



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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. 1824 / C6 / 2080

Data: 25.10.2016

Prin contestația nr.E11178/02.08.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.23560/02.08.2016, depusă de S.C. ROSAL GRUP S.A., cu sediul în București, Str.Labirint nr.84, camera 1, sector 3, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.J40/8222/1994, având CUI nr.RO6089555, reprezentată legal prin director general Bogdan Niculescu, împotriva Răspunsului publicat în SEAP la data de 16.09.2016 cu privire la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016, emis de MUNICIPIUL CLUJ-NAPOCA, cu sediul în Cluj-Napoca, Calea Moșilor nr.3, jud.Cluj, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului pentru „Concesionarea serviciului de salubritate stradală și dezăpezire din Municipiul Cluj-Napoca”, LOT I și LOT II, s-a solicitat:

- anularea Răspunsului publicat în SEAP la data de 16.09.2016 cu privire la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016;
- anularea Răspunsului publicat în SEAP la data de 06.09.2016 cu privire la Notificarea nr.372852/46/02.09.2016;
- obligarea autorității contractante de a formula un răspuns la Notificarea nr.372852/46/02.09.2016;
- cu cheltuieli de judecată.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, S.C. ROSAL GRUP S.A. critică răspunsul publicat în SEAP la data de 16.09.2016, cu privire la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016, emis de MUNICIPIUL CLUJ-NAPOCA, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, solicitând:

- anularea Răspunsului publicat în SEAP la data de 16.09.2016 cu privire la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016;
- anularea Răspunsului publicat în SEAP la data de 06.09.2016 cu privire la Notificarea nr.372852/46/02.09.2016;
- obligarea autorității contractante de a formula un răspuns la Notificarea nr.372852/46/02.09.2016;
- cu cheltuieli de judecată.

În motivarea contestației, S.C. ROSAL GROUP S.R.L. prezintă un istoric al procedurii de atribuire, de interes fiind faptul că ulterior derulării procedurii, ofertele contestatorului, depuse pe ambele loturi, au fost declarate necâștigătoare, rezultat împotriva căruia acesta a înțeles să formuleze contestațiile soluționate de C.N.S.C. prin decizia nr.1505/C6/1697,1698,1736/29.08.2016.

Contestatorul arată că a formulat plângere împotriva deciziei C.N.S.C., aflată spre soluționare pe rolul Curții de Apel Cluj.

De asemenea, contestatorul susține că a formulat Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016, prin care a cerut autorității contractante, în temeiul art.28 alin.5 din Legea nr.101/2016, *"suspendarea procedurii de suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii formulate de subscrisa împotriva Deciziei CNSC nr.1505/C6/1697,1698, 1736/29.08.2016"*, față de care autoritatea contractantă a publicat, la data de 06.09.2016, un răspuns prin care a redat textul art.28 alin.5 din Legea nr.101/2016,

Contestatorul apreciază răspunsul autorității contractante ca fiind nelegal, impunându-se luarea măsurilor de remediere solicitate.

În continuare, S.C. ROSAL GROUP S.R.L. arată că a formulat Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016, în temeiul art.6 din Legea nr.101/2016, prin care a solicitat revocarea actului nelegal emis, respectiv luarea măsurilor de remediere ce fac obiectul prezentei contestații, având în vedere faptul că răspunsul din data de 06.09.2016, la notificarea prin care s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, nu a fost motivat.

Prin răspunsul publicat în SEAP la data de 16.09.2016, după cum se arată, autoritatea contractantă a precizat că își păstrează punctul de vedere comunicat la data de 06.09.2016, răspuns nejustificat, în opinia contestatorului, care îi aduce o gravă atingere dreptului la apărare, dreptului la un proces echitabil, respectiv dreptului la informare.

Astfel, se apreciază că autoritatea contractantă nu a dat un răspuns concret, aceasta doar sugerând prin răspunsul din 06.09.2016, că nu

înțelege să suspende procedura de atribuire, iar, pe de altă parte, că își rezervă dreptul de a suspenda procedura de atribuire.

Nu în ultimul rând, se arată că autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP dacă au fost încheiate contractele de achiziție publică pentru loturile I și II, la fel cum nu a publicat nici notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016, conduită ce generează o situație de incertitudine, care cauzează S.C. ROSAL GROUP S.A. un grav prejudiciu, deoarece nu cunoaște și nu are vreo garanție că va fi informat despre încheierea contractelor, aspect deosebit de important deoarece, în cazul încheierii contractelor, plângerea sa ar rămâne fără obiect.

În susținerea nelegalității actului atacat, respectiv a răspunsului din 06.09.2016, contestatorul invocă, pe de o parte, încălcarea principiilor din materia achizițiilor publice, iar, pe de altă parte, faptul că a fost emis cu încălcarea condiției de legalitate privitoare la motivarea actului administrativ.

Principiul din materia achizițiilor publice apreciat ca fiind încălcat este cel al transparenței, reglementat la art.2 din O.U.G. nr.34/2006, care, după cum se arată, este un veritabil instrument de control, o garanție a utilizării eficiente și legale a resurselor financiare de către autoritatea contractantă.

Opinează contestatorul că principiul arătat a fost încălcat prin nemotivarea răspunsului din 06.09.2016 și prin nepublicarea, în SEAP, a Notificării prealabile nr.388443/46/14.09.2016.

În ceea ce privește încălcarea condiției de legalitate privitoare la motivarea actului administrativ, se precizează că, așa cum s-a exprimat în literatura și jurisprudența de specialitate, una dintre condițiile de validitate ale actului administrativ este cea a motivării acestuia, aspect subliniat și de ÎCCJ, obligația motivării decurgând și din dreptul constitutional la informare corectă asupra chestiunilor publice și asupra problemelor de interes personal, fiind invocat art.31 alin.2 din Constituție, dar și art.41 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene care consacră dreptul la bună administrare.

De asemenea, cerința motivării corespunzătoare a actelor administrative, cu indicarea motivelor de fapt și de drept pentru care au fost adoptate, după cum se arată, se regăsește și în Recomandarea (2007)7 a Comitetului de Miniștri (art.17 pct.2), respectiv în Rezoluția (77)31 a Comitetului de Miniștri (principiul IV) fiind preluată și menționată în mod expres în Codul European al Bunei Conduite Administrative.

Un alt principiu încălcat de autoritatea contractantă, în opinia contestatorului, este cel al transparenței reglementat la nivelul Uniunii Europene.

De altfel, după cum se susține, și în jurisprudența comunitară se reține faptul că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte de o manieră clară și univocă algoritmul urmat de instituția

care a adoptat măsura atacată, astfel încât să li se permit persoanelor vizate să stabilească motivarea măsurilor și, de asemenea, să permit curților comunitare competența să efectueze revizuirea actului.

S-a statuat, de asemenea, după cum se arată, că detalierea motivelor este necesară pentru a se conferi transparență actului, particularii putând verifica dacă actul este corect fundamentat (a se vedea CJUE, C-509/1993).

În cazul Răspunsului din 06.09.2016, contestatorul apreciază că nu se poate vorbi nici măcar despre un început de motivare, lipsa motivării fiind evidentă.

Se apreciază a mai fi fost încălcat principiul egalității armelor și că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul prevăzut la art.28 alin.5 din Legea nr.101/2016 în mod discreționar, cu încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale prevăzute de Constituția României, fapt ce constituie exces de putere, conform dispozițiilor art.2 alin.1 lit.n din Legea nr.554/2004.

În drept, se invocă art.6 și art.8 din Legea nr.101/2016, precum și prevederile legale invocate în cuprinsul prezentei.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.405410/30.09.2016, înregistrat la C.N.S.C. cu nr.300036/04.10.2016, MUNICIPIUL CLUJ-NAPOCA a invocat excepția tardivității contestației, iar, pe fond, a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă a prezentat un istoric al procedurii, iar, în susținerea excepției tardivității, a arătat că, în raport de prevederile art.8 alin.2 lit.a din Legea nr.101/2016, termenul de contestare a răspunsului la notificarea indicată era 16.09.2016 și nicidecum 26.09.2016.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată că demersurile contestatorului sunt lipsite de orice fundament juridic și vizează aspecte asupra cărora atât autoritatea contractantă ca și Consiliul și instanțele de judecată s-au pronunțat în repetate rânduri.

Se învederează că S.C. ROSAL GROUS S.A. a formulat nenumărate cereri de suspendare cu privire la această procedură, toate respinse atât de CNSC, cât și de instanța de judecată.

Demersul de a obliga autoritatea să furnizeze un răspuns la o notificare este nu doar inutil, ci și inoportun, fără finalitate, opinează autoritatea contractantă, în condițiile în care procedura în sine urmează a se finaliza la data de 03.10.2016, prin pronunțarea unei decizii din partea instanței de judecată, or la acea dată probabil că decizia CNSC cu privire la această contestație nici nu va fi emisă.

Ceea ce de fapt dorește contestatorul, susține autoritatea contractantă, este încă o posibilitate de contestare a rezultatului procedurii, în sensul în care, dacă autoritatea ar oferi răspuns în sensul respingerii cererii de suspendare a procedurii, contestatorul va ataca din

nou cu contestație acest răspuns, iar CNSC urmează a se pronunța din nou, instanța probabil la fel și tot așa, de nenumărate ori.

În ceea ce privește fondul solicitării, autoritatea contractantă consideră că CNSC nu o poate obliga la emiterea unui răspuns, deoarece chiar legea permite ca autoritatea să nu publice niciun răspuns, art.7, alin.3 lit.c) din Legea 101/2016.

Nu în ultimul rând, consideră autoritatea contractantă că a furnizat un răspuns la ambele notificări supuse atenției, ceea ce contestatorul nu dorește să accepte, fiind conținutul în sine al acestuia, și anume reiterarea textului de lege privind posibilitatea autorității de a încheia contractul de achiziție publică după emiterea deciziei CNSC.

Autoritatea contractantă arată că nu a considerat oportună luarea unei decizii cu privire la semnarea/nesemnarea contractului până la momentul 03.10.2016, având în vedere perioada din an în care ne aflăm, dorind să aibă posibilitatea de a avea în derulare un contract de dezăpezire, or, luarea deciziei de semnare/nesemnare a contractului putea pune în pericol derularea procesului de dezăpezire în iarna 2016-2017. Dorește să aibă ambele posibilități, susține autoritatea contractantă, și asta având în vedere doar decizia instanței de judecată din dosarul nr.1037/33/2016.

Dacă legea oferă acest drept, susține autoritatea contractantă că nu poate fi obligată de S.C. ROSAL GROUP S.A. să renunțe la el.

Ca temei legal, s-a invocat Legea nr.101/2016.

Prin răspunsul nr.E14168/07.10.2016, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.30393/10.10.2016, S.C. ROSAL GROUP S.A. a susținut că excepția tardivității contestației este vădit nefondată deoarece societatea sa a formulat contestația care face obiectul prezentei cauze în termenul de 10 zile prevăzut de art.8 din Legea nr.101/2016, care începe să curgă de la data la care societății sale i s-a comunicat răspunsul autorității contractante cu privire la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016, prin care s-a solicitat revocarea răspunsului din 06.09.2016.

Cum autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, la data de 16.09.2016, răspunsul la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016, contestația este formulată în termen legal, opinează contestatorul.

Se învederează că nu poate fi acceptată susținerea autorității contractante potrivit căreia termenul de 10 zile ar curge de la publicarea în SEAP a Răspunsului din data de 06.09.2016, deoarece prevederile art.6 din Legea nr.101/2016 prevăd obligativitatea formulării notificării prealabile înaintea formulării contestației, nerespectarea acestora fiind sancționată cu inadmisibilitatea contestației.

Pe fond, contestatorul reiterează cele susținute prin contestație.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Prin *petitul* contestației sale, S.C. ROSAL GROUP S.A. atacă **Răspunsul publicat, în SEAP, la data de 16.09.2016, cu privire la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016**, solicitând:

-anularea Răspunsului publicat în SEAP la data de 16.09.2016 cu privire la Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016;

-anularea Răspunsului publicat în SEAP la data de 06.09.2016 cu privire la Notificarea nr.372852/46/02.09.2016;

-obligarea autorității contractante de a formula un răspuns la Notificarea nr.372852/46/02.09.2016.

Prin *motivarea* contestației, S.C. ROSAL GROUP S.A. contestă ***"legalitatea răspunsului din 06.09.2016, deoarece: (i) acesta nu respectă principiile achizițiilor publice; (ii) a fost emis cu încălcarea condiției de legalitate privitoare la motivarea actului administrativ."***

Cu privire la înscrisurile la care face contestatorul referire, Consiliul reține:

-Prin **Notificarea nr.372852/46/02.09.2016**, înaintată de contestator, s-a solicitat:

"Ca urmare a notificării privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii, arătăm următoarele: cf. art.28 alin.5 din Legea nr.101/2016: În situația în care se formulează plângere împotriva deciziei Consiliului, autoritatea contractantă are dreptul de a suspenda ducerea ei la îndeplinire și/sau procedura de atribuire până la comunicarea de către instanță a hotărârii de soluționare a plângerii."

Autoritatea contractantă a formulat **Răspunsul publicat în SEAP la data de 06.09.2016**, prin care a precizat:

"Ca urmare a notificării privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii, arătăm următoarele: cf. art.28 alin.5 din Legea nr.101/2016: În situația în care se formulează plângere împotriva deciziei Consiliului, autoritatea contractantă are dreptul de a suspenda ducerea ei la îndeplinire și/sau procedura de atribuire până la comunicarea de către instanță a hotărârii de soluționare a plângerii."

- Prin **Notificarea prealabilă nr.388443/46/14.09.2016**, înaintată de contestator, s-a solicitat:

"1.Să revocați Răspunsul la Notificarea nr.372852/02.09.2016 publicat în SEAP la data de 06.09.2016,

2.să luați măsura suspendării Procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii formulată de către subscrisa împotriva Deciziei CNSC nr.1505/C6/1679,1698,1736 din 29.08.2016, care face obiectul dosarului nr.1037/33/2016 aflat pe rolul Curții de Apel Cluj – Secția de contencios administrativ și fiscal."

Autoritatea contractantă a formulat **Răspunsul publicat în SEAP la data de 16.09.2016**, prin care a precizat:

"Cu privire la notificarea prealabilă împotriva răspunsului la notificare privind suspendarea procedurii precizăm că ne păstrăm punctul de vedere comunicat anterior, la data de 06.09.2016."

Față de cele de mai sus, Consiliul determină că, în esență, S.C. ROSAL GROUP S.A. contestă refuzul autorității contractante de a da curs solicitării de suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii formulată împotriva Deciziei C.N.S.C. nr.1505/C6/1679,1698,1736 din 29.08.2016, cale de atac promovată de însuși contestatorul din cauza de față.

Având în vedere prevederile art.3 alin.1 lit.e din Legea nr.101/2016, unde se regăsește definiția ***"notificare prealabilă – cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia;"***, Consiliul constată că Notificarea nr.372852/46/02.09.2016 nu reprezintă o Notificare prealabilă în sensul articolului menționat, deoarece nu are ca obiect anularea/modificarea unui act emis în cadrul procedurii de atribuire. De altfel, se observă că însuși contestatorul și-a denumit actul "Notificare" iar nu "Notificare prealabilă".

De asemenea, notificările ulterioare, deși contestatorul le denumeste "notificări prealabile", vizează soluționarea aceleiași cereri de suspendare a procedurii până la soluționarea plângerii sale, de către instanța competentă investită.

În contextul susmenționat, în care contestatorul a înțeles să înainteze Notificarea nr.372852/46/02.09.2016, Consiliul reține că acesta avea dreptul de a solicita instanței de judecată, în cadrul plângerii formulate, suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art.33 alin.1 din Legea nr.101/2016, care prezintă conținutul ***"În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, instanța poate dispune, la cererea părții interesate, prin încheiere dată cu citarea părților, suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului până la soluționarea cauzei. Încheierea este definitivă."***

Cum contestatorul avea dreptul recunoscut de lege de a formula solicitarea de suspendare a procedurii, în cadrul plângerii depuse, pe calea unei cereri accesorii, Consiliul apreciază că Notificarea nr.372852/46/02.09.2016, ca și următoarele, reprezintă un artificiu menit să mascheze inadmisibilitatea cererii contestatorului pe calea aleasă de acesta.

Totodată, se are în vedere că S.C. ROSAL GROUP S.A. a formulat cerere de suspendare a procedurii până la soluționarea *definitivă* a cauzei, și prin contestația urmarea soluționării căreia s-a pronunțat decizia atacată, în prezent, cu plângere de către acesta, cerere care a fost soluționată de C.N.S.C. prin Încheierea nr.63/C6/1698/05.08.2016, atacată, de asemenea, de contestator cu plângere.

Pe de altă parte, dispozițiile art.28 alin.5 din Legea nr.101/2016, în baza căruia contestatorul a formulat Notificarea nr.372852/46/02.09.2016, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a suspenda aducerea la îndeplinire a deciziei C.N.S.C. în cazul în care se formulează plângere împotriva acesteia, drept care în niciun caz nu poate fi transformat într-o obligație, așa cum dorește contestatorul, indiferent de demersurile pe care înțelege acesta să le facă.

Prin urmare, cererea contestatorului de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii aflată pe rolul Curții de Apel Cluj este inadmisibilă pe calea aleasă de acesta, inadmisibilă fiind și contestația de față prin care se urmărește realizarea unei asemenea cereri.

Astfel, contestația depusă de S.C. ROSAL GROUP S.A. este inadmisibilă în raport cu prevederile Legii nr.101/2016, fiind rezultat al unei interpretări și aplicări eronate a textelor acesteia.

Pentru considerentele enunțate, Consiliul, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, va respinge contestația, ca inadmisibilă.

Față de soluția pronunțată, Consiliul nu va mai analiza excepția tardivității contestației sau fondul cauzei.

Cererea de plată a cheltuielilor de judecată va fi respinsă deoarece, pe de o parte, nu s-a făcut dovada unor astfel de cheltuieli, iar, pe de altă parte, nu autoritatea contractantă este cea care a căzut în pretenții.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din lege.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de către S.C. ROSAL GRUP S.A., cu sediul în București, Str.Labirint nr.84, camera 1, sector 3, în contradictoriu cu MUNICIPIUL CLUJ-NAPOCA, cu sediul în Cluj-Napoca, Calea Moșilor nr.3, jud.Cluj.

Fără cheltuieli de judecată.

Obligatorie.

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

Președinte
Marinela Păun

Membru
Doina Buzăianu

Membru
Constantin Budulan