



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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun....., ap....., având cod unic de înregistrare RO..., înmatriculată la Oficiul pentru... sub nr...., reprezentată legal prin administrator, cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, la punctul de lucru din municipiul..... nr...., bl...., parter-mezanin „Secular”, județul..., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă... .., cu sediul în mun..... nr...., sector..., în cadrul procedurii proprii, organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „...” cod..., s-a solicitat:

1. constatarea nelegalității recurgerii la procedura de negociere fără publicare prealabilă întemeiată pe art. 104 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și anularea procedurii de atribuire inițiate prin invitația nr...., cu obligarea autorității, dacă apreciază în continuare necesară achiziția, să o reia printr-o procedură legală, cu documentație conformă... nr....;

2. în subsidiar, în măsura în care procedura nu se anulează integral, anularea în parte a documentației de atribuire - eliminarea cerinței de la punctul 7 subpunctul 1 (certificate FIBA, IHF, FIVB) și a mențiunii de la punctul..., precum și a cerinței de la punctul 7 subpunctul 3 (caracteristici minime de performanță) - și obligarea autorității la remedierea documentației;

3. anularea răspunsului consolidat nr.... în măsura refuzului de remediere;.

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

Preliminar, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt, precizând că urmare a... nr...., a transmis autorității solicitarea de clarificare prin care a invocat expres cerința privind certificatele FIBA, IHF și FIVB, contrarietatea acestora cu... menționată anterior și și-a rezervat dreptul de a formula contestație.

Apreciază că, potrivit răspunsul consolidat nr...., autoritatea refuză remedierea, susținând că decizia CNSC a rămas fără obiect, iar prin raport de anulare a procedurii din... a constatat lipsa oricărei oferte admisibile.

În opinia contestatorului, faptul că autoritatea a răspuns pe fond demonstrează că solicitarea de clarificări a fost legală și, în conformitate cu dispozițiile Legii nr...., susține că, termenul de 7 zile pentru sesizarea CNSC curge de pe... și expiră pe..., astfel, contestația sa fiind depusă în termen.

Totodată, acesta apreciază că răspunsul nr.... este considerat un act administrativ nou (decizia de a menține cerințe nelegale), care poate fi atacat independent în termen de 7 zile de la comunicare.

De asemenea, referitor la menținerea cerinței FIBA/IHF/FIVB, e de părere că aceasta încalcă caracterul obligatoriu și autoritatea de lucru judecat ale... nr.....

Raportat la cerințele de la pct. 7 sub-pct. 1 și sub-pct. 3, contestatorul apreciază că acestea încalcă art. 49, art. 50, art. 155 alin. (1) și (6) și art. 156 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 1 alin. (2)-(4) și art. 31 alin. (1) lit. a) și b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016: ele nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului și sunt disproporționate, introducând obstacole nejustificate în....

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând respingerea acesteia, ca tardiv formulată.

În replică la punctul de vedere, contestatorul transmite adresa înregistrată la CNSC sub nr...., solicitând respingerea excepției tardivității contestației, subliniind faptul că actul contestat este răspunsul consolidat nr...., iar nu invitația din....

De asemenea, menționează că abrogarea art. 6 din Legea nr.101/2016 nu conduce la tardivitate, ci înlătură orice inadmisibilitate, iar față de susținerile privind anterioritatea..., menționează că aceasta este anterioară actelor autorității și nu poate „rămâne fără obiect”.

Prin adresa nr....., Consiliul a solicitat contestatorului opinia cu privire la excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr.....

Prin răspunsul transmis, înregistrat la CNSC sub nr...., contestatorul reiterează poziția exprimată prin replica anterioară și expune, cronologic, calendarul procedurii, astfel:

- la data de... i-au fost comunicate, pe cale electronică, de către autoritatea contractantă, invitația la negociere și caietul de sarcini;
 - la data de... a transmis autorității cererea de remediere a documentației de atribuire;
 - la data de... autoritatea contractantă a emis răspunsul consolidat nr...., prin care a refuzat remedierea solicitată;
- iar
- la data de... a formulat prezenta contestație, împotriva acestui din urmă refuz.

Contestatorul susține că actul atacat este exclusiv răspunsul consolidat nr...., ca act autonom și distinct de documentația de atribuire inițială, iar nu invitația la negociere din..., astfel încât termenul de 7 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 curge de la data comunicării acestui răspuns (...) și s-a împlinit la..., dată la care a fost înregistrată contestația, aceasta fiind, în opinia sa, formulată în termen. În sprijinul acestei interpretări, invocă jurisprudența CNSC, potrivit căreia termenul de contestare se raportează la actul pe care contestatorul îl consideră nelegal, iar nu la orice act anterior al procedurii, precum și principiul disponibilității, statuat de art. 9 și art. 30 din Codul de procedură civilă, aplicabile prin trimiterea de la art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul mai arată că solicitarea de clarificări din... a fost formulată în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016, iar refuzul autorității de a remedia documentația, concretizat prin răspunsul nr...., reprezintă chiar actul de la care curge termenul de contestare; abrogarea art. 6 din Legea nr. 101/2016 nu conduce, în opinia sa, la tardivitate și nici nu raportează acest termen la data invitației, ci înlătură doar condiția prealabilă a notificării.

În fine, reiterând poziția privind autoritatea de lucru judecat a... nr...., contestatorul susține că nesocotirea unei decizii CNSC definitive constituie un motiv de ordine publică, ce poate fi invocat oricând, inclusiv din oficiu, independent de excepția tardivității contestației, iar inconsecvența datelor invocate de autoritate cu privire la momentul luării la cunoștință a acestei decizii (... , respectiv..., în două înscrisuri diferite ale autorității) lipsește de credibilitate teza potrivit căreia decizia CNSC ar fi „rămas fără obiect”.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr..... transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., în quantum de..., eliberată de....

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

... .. , în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura proprie de negocierea fără publicare prealabilă, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „....”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... indică, drept acte vătămătoare, documentației de atribuire (procedura aplicată, de negociere fără publicarea unui anunț de participare și anumite cerințe din caietul de sarcini nr....) și răspunsul consolidat nr...., în măsura în care menține cerințele din documentația de atribuire considerate nelegale.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității contestației.

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.

Excepțiile absolute (privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu, din oficiu, în orice moment al soluționării contestației.

Având în vedere că obiectul procedurii în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei constă în furnizarea unor produse, iar valoarea estimată, de..., **menționată** în invitația la negociere nr...., este mai mică decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, pentru acest tip de achiziție (... .. fiind în subordinea Consiliului Local al Sectorului 2...)....., a prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „....”.

Valoarea estimată fiind de..., deci, sub pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, este de cel mult 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Având a stabili, cert, data la care a luat cunoștință... despre actul contestat al autorității contractante, Consiliul va reține că, prin contestația depusă, acesta solicită, în principal, anularea procedurii de atribuire iar, în subsidiar, remedierea cerințelor din caietul de sarcini, precum și anularea răspunsului consolidat nr....

În acest context, Consiliul reține potrivit susținerilor din punctul de vedere, autoritatea contractantă ar fi transmis invitația la negociere în data... însă, în cuprinsul corespondenței înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul a inclus o captură de ecran cu o corespondență e-mail din care rezultă că autoritatea contractantă i-a transmis invitația la negociere și caietul de sarcini în data..., sens în care, se constată că, potrivit probelor depuse, societatea... a luat cunoștință de prevederile documentației de atribuire criticate, în data..., când i-a fost transmisă invitația la **negociere**.

Prin urmare, ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre documentația de atribuire, în data de..., **iar**, conform actelor aflate la dosar în data... a **formulat contestația** înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr....., prin răspunsul consolidat la clarificări, autoritatea contractantă refuză remedierile solicitate și solicită, în principiu anularea procedurii iar, în subsidiar, remedierea caietului de sarcini.

Ținând cont de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 5 din același act normativ, rezultă așadar, că data de... (**data** transmiterii invitației la negociere de către autoritate) reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 7 zile de contestare a documentației de atribuire, termen care s-a încheiat **la data** de... și era **depășit** la data **transmiterii** contestației, respectiv la data de....

Corespondența purtată de autoritatea contractantă (răspunsul consolidat la clarificări din data de...), nu are..., **prelungirea** perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune, în mod expres, faptul că o solicitare de clarificări, făcută în temeiul prevederilor art. 160 din Legea nr. 98/2016, întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația deoarece legiuitorul nu dispune, în mod expres, că formularea solicitărilor de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerupe și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel, solicitarea unor clarificări cu privire la conținutul documentației de atribuire nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație.

Potrivit art. 160 din Legea nr. 98/2016: „*operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări*” însă această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat în termen contestația la documentația de atribuire și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsul la solicitările de clarificări, Consiliul reține că, autoritatea contractantă nu a modificat cerințele din documentația de atribuire, menținând documentația de atribuire în forma în care a fost transmisă în anexa invitației la negociere.

Având în vedere prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 160 din Legea nr. 98/2016, prin cererea de clarificare formulată cu privire la aspecte deja prevăzute în caietul de sarcini, fișa de date, invitația la negociere sau alte înscrisuri parte a documentației de atribuire, nu se poate argumenta sau „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la cerințe din documentația de atribuire. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că, orice nouă solicitare de clarificare duce la prelungirea..., s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, în contextul în care, prin contestație, contestatorul atacă răspunsul autorității contractante din data de..., Consiliul va ține seama că, prin necontestarea în termenul legal a cerințelor din documentația de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză, prezintă relevanță normele art. 160 din Legea nr. 98/2016, conform cărora: „*orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire*”, iar „*autoritatea contractantă (...) va răspunde, în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare*”.

Niciunde, în legislația în vigoare, nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat o solicitare de clarificări. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar, nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor din anunțul de participare.

Pe de altă parte, se poate lesne observa că, nici solicitările indicate de contestator nu au avut ca scop clarificarea cerințelor, acestea fiind clare, ci, completarea/remedierea lor, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ, în vigoare, nu obligă autoritatea să își modifice/elimine/completeze cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe, fie la Consiliu, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/ eliminării/completării pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele din caietul de sarcini sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform art. 160 din Legea nr. 98/2016, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „clarificări”, iar, autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet. Nicăieri nu figurează dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității, mai ales dacă ele sunt clare și înțelese de cei interesați. Bunăoară, nici nu își are rostul o solicitare de clarificare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de aceștia.

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, însă, dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din anunțul de participare, fișa de date a achiziției și caietul de sarcini, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar, nu să aștepte împlinirea lui.

Referitor la acest din urmă aspect, Consiliul reține că, potrivit principiului disponibilității, statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din aceeași normă juridică, completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele, deoarece, obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

Referitor la susținerea contestatorului privind autoritatea de lucru judecat a... nr...., Consiliul reține că aceasta nu este incidentă în prezenta cauză, pentru mai multe considerente.

În primul rând, autoritatea de lucru judecat presupune, potrivit art.... din Codul de procedură civilă, aplicabil în materie prin trimiterea de la art. 68 din Legea nr. 101/2016, întrunirea triplei identități de părți, obiect și cauză. Or... nr.... a fost pronunțată într-o procedură de atribuire distinctă de cea care face obiectul prezentei contestații - procedură anterioară, finalizată prin raportul de anulare nr...., pentru lipsa unor oferte admisibile -, în timp ce prezenta cauză privește o nouă procedură, diferită de cea anterioară, inițiată de autoritatea contractantă prin invitația la negociere nr.... și caietul de sarcini nr....

Fiind vorba despre documentații de atribuire (inclusiv caiete de sarcini) distincte, emise în cadrul unor proceduri de achiziție diferite, condiția identității de obiect nu este întrunită, astfel încât cele statuate prin... nr.... nu se pot atribui, cu efectul unei puteri de lucru judecat, documentației de atribuire aferente noii proceduri.

În al doilea rând, chiar trecând peste distincția dintre cele două proceduri, verificarea măsurii în care cerințele criticate din prezenta

documentație de atribuire (cerința privind certificatele FIBA/IHF/FIVB de la pct. 7 subpct. 1 și mențiunea de la pct...., respectiv cerința de la pct. 7 subpct. 3) reiau, în mod identic sau echivalent, cerințele analizate prin... nr.... presupune, în mod necesar, o analiză comparativă de fond a celor două documentații de atribuire - analiză ce nu poate fi realizată decât cu ocazia cercetării pe fond a contestației. Or, o atare cercetare pe fond este condiționată de formularea contestației, cu privire la documentația de atribuire criticată, în termenul legal, raportat la data luării la cunoștință de invitația la negociere și de caietul de sarcini aferente prezentei proceduri - condiție pe care, astfel cum s-a reținut mai sus, contestatorul nu o îndeplinește. Susținerea privind identitatea sau similitudinea cerințelor tehnice cu cele anulate anterior nu poate fi, așadar, verificată fără a antama chiar fondul cauzei, antamare exclusă ca urmare a constatării tardivității contestației.

În al treilea rând, sub aspectul ordinii de soluționare a excepțiilor, Consiliul reține incidența art.... alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă, aplicabil prin trimiterea de la art. 68 din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia instanța se pronunță mai întâi asupra excepțiilor care fac inutilă, în tot sau în parte, cercetarea în fond a cauzei, iar, în cazul invocării mai multor excepții, ordinea de soluționare se stabilește în funcție de efectele pe care acestea le produc. Excepția tardivității, odată admisă, produce un efect peremptoriu, care exclude, prin el însuși, orice altă cercetare a cauzei, indiferent dacă aceasta ar privi alte excepții invocate sau chiar fondul pretențiilor deduse judecății. Prin urmare, excepția autorității de lucru judecat - chiar calificată de contestator drept excepție de ordine publică - nu poate fi cercetată cu prioritate față de excepția tardivității și nici concomitent cu aceasta, întrucât verificarea ei presupune, astfel cum s-a arătat, o comparație de fond care nu mai poate fi realizată în condițiile în care contestația însăși este tardiv formulată.

Față de aceste considerente, Consiliul reține că invocarea autorității de lucru judecat a... nr.... nu este de natură să înlăture efectul constatării tardivității contestației și nu poate fi analizată independent sau anterior acesteia.

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ: *„Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației”*, Consiliul va admite excepția

invocată de către autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, va respinge, ca tardivă, contestația depusă de... în contradictoriu cu... ..

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și respinge, ca tardivă, contestația depusă de... în contradictoriu cu... ..

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 ...
... ..

Consilier de soluționare
... ..

...

Redactat practica deciziei

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 10 (zece) pagini