederile Caietului de Sarcini.

Autoritatea contractantă arată că a comunicat operatorului economic contestator prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice care sunt foarte clare și neechivoce în privința amendamentelor depuse în cadrul ofertelor, respectiv că dacă acestea sunt dezavantajoase pentru autoritatea contractantă și ofertantul nu renunță la ele deși a fost informat cu privire la această situație, atunci oferta sa va fi considerată neconformă. Mai mult decât atât, s-a precizat în mod concret că nu va negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale pe care le-a stabilit în cadrul documentației de atribuire. Astfel, operatorul economic avea dreptul conform dispozițiilor art. 8 alin. (1) și alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016 să sesizeze Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în cazul în care se considera vătămat de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă în termen de 10 zile începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5) din Legea nr. 10/2016, când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere.

Având în vedere că operatorul economic contestator nu și-a exercitat dreptul prevăzut de legiuitor în termenul legal menționat mai sus, autoritatea contractantă consideră că în prezent, acesta este decăzut din acest drept, motiv pentru care solicită Consiliului respingerea contestației în cauză.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că, ofertantul contestator a cunoscut prevederile legale privind adoptarea măsurilor de remediere la documentația de atribuire însă, deși i s-a comunicat că nu va negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale și a publicat în SEAP măsuri de remediere în urma depunerii Notificării prealabile nr. A1719/ 04.10.2016, acesta nu a utilizat calea legală incidentă pentru această situație stabilită de legiuitor la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și a formulat Notificarea prealabilă nr. A0001/02.01..... și contestația nr. ....../..... Astfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului să admită excepția inadmisibilității cererii contestatorului, întrucât contestatorul nu a respectat prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016 și nu a efectuat procedura prealabilă prevăzută de legiuitor, data luării la cunoștință fiind data publicării măsurilor de remediere, respectiv 17.10.2016. Din acest motiv, consideră că operatorul economic a fost decăzut din acest drept în data de 27.10.2016. Mai mult decât atât, dacă operatorul economic se considera „vătămat” de anumite prevederi ale modelului de contract, conform Legii nr. 101/2016, acesta trebuia să depună o notificare prealabilă prin care să solicite remedierea clauzelor contractuale (parte a documentației de atribuire publicată în ..... ) considerate disproporționate/abuzive. Prin nedepunerea unei notificări prealabile prin care să solicite remedierea clauzelor contractuale considerate disproporționate și/sau abusive parte integrantă a documentației de atribuire, operatorul economic a fost decăzută din acest drept în data de 04.10.2016.

Întrucât în cadrul contestației, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a transmis în acest sens adresa nr. 2728/...../ ...../25.01....., prin care menționează termenul limită de studiere a acestuia, precum și de depunere de concluzii scrise, acesta prezentându-se în data de 26.01.....

Prin adresa nr. A0107/....., înregistrată la CNSC sub nr. 3435/....., contestatorul a depus răspuns la punctul de vedere al autorității contractante transmis prin fax în data de 17.01....., prin adresa nr. 3303/17.01.....

Referitor la excepția inadmisibilității și excepția tardivității contestației, excepții invocate de către autoritatea contractantă, contestatorul solicită respingerea acestora.

Contestatorul precizează că, în cadrul procedurii, s-a formulat în termen legal, în raport cu data publicării documentației de atribuire (.....), Notificarea prealabilă nr. A1719/04.10.2016, în cuprinsul căreia, pe lângă alte solicitări de remediere, s-a solicitat la pct. 4, să confirme faptul că, „clauzele contractuale vor fi negociate cu ofertantul câștigător, având la bază și amendamentele propuse de acesta, cu respectarea intereselor comerciale și legitime ale ambelor părți”. Solicitarea a avut în vedere documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, inclusiv Formularul 9 - Documente de confirmare a acceptării de către ofertant și clauzelor contractuale, a

prevederilor caietului de sarcini și a clarificărilor/modificărilor/completărilor la documentația de atribuire din Secțiunea „Formulare” a documentației de atribuire în care s-a menționat faptul că ofertanții pot depune în cadrul oferte amendamente la clauzele contractuale publicate. De asemenea, a fost avut în vedere faptul că autoritatea contractantă nu a menționat niciun moment în cadrul documentelor licitației care ar fi clauzele contractuale obligatorii, care nu pot face obiectul amendării/negocierii.

Contestatorul arată că, la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. .... /61932/11.10.2016, fără echivoc, faptul că operatorii economici au dreptul de a formula amendamente potrivit legii la momentul depunerii ofertei. Totodată, a comunicat măsurile de remediere adoptate pentru celelalte aspecte solicitate, măsuri care au fost publicate și în SEAP în data de 17.10.2016. Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere pentru o parte din aspectele solicitate și a precizat că ofertanții pot depune amendamente potrivit legii la momentul depunerii ofertei, nu exista niciun motiv pentru a se depune vreo altă notificare prealabilă sau vreo contestație, raportat la răspunsul transmis prin adresa nr. .... /61932/ 11.10.2016 și respectiv, la măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 17.10.2016. Întrucât autoritatea contractantă a precizat în clar că se pot formula amendamente în cadrul ofertei, nu a fost necesară depunerea unei notificări prealabile/contestații. Interpretarea logică a răspunsului autorității contractante a fost și este aceea că eventualele amendamente la clauzele contractuale, formulate de către oricare dintre ofertanții în cadrul ofertelor depuse, urmau a fi analizate de autoritatea contractantă în perioada de evaluare a ofertelor, iar măsurile de remediere adoptate cu privire la acestea urmau a fi comunicate înainte de stabilirea ofertei câștigătoare. Orice altă interpretare ar goli de conținut răspunsul autorității contractante referitor la posibilitatea depunerii de amendamente în cadrul ofertei. Drept urmare, s-au depus amendamente la clauzele contractuale publicate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire în cadrul ofertelor depuse, pentru Loturile 5-14. Ulterior depunerii ofertelor, în etapa de evaluare, prin adresele postate în SEAP în data de 22.12.2016 pentru Loturile 5-14, autoritatea contractantă a respins toate amendamentele formulate de contestator, solicitându-i să renunțe la clauzele de modificare propuse, invocând prevederile art. 137 alin. (3) lit. b) din HG 395/2016, prezentând la subpunctele 1-28 motivele de respingere a acestora.

Contestatorul apreciază că, în termen legal, a înaintat autorității contractante Notificarea prealabilă nr. A0001/02.01....., prin care a solicitat remedierea încălcării legislației privind achizițiile publice, respectiv cele referitoare la respingerea amendamentelor depuse în cadrul ofertelor pentru Loturile 5-14. Autoritatea contractantă a comunicat prin adresele transmise în data de 05.01..... faptul că, în

urma notificării prealabile înaintate, nu va adopta măsurile de remediere. Față de refuzul autorității contractante de a lua vreuna din măsurile de remediere care au făcut obiectul Notificării prealabile nr. A0001/02.01....., s-a formulat în termen legal contestația nr. ....../.....

Având în vedere cele prezentate anterior, contestatorul apreciază că rezultă cu evidență faptul că prezenta contestație a fost făcută în termen, iar susținerile autorității contractante referitoare la faptul că ar trebui avute în vedere Adresa nr. ....../61932/11.10.2016 și respectiv, măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 17.10.2016, sunt vădit nefondate întrucât actele contestate sunt cele menționate anterior și nicidecum adresele invocate de autoritatea contractantă sau documentația de atribuire. Pe cale de consecință, pentru considerentele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului respingerea excepției inadmisibilității, precum și excepția tardivității, invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Până la data prezentei nu au fost depuse concluzii scrise urmare a studiului dosarului.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă” on-line, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „.....”, cod CPV 34144700-5 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....../....., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare la 28.10.2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 62.791.116 lei.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției inadmisibilității invocată de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat.

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de .....

La data de 05.10.2016 (în termenul legal) a formulat notificarea nr. A1719/04.10.2016 prin care solicita printre altele „*având în vedere formularul nr. 9 (...) potrivit căroră ofertanții pot depune în cadrul ofertei amendamente la clauzele contractuale propuse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire* **vă rugăm să confirmați că cauzele contractuale vor fi negociate cu ofertantul câștigător**, având la bază și amendamentele propuse de acesta, cu respectarea intereselor comerciale și legitime ale ambelor părți”

Analizând conținutul solicitării anterior reținută din cadrul înscrisului intitulat „notificare” în raport de prevederile art. 3 lit. e) coroborat cu art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că SC ..... SA nu a solicitat autorității contractante prin acest înscris reexaminarea vreunei

cerințe referitoare la formularul nr. 9 intitulat „Documente de confirmare a acceptării de către ofertant a clauzelor contractuale, a caietului de sarcini și a clarificărilor/modificărilor/ completărilor la documentația de atribuire”, în sensul revocării sau modificării acestuia, nu a sesizat încălcarea vreunei nereguli și nici nu a menționat măsurile de remediere pe care le considera necesare a fi luate de către autoritatea contractantă cu privire la acest formular; singura solicitare a SC ..... SA a fost ca autoritatea contractantă să îi confirme că, clauzele contractuale vor fi negociate cu ofertantul câștigător având la bază și amendamentele propuse de acesta, solicitare care se încadrează în prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Față de aceste aspecte analizând conținutul acestei adrese coroborat cu prevederile legale în vigoare, Consiliul urmează să o califice ca fiind solicitare de clarificări în temeiul prevederilor art. 160 din Legea nr. 98/2016 și nu notificare în temeiul prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016.

La această solicitare de clarificări din cadrul adresei nr. A1719/04.10.2016, autoritatea contractantă cu nerespectarea termenului reglementat de art. 160 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 care dispune că *„autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic”* (aspect necontestat), **confirmă** la data de 11.10.2016 prin adresa nr. .... /61932/ 11.10.2016 în sensul că *„potrivit art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016 (...). Având în vedere prevederile legale sus menționate, ..... **nu va negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale pe care le-a stabilit autoritate contractantă în cadrul documentației, fără ca acest lucru să greveze asupra dreptului operatorului economic de a formula amendamente potrivit legii, la momentul depunerii ofertei**”*.

Din răspunsul autorității contractante rezultă fără putință de tăgadă faptul că operatorii economici au dreptul de a formula amendamente, care vor fi analizate în cadrul etapei aferente iar dacă acestea sunt în mod evident în dezavantajul autorității contractante, ofertantul va fi informat cu privire la această situație iar dacă acesta nu renunță la amendamentele formulate oferta sa va fi respinsă ca neconformă, ..... SA subliniind în mod expres faptul că NU VA NEGOCIA CU OFERTANTUL DECLARAT CÂȘTIGĂTOR CLAUZELE CONTRACTUALE PE CARE LE-A STABILIT AUTORITATEA CONTRACTANTĂ ÎN CADRUL DOCUMENTAȚIEI.

Împotriva primirii acestui răspuns explicit, SC ..... SA nu a formulat nicio notificare în sensul prevederilor art. 3 lit. e) coroborat cu art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, prin care să solicite reexaminarea acestui răspuns în sensul revocării sau modificării

acestui, nu a sesizat încălcarea niciunei nereguli și nici nu a menționat măsurile de remediere pe care le considera necesare a fi luate.

Ca urmare a acestui răspuns prin care ..... SA subliniază că nu va negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației și că în etapa de evaluare va face aplicarea prevederilor art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, SC ..... SA depune ofertă.

La data de 03.01..... (după cca. 84 de zile de luări la cunoștință a refuzului autorității contractante de a negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației și după cca. 101 de zile de la data luării la cunoștință despre conținutul clauzelor contractuale), contestatorul a formulat notificarea nr. A0001/02.01..... înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1056/03.01..... prin care solicită acceptarea reformulării, completarea și eliminarea unor clauze contractuale pe care le consideră abuzive și nelegale.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre faptul că anumite clauze sunt abuzive și nelegale pe care le reclamă, încă de la data de ....., iar de la data de 11.10.2016 a luat la cunoștință faptul că autoritatea contractantă nu va negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale pe care le-a stabilit în cadrul documentației.

Conform art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în cazul în care notificarea prealabilă privea conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță ....., reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Sub pretextul formulării unei adrese intitulată „*notificare*” contestatorul încearcă să obțină negocierea unor clauze contractuale (pe care le cunoștea de la data publicării și pe care le considera abuzive și nelegale) ulterior declarării ca și câștigător.

În speță contestatorul a stat în pasivitate cca. 101 de zile, mai mult a depus ofertă și amendamente la clauzele contractuale iar ulterior după adresa prin care autoritatea contractantă solicită renunțarea la amendamente motivat de faptul că sunt dezavantajoase autorității contractante, contestatorul depune notificare prin care solicită reformularea, completarea și eliminarea unor clauze contractuale pe care le consideră abuzive și nelegale.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016, pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1), (3) și (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a

depunerii contestației la Consiliu, contestatorul fiind ținut ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 10 de zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate deoarece, dacă nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate, de notificare prealabilă a autorității contractante în termenul legal și de așteptare a răspunsului la acesta, transmis de către autoritatea contractantă, Consiliul va respinge contestația pe calea excepției, fără să cerceteze pe fond motivele acesteia.

Prin urmare, notificarea prealabilă a autorității contractante într-un anumit termen constituie o condiție de admisibilitate pentru sesizarea Consiliului, dovada depunerii acesteia la autoritatea contractantă trebuind să fie atașată la contestație împreună cu copia răspunsului autorității contractante, dacă acesta există.

În cazul în care Consiliul investit cu o contestație, constată neîndeplinirea obligației stabilită în sarcina sa, de a notifica prealabil autoritatea contractantă în termenul legal, va respinge contestația ca inadmisibilă potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere faptul că SC ..... SA a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr. ....../....., notificarea autorității contractante fiind formulată la data de 02.01..... prin care solicită reformularea, completarea și eliminarea unor clauze contractuale pe care le consideră abuzive și nelegale, care a fost publicată la data de ..... (anterior notificării cu cca. 101 zile), Consiliul constată că acesta nu a respectat termenul legal de formulare a notificării prealabile care privește conținutul clauzelor contractuale, termen care începe să curgă de la data publicării acesteia în SEAP.

Având în vedere data depunerii contestației, Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*” potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;
- principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul legii nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația notificării prealabile a autorității contractante.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, notificarea prealabilă a autorității contractante a fost transmisă de către SC ..... SA, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi

jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate cu privire la documentația de atribuire încă de la data publicării ei - ..... – iar de la data de 11.10.2016 cunoștea că autoritatea contractantă nu va negocia cu ofertantul declarat câștigător clauzele contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea completarea/modificarea/eliminarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei notificări formulate ea însăși la distanță de 101 zile de la cunoașterea cerințelor din documentație de atribuire, operatorul economic ar putea să notifice și ulterior să conteste faptul că documentației de atribuire, respectiv clauzele contractuale sunt nelegale și abuzive, invocând curgerea termenului de la solicitarea de renunțare la respectivele clauze ca fiind dezavantajoase autorității contractante.

Așadar, raportat la normele art. 6 alin. (3) din ordonanță, este incidentă tardivitatea notificării prealabile a autorității contractante cu privire la conținutul documentației de atribuire.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse sau prin punerea la dispoziție a unor informații abuzive și nelegale, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivei documentații de atribuire, operatorul economic trebuia să efectueze demersurile premergătoare contestării înainte de expirarea termenelor legale, iar nu să aștepte împlinirea lor.

Mai mult, dreptul operatorilor economici de a formula amendamente la clauzele contractuale, nu poate fi interpretat ca fiind dreptul acestora de a modifica clauzele în favoare lor și în defavoarea autorității contractante, iar aceasta să le accepte în mod automat, legiuitorul oferind acesteia dreptul corelativ de a le analiza iar dacă îi sunt defavorabile să solicite ofertanților să renunțe la ele sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconforme. În speță, acest drept nu a fost încălcat contestatorului, acesta având posibilitatea de a formula amendamente însă pentru amendamentele care au fost în defavoarea autorității contractante i s-a solicitat să renunțe la ele; la această solicitare, contestatorul a ales să formuleze notificare **invocând nelegalitatea respectivelor clauze și caracterul abuziv** după cca. 101 zile de la luare la cunoștință a acestora.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 6 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția inadmisibilității invocată de autoritatea contractantă iar pe cale de consecință va respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC ..... SA, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

**DECIDE:**

Admite excepția inadmisibilității invocată de autoritatea contractantă iar pe cale de consecință respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC ..... SA.

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 12 (douăsprezece) pagini.