CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....-.....
Data: .....

Prin contestațiile nr. ...../..... și nr. ...../....., înregistrate la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., respectiv sub nr. ...../....., înaintate de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, formulată împotriva documentației de atribuire, respectiv a răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 91120/27.11....., acte elaborate de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, cu anunț de participare (sectoriale) nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului:

- „suspendarea licitației mai sus-menționate până la soluționarea contestației;
- anularea licitației mai sus-menționate și, în subsidiar, remedierea aspectelor nelegale arătate în cuprinsul notificării prealabile” (prima contestație);
- „.....” (a doua contestație).

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SA atacă prevederile documentației de atribuire, respectiv răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 91120/27.11....., acte elaborate de ....., în calitate de entitate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, reclamând că aceasta din urmă nu a respectat, la întocmirea lor,

reglementările metrologice, fiscale și din domeniul achizițiilor publice în vigoare.

Prin adresa nr. 94020/11.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 52823/11.12....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la prima contestație înaintată de SC ..... SA, solicitând respingerea ei, ca inadmisibilă și nefondată.

În susținerea excepției inadmisibilității contestației, entitatea contractantă arată că notificarea prealabilă transmisă de SC ..... SA la data de 29.11....., a fost formulată fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 5 alin. (1) din același act normativ.

Pe de altă parte, entitatea contractantă susține că solicitările de clarificări ale contestatoarei din 22.11..... şi 25.11..... nu au ca efect prelungirea perioadei legale de notificare sau decalare a datei de la care începe să curgă aceasta.

În cazul în care avea obiecțiuni de nelegalitate, în privința documentației de atribuire, SC ..... SA trebuia să efectueze demersurile premergătoare contestării, înainte de expirarea termenelor legale, iar nu să aștepte împlinirea lor.

Pe fondul cauzei, entitatea contractantă precizează că derularea procedurii de achiziție sectorială s-a realizat cu deplina respectare a prevederilor legale, iar susținerile contestatoarei sunt nefondate.

În cadrul acestei proceduri, SC ..... SA a înaintat și contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., formulată împotriva publicării în SEAP a contestației sale nr. ...../....., ce s-ar fi făcut cu încălcarea prevederilor art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv, fără a se elimina datele de identificare din cuprinsul ei.

În această situație, apreciază contestatoarea, devin incidente dispozițiile art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Pe de altă parte, contestatoarea precizează că, prin răspunsul la notificarea sa prealabilă, entitatea contractantă a dus argumentarea într-o zonă diferită de cea avută în vedere de legiuitor, respectiv, a persoanei fizice, legiuitorul având în vedere datele de identificare (cu caracter personal) ale contestatoarei, deci a persoanei juridice, în situația dată.

În acest context, contestatoarea reclamă faptul că entitatea contractantă a oferit informații potențialilor ofertanți asupra lipsei participării sale (considerată lider pe piața de segment) la procedură.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea ei invocă dispozițiile art. 1, art. 2, art. 8 și art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Prin adresa nr. 96648/21.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 54681/21.12....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca lipsită de obiect.

Prin punctul de vedere, entitatea contractantă arată că textul art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 are în vedere datele cu caracter personal în înțelesul Legii nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu

privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestora. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 3 lit. a), date cu caracter personal înseamnă „orice informații referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă; o persoană identificabilă este acea persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în mod particular prin referire la un număr de identificare ori la unul sau la mai mulți factori specifici identității sale fizice, fiziologice, psihice, economice, culturale sau sociale”.

De asemenea, entitatea contractantă consideră că, dacă legiuitorul ar fi dorit să nu fie divulgată identitatea contestatoarei, ar fi formulat cerința prevăzută la art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 așa cum a fost formulată cea de la art. 27 alin. (9) din același act normativ, respectiv: „Decizia se publică în termen de 5 zile de la pronunțare pe pagina de internet a Consiliului, în cadrul buletinului oficial, fără referire la datele de identificare ale părților, la datele cu caracter personal, precum şi la informațiile pe care operatorul economic le precizează în oferta sa ca fiind confidențiale potrivit prevederilor art. 19 alin. (1), clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”, sau cea de la art. 172 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, potrivit căreia „entitatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 160 alin. (3), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective”.

Identificarea contestatoarei se poate face cu ușurință, de către orice persoană interesată, prin accesarea portalului Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor la adresa: http://portal.cnsc.ro/istoricdosare .html.

În acest context, entitatea contractantă susține că, prin publicarea datelor de identificare ale SC ..... SA, nu s-au încălcat prevederile Legii nr. 99/2016, nefiind incidente dispozițiile art. 225 alin. (1) lit. c) şi alin. (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, invocate de contestatoare.

Făcând aplicarea prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, după conexarea celor două contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura, licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, publicând în SEAP anunțul de participare (sectoriale) nr. ..... din ....., precum și documentația de atribuire.

Nemulțumită de unele prevederi ale documentației de atribuire, respectiv de conduita entității contractante de a-i publica, în SEAP, prima contestație, fără a ține cont de dispozițiile art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, SC ..... SA a înaintat contestațiile de față, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii (formulată în cadrul primei contestații), nefiind îndeplinită una din cauzele, cumulativ prevăzute la art. 22 din Legea nr. 101/2016, Consiliul a respins-o ca nefondată prin Încheierea nr. 648/...../..... din 07.12.....

Din analiza primei contestații, Consiliul observă că nemulțumirea contestatoarei a fost generată de conținutul documentației de atribuire, publicată, în SEAP, odată cu anunțul de participare menționat anterior, respectiv la data de ....., cu privire la care a formulat solicitarea de clarificări nr. 330/22.11..... în referire la cerințele (caietului de sarcini: cap. 7 pct. e), f), g) alin. (1), (4), pct. n) și fișei de date a achiziției: cerința 1 din cadrul cap. III.2.3.a), cap. II.1.5). La această solicitare, entitatea contractantă a emis răspunsul nr. 91120/27.11..... (set nr. 2 de clarificări).

Nemulțumită fiind de acest răspuns, SC ..... SA a transmis entității contractante Notificarea prealabilă nr. 340/29.11....., în care precizează că „prin adresa nr. 330/22.11..... ... am semnalat și rugat entitatea contractantă să clarifice erorile, aspectele nelegale, confuze sau fără legătură cu activitatea cerută ...", motiv pentru care solicită anularea procedurii.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință de cerințele documentației de atribuire (de cerințele caietului de sarcini: cap. 7 pct. e), f), g) alin. (1), (4), pct. n), și fișei de date a achiziției: cerința 1 din cadrul cap. III.2.3.a), cap. II.1.5), obiect al clarificării, notificării și contestației, încă de la data de ....., data publicării documentației de atribuire în SEAP.

Analizând cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, în considerarea dispoziţiilor 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", Consiliul o va admite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale ale Legii nr. 101/2016:

- art. 6 alin. (1): *„(1) 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: ...*

a) 10 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 egală sau mai mare 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";

- art. 6 alin. (2): *„Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz";*

- art. 6 alin. (3): *„În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire. Publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire*";

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

- art. 8: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz;

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă a răspunsului autorităţii contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere".

- art. 11 alin. (2): *„Contestatorul ataşează la contestaţie dovada notificării prealabile a autorităţii contractante şi copia răspunsului autorităţii contractante, dacă există, dovada înaintării contestaţiei către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum şi mijloacele de probă de care dispune",*

precum și

- art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, care dispune:

„(1) Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege se aplică în cazul atribuirii contractelor sectoriale a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:

a) 1.858.177 lei, pentru contractele sectoriale de produse şi de servicii, precum şi pentru concursurile de soluţii".

Din conţinutul acestor prevederi legale, rezultă că sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea întocmai a procedurii de notificare prealabilă, sintagma „se poate face numai după", utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), art. (3) și (10) din Legea nr. 101/2016, rezultă că procedura prealabilă, în fața entității contractante, respectiv notificarea acesteia, reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatoarea fiind ținută ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite emitentului, în termen de 10 de zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a actului contestat.

Raportat la criticile contestatoarei, ce vizează în mod direct documentația de atribuire care a fost publicată în SEAP la data de ....., precum și la termenul de notificare de 10 zile, prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul la care contestatoarea putea notifica autoritatea contractantă, în vederea remedierii aspectelor considerate nelegale, ce priveau documentația de atribuire, se împlinea la 06.11..... Astfel fiind, Consiliul apreciază că, prin raportare la data luării la cunoştinţă, de către contestatoare, a documentaţiei atacate, respectiv data publicării acesteia în SEAP (.....), notificarea prealabilă nr. 340/29.11..... a fost formulată în afara termenului prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termen care s-a împlinit la data de 06.11....., stabilit în funcție de valoarea estimată a contractului (5.160.921,43 lei), la 10 zile.

Este relevant faptul că, în conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, aplicabilă în această speță, pragul valoric de referință, raportat la tipul contractului de achiziție – sectorial-servicii, este de 1.858.177 lei.

Totodată, Consiliul constată că autoarea contestației nu urmărește modificarea răspunsurilor la solicitările de clarificări, ci anularea procedurii, iar solicitările de clarificări nu pot conduce la prelungirea termenului de atac a documentației de atribuire, ci doar la explicitarea documentației de atribuire.

În concluzie, pe baza probelor administrate, Consiliul reţine că autoarea contestaţiei nu a făcut dovada înaintării în condițiile legii a notificării prealabile, conform termenului prevăzut de Legea nr. 101/2016.

Prin neîndeplinirea acestei obligaţii procedurale, contestatoarea şi-a asumat riscul aplicării sancţiunii prevăzute de lege într-o asemenea situaţie, adică respingerea contestaţiei, ca inadmisibilă [art. 6 alin. (1) teza iniţială din Legea nr. 101/2016].

În soluţionarea acestei excepţii, Consiliul nu ţine seama de faptul că, în formularea notificării prealabile, contestatoarea s-a raportat la răspunsul entității contractante din data de 27.11....., deoarece, astfel cum reiese din cuprinsul solicitării de clarificări, notificării și contestaţiei, nemulţumirile contestatoarei sunt legate de nelegalitatea unor informaţii din cuprinsul documentaţiei de atribuire. Or, astfel cum s-a precizat anterior, documentatia de atribuire a fost cunoscută de contestatoare încă de la data de ....., când a fost publicată în SEAP, aceasta fiind data la care trebuia să se raporteze în demersurile sale ce vizau restabilirea legalităţii documentaţiei de atribuire şi nu data de 27.11....., când a primit răspunsul entității contractante la cererea de clarificări.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, contestaţia nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, în contradictoriu cu .....

Analizând contestația nr. ...../....., Consiliul constată că SC ..... SA este nemulțumită de conduita entității contractante de a-i publica în SEAP prima contestație, fără a ține cont de dispozițiile art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, considerând că este îndreptățită să solicite anularea procedurii, în temeiul art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la publicarea în SEAP a contestației formulate de contestatoare, Consiliul are în vedere că dispozițiile legale invocate de contestatoare, respectiv, art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, prevăd: „(2) În termen de o zi lucrătoare de la primirea contestaţiei, autoritatea contractantă are obligaţia să o publice în SEAP, fără a face referire la datele de identificare cu caracter personal ale contestatorului”. Or, publicarea în SEAP (a primei contestații), cu datele de identificare ale contestatoarei, nu este sancționată de lege. De asemenea, contestatoarea nu probează vătămarea sa prin această conduită a autorității contractante. Astfel, Consiliul apreciază că în speță nu se identifică motive de fapt și de drept pentru care să fie dispusă măsura anulării procedurii în baza art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016: „(1) Entitatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/ acordului-cadru în următoarele cazuri: c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului” și respectiv a alin. (2): „(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege situaţia în care, pe parcursul procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia nr. ...../..... formulată de SC ..... SA, în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

Conexează cele două contestații.

Respinge contestațiile formulate de SC ..... SA, în contradictoriu cu ....., astfel:

- ca inadmisibilă, contestaţia nr. ...../.....;
- ca nefondată, contestaţia nr. ...../.....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 28 alin. (1) și a art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
.... **....** **....**

.....