Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 762/22.12.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 55377/28.12.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată prin ..., formulată împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări postată în SEAP la data de 19.12.2017 de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...”, cod CPV: ..., inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat cu nr. ..., s-a solicitat Consiliului:

- admiterea contestației;
- constatarea caracterului nelegal al prevederilor din documentația de atribuire a căror clarificare/remediere a fost solicitată autorității contractante și, în consecință, să dispună:
  1. în principal, anularea/remedierea prevederilor din caietul de sarcini constatate ca fiind nelegale;
  2. în subsidiar, în condițiile în care s-ar considera că măsurile de remediere ar afecta principiile prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale sau concesiunilor – anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (3) din Legea nr. 101/2017;
- totodată, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, să dispună suspendare procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației.

Prin Încheierea nr. 684/C8/4748 din 29.12.2017, Consiliul a respins ca nefondată cererea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL atacă răspunsul la solicitarea de clarificări postată în SEAP la data de 19.12.2017, de ..., solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, în cadrul unei cererii de clarificări, depusă în SEAP la data de 19.12.2017, a rugat autoritatea contractantă să lămurească anumite aspecte conținute de caietul de sarcini, susținând că se impune modificarea/remedierea prevederilor din caietul de sarcini pe care le consideră nelegale.

SC ... SRL subliniază că, în pofida solicitărilor sale, autoritatea contractantă nu a considerat necesară modificarea aspectelor sesizate, aducându-i la cunoştinţă, prin intermediul SEAP, răspunsul din data de 20.12.2017, prin care își menţine poziţia iniţială.

Ca urmare a acestui răspuns la solicitarea de clarificări, SC ... SRL arată că a formulat (prin intermediul SEAP) Notificarea prealabilă nr. 753/20.12.2017, solicitând remedierea prevederilor documentaţiei de atribuire, cu mențiunea că autoritatea contractantă nu a furnizat niciun răspuns, în pofida prevederilor art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, iar procedura de atribuire a continuat fără a ţine cont de aceasta.

Prin adresa nr. 39766-39897/05.01.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 564/05.01.2018, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca:

I. inadmisibilă, în baza art. 26 alin. 6 din Legea 101/2016 pentru neîndeplinirea în termenele procedurale ale etapei notificării prealabile, conform art. 6 coroborat cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

II. netemeinică și nefondată în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

După ce prezintă pe scurt procedura de achiziție, autoritatea contractantă a invocat excepţia tardivității plângerii prealabile care are drept consecință inadmisibilitatea contestației având în vedere următoarele considerente :

Preliminar analizării acestei excepții, este de remarcat că documentația de atribuire nu a fost notificată în termenul legal de la publicarea ei în SEAP, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forţa obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici interesați să participe la procedură.

Autoritatea contractantă precizează că obiectul direct al contestației este documentația de atribuire și indirect este contestat răspunsul la clarificări, astfel că, în speţă, nu sunt aplicabile prevederile art. 8 alin. (1) lit. b din Legea 101/2016, ci prevederile art. 6 alin. (3). Totodată, arată că răspunsul la clarificări nu aduce modificări documentației de atribuire inițiale astfel încât se dovedește veridicitatea celor sus afirmate.

... subliniază că, atât contestația, cât și notificarea prealabilă aduc critici privind prevederile din documentația de atribuire, respectiv privind cerinţele caietului de sarcini, capitolul 8 *Modalități de plată* și cap. 3 *Obiectul contractului de prestări servicii*, și privind clauzele contractuale corespondente, parte a documentației de atribuire nr. 305124/04.12.2017.

În consecință, notificarea prealabilă nu a avut ca obiect răspunsul la clarificări, ci conținutul documentației de atribuire, ceea ce, în opinia autorității contractante, justifică invocarea tardivității, întrucât nu se poate prelungi termenul de contestare a documentației de atribuire prin așa zise solicitări de clarificări.

Prin urmare, susține că, în cauză, sunt incidente prevederile art. 6 alin. (3) coroborat cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 întrucât contestația este îndreptată împotriva documentației de atribuire așa cum reiese din textul său.

Astfel, curgerea termenelor este următoarea:

- data publicării în SEAP a anunțului de participare simplificat - 04.12.2017;

- data transmiterii notificării prealabile - 20.12.2017, ora 16:31.

Raportat la prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/ 2016 care stabilesc termenul de notificare la 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, rezultă fără niciun dubiu tardivitatea demersului întreprins de contestatoare.

Invocând prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu cele ale art. 180 din Codul de Procedură Civilă, autoritatea contractantă arată că termenele procedurale sunt definite ca reprezentând intervalul de timp în care poate fi îndeplinit un act de procedură sau în care este interzis să se îndeplinească un act de procedură.

Sancțiunea nerespectării termenelor procedurale prevăzută de lege este decăderea care însă nu operează de drept ci, pentru respingerea contestației ca tardivă, este necesar ca aceasta să fie pronunțată de către Consiliu în situația în care contestatoarea a ales calea administrativ- jurisdicțională.

Astfel, față de cele expuse, în temeiul art. 6, art. 16 alin. (1) și art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ... solicită Consiliului să admită excepția tardivității notificării prealabile și să respingă ca inadmisibilă contestația formulată de SC ... SRL.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca netemeinică și nefondată.

Referindu-se la solicitările contestatoarei din adresa nr. 39023/ 19.12.2017 (punctele 2 și 3), autoritatea contractantă arată că a obţinut pentru proiectul „Creșa nr. 16 din Târgoviște, Județul Dâmbovița” includerea pe lista obiectivelor de investiții, fiind încheiat contractul de finanţare 760/08.08.2017/25903/29.08.2017.

Punctul V. *Modalitatea de transfer a sumelor din contractul de finanțare* nr. 760/08.08.2017/25903/29.08.2017 stabilește, prin alin. (2) accesul efectiv la finanțare, acesta fiind direct influențat de ordinea cronologică a solicitărilor, astfel că fiecare autoritate contractantă semnatară a unui astfel de contract de finanțare trebuie să întreprindă toate demersurile pentru a se încadra in bugetul anual al MDRAPFE și de a solicita sumele aferente.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că interesul său este acela de a finaliza procedura de atribuire în condiţii optime atât de timp precum și calitative, cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

În opinia sa, asigurarea unor servicii de calitate este strâns legată de toate etapele de derulare ale unei investiții, corelat cu art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 și cu prevederile art. 23 litera b) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că nu a încălcat prevederile art. 49 și at. 50 din Legea nr. 98/2016 invocate de către contestatoare, cerințele menționate fiind aceleaşi pentru orice operator economic, nefiind în măsură de a aduce atingere prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care guvernează achiziţiile publice, ci fiind în spiritul acestora.

Referitor la prevederile Legii nr. 72/2013, autoritatea contractantă solicită să fie avută în vedere diferenţa clară între executarea obligaţiei de plată și stabilirea prin clauze contractuale și cerinţe clare a momentului care antrenează emiterea facturii. Astfel, în caietul de sarcini, este stipulat clar: „Plata facturii se va face în termen de 30 de zile de la emitere.", fiind astfel respectate prevederile legii sus menționate (art. 6 alin. (1) lit. a).

Față de argumentele prezentate, ... solicită menţinerea cerinţelor documentaţiei de atribuire în forma actuală și continuarea procedurii de atribuire.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului având ca obiect *„...”*, cod CPV: ... (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat cu nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut*”, valoarea estimată pentru primele două loturi contestate fiind de ... lei, fără TVA.

Analizând contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că, prin următoarele capete de cerere:

- „în principal, <u>anularea/remedierea prevederilor din Caietul de sarcini</u>...;

-în subsidiar, în condițiile în care s-ar considera că măsurile de remediere ar afecta principiile prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale sau concesiunilor – anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (3) din Legea nr. 101/ 2017”,

este evident că nemulțumirea acesteia vizează conținutul documentației de atribuire.

Având în vedere excepţia inadmisibilităţii contestaţiei SC ... SRL, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul va analiza, cu prioritate, această excepţie, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”.*

Preliminar analizării acestei excepții, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul de contract, nu a fost notificată de către SC ... SRL în termenul legal de 5 zile de la publicarea ei în SEAP, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorul economic interesat să participe la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive.

Verificând dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în data de 20.12.2017, a postat Clarificarea nr. 39023 la documentația de atribuire ca urmare a solicitării de clarificare, din partea contestatoarei, postată pe SEAP în data de 18.12.2017, în cadrul căreia se regăsesc informații asupra unor aspecte conținute de respectiva documentație.

Prin notificarea prealabilă nr. 753 din data de 20.12.2017, deci la 14 zile de la publicarea în SEAP a documentației, societatea contestatoare a reclamat anumite prevederi din documentația de atribuire. Așadar, SC ... SRL a apreciat că anumite cerințe din documentația de atribuire sunt nelegale, motiv pentru care a cerut adoptarea unor măsuri de corectare (anulare/ remediere) a lor. Însă, această solicitare trebuie analizată prin prisma datei începând cu care îi era sau ar fi trebuit să îi fie cunoscută reclamantei deficiențele notificate și apoi contestate. Trebuie realizată o distincție între notificările și contestația prin care se atacă clarificările provenind de la autoritatea contractantă și cele prin care se atacă prevederi neschimbate ale documentației de atribuire, opozabile petentei încă de la data de 04.12.2017.

În aceste condiții, față de valoarea estimată a contractului de servicii ce urmează a fi încheiat, Consiliul apreciază ca fiind relevante, pentru soluţionarea excepţiei, prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: (…) b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică 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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii", precum și cele ale alin. (3) al aceluiași articol, respectiv: *„(3) În cazul în care notificarea prealabilă priveşte* ***conţinutul documentaţiei de atribuire****, publicată în sistemul electronic de achiziţii publice, denumit în continuare SEAP,* ***data luării la cunoştinţă este data publicării documentaţiei de atribuire****".*

Prin urmare, ținând seama că solicitările contestatoarei sunt îndreptate împotriva documentaţiei de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 04.12.2017, potrivit anunțului de participare nr. 419183, în conformitate cu prevederile legale anterior citate, o notificare prealabilă împotriva documentaţiei de atribuire putea fi înaintată cel mai târziu la data de 11.12.2017. Or, față de cele prezentate anterior, este evident că formularea notificării prealabile la data de 20.12.2017 este un demers tardiv.

Pentru a stabili astfel, Consiliul ţine seama şi de faptul că potrivit Legii nr. 101/2016, notificarea prealabilă reprezintă „cererea prin care se solicită autorităţii contractante reexaminarea unui act al autorităţii contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia" [art. 3 alin. (1) lit. e)], se formulează în scris şi trebuie să conţină cel puţin neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care notificantul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)].

Astfel fiind, în cazul de față, este evident că actul asupra căruia își îndreapă criticile și pe care îl dorește a fi modificat este documentația de atribuire. Din conţinutul prevederilor legale actuale rezultă că sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, respectiv condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

Toate cele precizate anterior au format convingerea Consiliului că autoarea contestaţiei nu a respectat normele art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, omiţând să transmită notificarea împotriva documentaţiei de atribuire, în cadrul termenului legal de 5 zile acordat de legiuitor, ceea ce atrage sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă.

După cum a statuat și Curtea de Apel Suceava, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, în decizia nr. 807 din 2 august 2016, *„Consiliul este obligat să verifice dacă notificarea prealabilă a fost realizată în termenul legal. Tardivitatea notificării atrage inadmisibilitatea contestaţiei.*

Cu privire la capătul de cerere vizând anularea deciziei Consiliului, Curtea consideră că acesta este nefondat.

Sub un prim aspect, Curtea consideră că termenele reglementate de art. 6 alin. (1) sunt termene imperative legale. Totodată, Curtea reţine că nerespectarea acestor termene legale imperative atrage sancţiunea decăderii din exercitarea dreptului, dacă legea nu prevede expres altfel, iar actul de

procedură efectuat peste termen este lovit de nulitate, astfel cum prevede şi art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Contrar opiniei petentei şi în acord cu decizia Consiliului, Curtea consideră că norma juridică ce reglementează termenele anterior precizate (ca întreaga reglementare privind notificarea prealabilă cuprinsă în art. 6 şi 7 din Legea nr. 101/2016) este o normă de ordine publică şi nu de ordine privată. În acest sens, Curtea constată că este reală susţinerea petentei că în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016 legiuitorul justifică introducerea notificării prealabile prin prisma necesităţii de a încuraja dialogul prealabil între autorităţile contractante şi operatorii economici, însă petenta ignoră, în acest context, scopul Legii nr. 101/2016. Astfel, conform art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, scopul acestei legi îl constituie asigurarea, la nivel naţional, a unor mecanisme şi proceduri efective, rapide şi eficiente de sesizare şi remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispoziţiilor legale privind atribuirea contractelor. Prin urmare, privită din această perspectivă, pentru instanţă este evident că procedura notificării prealabile depăşeşte simplul interes privat al unui participant la o procedură de atribuire a unui contract de achiziţie publică, ea fiind concepută cu scopul de a asigura celeritate în realizarea interesului public.

Totodată, curtea nu poate reţine apărarea petentei care invocă faptul că Consiliul nu mai putea invoca tardivitatea depunerii notificării prealabile. În acest sens, din analiza dispoziţiilor legale care reglementează notificarea prealabilă, Curtea constată că legiuitorul insistă asupra faptului că neîndeplinirea procedurii notificării prealabile, în termenul legal, atrage sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, astfel cum rezultă din art. 6 alin. (1) şi (10) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, întrucât sancţiunea este respingerea contestaţiei (iar nu a notificării) ca inadmisibilă (inadmisibilitate care poate fi invocată şi din oficiu), este evident că Consiliul este obligat să verifice legalitatea sesizării sale, respectiv să verifice dacă procedura notificării prealabile a fost realizată în acord cu normele legale imperative care o reglementează.

De altfel, conform art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul poate respinge contestaţia 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 şi pe orice altă excepţie de procedură sau de fond, care împiedică soluţionarea pe fond a contestaţiei.

De asemenea, după cum s-a arătat anterior, este evident că numai îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă în termen legal conferă eficienţă juridică acestei proceduri, fiind dificil de acceptat, în contextul Legii nr. 101/2016, că procedura notificării prealabile ar putea fi realizată oricând de către un participant la procedură şi în lipsa unui răspuns legat de acest aspect al autorităţii contractante notificarea ar putea fi privită de Consiliu sau instanţa de judecată ca fiind valabilă întrucât, în acest caz, scopul legii de a asigura mecanisme şi proceduri efective, rapide şi eficiente de sesizare şi remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispoziţiilor legale privind atribuirea contractelor, ar deveni unul iluzoriu.

Curtea nu va reţine nici apărarea petentei care critică soluţia dată de Consiliu şi sub aspectul încălcării principiului „non reformatio in peius" întrucât, invocând din oficiu excepţia tardivităţii, acesteia i s-a îngreunat situaţia în propria cale de atac. În acest context, Curtea arată că procedura în faţa Consiliului este o procedură administrativ-jurisdicţională de primă

instanţă şi nu într-o cale de atac, astfel încât principiul invocat nu este incident.

De asemenea, Curtea nu va reţine nici apărarea petentei prin care invocă faptul că, deşi notificarea prealabilă a fost tardiv depusă, întrucât autoritatea contractantă nu a invocat acest aspect, cauza de nulitate a fost acoperită, ceea ce duce la salvarea actului de procedură realizat cu încălcarea legii. În acest sens, Curtea constată că, sub un prim aspect, raţionamentul petentei se raportează la dispoziţiile art. 193 alin. (1) şi (2) C. proc. civ. (reglementare în contextul căreia neîndeplinirea procedurii prealabile poate fi invocată doar de către pârât, prin întâmpinare, având astfel caracter relativ) şi nu la dispoziţiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 (reglementare în contextul căreia, după cum s-a arătata mai sus, procedura notificării prealabile are caracter de ordine publică, inadmisibilitatea putând fi invocată şi din oficiu).

Nici analizată din perspectiva dispoziţiilor art. 177 C. proc. civ. această apărare a petentei nu poate fi primită. Astfel, potrivit art. 177, ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităţilor actului de procedură. Cu toate acestea, nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea ori o altă sancţiune procedurală sau dacă se produce ori subzistă o vătămare. Actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunţării asupra excepţiei de nulitate a dispărut cauza acesteia. Or, în cauza de faţă, nulitatea procedurii notificării prealabile este determinată de decăderea petentei din dreptul de a mai depune notificarea, iar cauza acestei nulităţi nu dispăruse la momentul soluţionării de către Consiliu a contestaţiei.

Faţă de aceste considerente, se va respinge plângerea ca nefondată."

În concluzie, în speță, se vădește a fi întemeiată excepția tardivității notificării prealabile, invocată de autoritatea contractantă, tardivitate pe care art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 o sancționează prin respingerea contestației ca inadmisibilă, în ceea ce privește documentația de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, în temeiul art. 6 alin. (1) şi al art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite excepția invocată de autoritatea contractantă, și respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

De asemenea, raportat la dispoziţiile art. 26 alin. (1) din legea menţionată şi la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, Consiliul nu se va pronunţa asupra altor excepții și pe fondul contestaţiei.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă, și respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4(patru) exemplare, conține (nouă) pagini.