



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnscl.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. 126/17.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1990/17.01.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator, formulată împotriva prevederii documentației de atribuire referitoare la experiența similară, elaborată de ..., cu sediul în localitatea ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...”, coduri CPV: ..., s-a solicitat Consiliului:

- suspendarea procedurii de achiziție publică, în temeiul dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016 până la soluționarea contestației;

- admiterea contestației așa cum a fost formulată;

- anularea adresei nr. 113/16.01.2017 și a actelor subsecvente, respectiv răspunsul la clarificări publicat în SEAP în data de 09.01.2017, respectiv la data de 13.01.2017;

- obligarea autorității contractante la revizuirea documentației de atribuire astfel încât aceasta să conțină informații suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției sectoriale și, pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 30/C8/167 din 19.01.2017, în sensul respingerii ei, ca nefondată.

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

Prin contestația nr. 126/17.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1990/17.01.2017, SC ... SRL critică prevederea documentației de atribuire referitoare la experiența similară publicată în SEAP de ..., în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, prin notificarea prealabilă, a solicitat autorității contractante următoarele măsuri de remediere:

- „în conformitate cu dispozițiile art. 2, art. 96, art. 172, art. 185, art. 191, art. 192 din Legea nr. 99/2016, vă solicităm ca informațiile furnizate prin documentația de atribuire să fie suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției sectoriale și pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire;

- Cerința pentru îndeplinirea experienței similare precizată în fișa de date a achiziției și anume:

- ofertantul SĂ FI PRESTAT ÎN ULTIMII 3 ANI SERVICII SIMILARE CU CELE SUPUSE PROCEDURII DE ATRIBUIRE, respectiv proiectare și execuție lucrări sisteme de adresare publică (sonorizare) cu o valoare cumulată de 450.000 euro" solicităm să fie reformulată în acord cu cerințele caietului de sarcini, Studiului de fezabilitate și prevederile legale incidente în vigoare și anume: operatorul economic să facă dovada că a mal executat: LUCRĂRI SIMILARE/FURNIZAT UTILAJE ȘI ECHIPAMENTE/ PRESTAT SERVICII DE PROIECTARE ÎN ULTIMII 3 ANI pentru sisteme de adresare publică (sonorizare) cu o valoare cumulată de 450.000 euro, întrucât cerința autorității contractante și anume: SĂ FI PRESTAT ÎN ULTIMII 3 ANI SERVICII SIMILARE CU CELE SUPUSE PROCEDURII DE ATRIBUIRE, respectiv proiectare și execuție lucrări sisteme de adresare publică (sonorizare) este ambiguă și dă loc la interpretări în faza de analiză a ofertelor, acest fapt putând conduce chiar la anularea procedurii de atribuire."

Contestatoarea menționează că, în data de 06.01.2017, a solicitat următoarele clarificări:

- să fie puse la dispoziție tuturor operatorilor economici interesați partea din SF lipsă și care privește costurile estimative ale investiției, respectiv: valoarea totală cu detalierea pe structura devizului general; eșalonarea costurilor coroborate cu graficul de realizare a investiției, conform prevederilor HG 28/2008;

- să se precizeze în mod clar cerința privind experiența similară, în raport cu obiectul contractului supus achiziției și care presupune: servicii

de proiectare, executare de lucrări, achiziția de echipamente și servicii de întreținere a sistemului de sonorizare.

În data de 09.01.2017, prin intermediul SEAP, autoritatea contractantă a transmis un răspuns insuficient de precis pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției sectoriale, în opinia contestatoarei încălcând prevederilor art. 2, art. 96, art. 172, art. 185, art. 191, art. 192 din Legea nr. 99/2016.

În data de 11.01.2017, SC ... SRL a revenit cu o nouă solicitare de clarificări în scopul lămuririi modalității de îndeplinire a cerinței privind experiența similară.

Contestatoarea opinează că și de această dată răspunsul autorității contractante, publicat în SEAP în data de 13.01.2017, este unul evaziv și care nu clarifică modul de îndeplinire al cerinței privind experiența similară.

În ceea ce privește prima întrebare, contestatoarea a arătat că valoarea estimată a contractului este de 1.053.510 euro, din care 10.000 euro - piese de schimb pentru reparații accidentale.

Conform devizului general publicat în SEAP, parte integrantă a documentației de atribuire, valoarea totală estimată este de 963,51 mii euro, defalcată astfel:

- Proiectare și asistență tehnică: 104,60 mii euro (10,85%)
- Investiția de bază: 803,37 mii euro, din care:
 - construcții și instalații: 281,7 mii euro (29,23%)
 - utilaje și echipamente: 521,67 mii euro (54,14%)
- Alte cheltuieli: 28,69 mii euro (2,97%)
- Cheltuieli pentru darea în exploatare: 10,43 mii euro (1,08%).

Conform fișei de date a achiziției, pentru îndeplinirea experienței similare s-a solicitat ca ofertantul SĂ FI PRESTAT ÎN ULTIMII 3 ANI SERVICII SIMILARE CU CELE SUPUSE PROCEDURII DE ATRIBUIRE, respectiv proiectare și execuție lucrări sisteme de adresare publică (sonorizare) cu o valoare cumulată de 450.000 euro.

Având în vedere ponderea cea mai mare a capitolului: utilaje și echipamente - 521,67 mii euro (54,14%), contestatoarea a solicitat să se confirme că se consideră îndeplinită cerința privind experiența similară prin prezentarea unor contracte în conformitate cu gradul de complexitate al contractului ce urmează să fie atribuit, iar ofertantul câștigător să fie unul cu o experiență corespunzătoare pentru derularea unui asemenea contract.

Răspunsul autorității contractante a fost următorul:

"Criteriul de calificare privind experiența similară prevăzut la sect.II.2.3 a) din fișa de date a fost stabilit cu respectarea art. 185 alin. (5) și art. 191 din Legea nr. 99/2016 prin raportare la obiectul contractului sectorial și proporțional cu acesta."

În ceea ce privește întrebarea nr. 2, contestatoarea a solicitat, în raport de valoarea estimată a costurilor din devizul general publicat în SEAP, respectiv 963,51 mii euro și valoarea pieselor de schimb pentru reparații accidentale, respectiv 10.000 euro (precizată în anunțul de participare), să se precizeze ce alte cheltuieli trebuie incluse în ofertă care să acopere diferența de la valoarea estimată de 1.053.510 euro și valoarea de 973.510 euro (963.510 euro + 10.000 euro).

Răspunsul autorității contractante la această întrebare a fost de asemenea unul evaziv și nepunctual, în sensul că nu clarifică valorile aferente fiecărei activități.

Pe cale de consecință, contestatoarea apreciază că, prin răspunsul la solicitările de clarificări publicate în SEAP în zilele de 9 și 13 ianuarie 2017, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 2, art. 96, art.172, art. 185, art. 191, art 192 din Legea nr. 99/2016.

În scopul lămurii modului de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, în data de 13.01.2017, contestatoarea a procedat la solicitarea unei noi clarificări.

Prin adresa nr. 113/16.01.2017, autoritatea contractantă a comunicat faptul că menține documentația de atribuire astfel cum a fost publicată în SEAP, aceasta respectând prevederile legale aplicabile contractelor sectoriale și nu adoptă măsuri în sensul modificării.

Prin adresa nr. 182/25.01.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 2870/25.01.2017, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului:

- pe cale de excepție, respingerea acesteia ca inadmisibilă, în temeiul art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, în ceea ce privește capătul de cerere prin care se solicită „revizuirea documentației de atribuire”;

- iar pe fondul cauzei ca neîntemeiată.

În ceea ce privește inadmisibilitatea contestației privind capătul de cerere prin care se solicită „revizuirea documentației de atribuire”, aceasta este susținută de prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 6 alin. (3) din același act normativ.

Din analiza contestației precum și a notificării prealabile nr. 103/13.01.2017, formulate de SC ... SRL rezultă că acestea vizează modificarea (remediarea) unor cerințe prevăzute în documentația de atribuire (conținutul documentației), respectiv modificarea cerinței prevăzute la secțiunea III.2.3 „Capacitatea tehnică”, Cerința nr. 1 „Experiența similară” din Fișa de date aferentă anunțului de participare nr. 171842, publicat în SEAP, în data de 29.11.2016.

Valoarea estimată a contractului de lucrări fiind de 1.053.510 euro, determină incidența prevederilor art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Față de această exigență legală, notificarea prealabilă nr. 106/13.01.2017 formulată de SC ... SRL excede termenului impus de prevederea legală mai sus menționată, motiv pentru care autoritatea contractantă solicită Consiliului admiterea excepției inadmisibilității contestației privind capătul de cerere prin care se solicită „revizuirea documentației de atribuire”

În ceea ce privește fondul cauzei și anume susținerile referitoare la „îndeplinirea experienței similare precizate în fișa de date a achiziției”, respectiv cerința prevăzută la secțiunea III.2.3 „Capacitatea tehnică”, Cerința nr. 1 „Experiența similară”, autoritatea contractantă le apreciază ca neîntemeiate, din următoarele considerente:

Cerința nr. 1 privind „Experiența similară” a fost stabilită prin raportare la obiectul contractului sectorial precizat atât în Fișa de date cât și în cadrul Caietului de sarcini la Capitolul I „Informații Generale”, respectiv „prestare servicii de proiectare, execuție de lucrări pentru modernizarea sistemului de sonorizare din clădirile Aeroportului Internațional Henri Coandă, respectiv Terminal Plecări, Finger, Terminal Sosiri, Corp Logistic, Corp AB și Parcare Sosiri și serviciilor de întreținere în garanție pentru subsistemele rezultate în urma modernizării.”

Astfel, contractul sectorial are ca obiect servicii de proiectare, execuție lucrări (care includ și materiile prime, materialele și echipamentele care vor fi puse „în operă”) și servicii de întreținere.

În ceea ce privește natura acestui contract, autoritatea contractantă precizează că a fost determinată în strânsă concordanță cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. I) pct. (i) din Legea nr. 99/2016 (a se vedea și codurile CPV indicate la secțiunea II.1.6)

Raportat la cele stipulate în secțiunea III.2.3.a), Cerința nr. 1 din Fișa de date, ofertanții trebuie să facă dovada prestării de servicii de proiectare și execuție lucrări sisteme de adresare publică (sonorizare) cu o valoare cumulată de 450.000 Euro.

În consecință, autoritatea contractantă menționează că, contractul sectorial ce urmează a fi atribuit este un contract de lucrări și nu un contract de furnizare, astfel cum precizează contestatoarea atât în solicitările de clarificări, în notificarea prealabilă cât și în contestația formulată.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că cerința privind experiența similară s-a raportat strict la obiectul contractului sectorial ce urmează a fi atribuit, și anume la serviciile de proiectare și execuție de lucrări (astfel cum se precizează la art. 3 alin. (1) lit. I) pct. (i) din Legea nr. 99/2016).

În ipoteza în care experiența similară ar fi fost stabilită prin raportare la un contract de altă natură, respectiv furnizare produse, atunci ar fi fost încălcate prevederile art. 185 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, întrucât criteriul de calificare nu ar fi avut legătură cu obiectul contractului sectorial ce urmează a fi atribuit.

În ceea ce privește susținerile referitoare la răspunsul la întrebarea nr. 2 din adresa nr. 81/13.01.2017, autoritatea contractantă le apreciază ca neîntemeiate din următoarele considerente:

SC ... SRL a solicitat o clarificare privind „Costurile estimative ale investiției, respectiv

1. valoarea totală, cu detalierea pe structura devizului general;
2. eșalonarea costurilor coroborate cu graficul de realizare a investiției conform prevederilor HG nr. 28/2008"

În acest sens, contestatoarea a solicitat publicarea în SEAP a întregului studiu de fezabilitate ce vizează investiția, respectiv elementele valorice precizate în acesta.

Autoritatea contractantă menționează că studiul de fezabilitate, fără elementele valorice, a fost publicat în SEAP încă din data de 29.11.2016.

Față de această solicitare a contestatoarei, prin adresa nr. 25/09.01.2017, ... a pus la dispoziție întregul studiu de fezabilitate, respectiv și elementele valorice incluse în acesta.

Prin adresa nr. 25/09.01.2017, prin adresa publicată în SEAP în data de 11.01.2017, întrebarea nr. 2, SC ... SRL a solicitat o nouă clarificare și anume: „În raport cu valoarea estimată a costurilor pentru MODERNIZAREA SISTEMULUI DE SONORIZARE vă rugăm să lămuriți ce alte cheltuieli vor fi cuprinse în oferta prezentată care să acopere diferența, de la valoarea de 1.053.510 și care reprezintă valoarea estimată din anunțul de participare, la valoarea de 993.510 euro (963.510 euro + 1.000 euro?"

Prin adresa publicată în SEAP sub nr. 81/13.01.2017 „Răspuns întrebare nr. 2", autoritatea contractantă a precizat în mod expres faptul că „Valoarea estimată include toate activitățile ce formează obiectul contractului, respectiv servicii de proiectare, execuție lucrări, servicii de întreținere și reparații accidentale".

În concluzie, susține că societatea contestatoare a avut toate informațiile necesare pentru a stabili ce reprezintă diferențele între valoarea investiției și valoarea estimată, diferența dintre valorile cuprinse în studiul de fezabilitate și valoarea estimată reprezentând serviciile de întreținere în garanție și valoarea pieselor de schimb pentru reparații.

Astfel, răspunsurile ... nu au fost „evazive", ele conținând toate informațiile necesare pentru ca operatorii economici să-și poată manifesta intenția de participare și pentru formularea unei oferte.

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

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „...", coduri CPV: ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., cu o valoare estimată de 1.053.510 euro, fără TVA.

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul constată că, în data de 06.01.2017, conform SEAP, SC ... SRL a solicitat autorității contractante:

- „(...) să puneți la dispoziție ... parte din SF lipsă și care privește Costurile estimative ale investiției...;

- ... să precizați în mod clar cerința privind experiența similară”.

Referitor la această solicitare, autoritatea contractantă a formulat răspunsul nr. 25/09.01.2017 pe care l-a publicat în SEAP în data de 10.01.2017, precizând:

- „În ceea ce privește *costurile estimative ale investiției* a se vedea fișierul atașat răspunsului la solicitarea de clarificări; (...)

- „*Criteriul de calificare privind experiența similară prevăzut la secțiunea III.2.3.1.a) din Fișa de Date a fost stabilit cu respectarea alin. (5) și art. 191 din Legea nr. 99/2016, respectiv prin raportare la obiectul contractului sectorial și proporțional cu acesta*”.

Nemulțumită de acest răspuns, contestatoarea, în data de 11.01.2017, a revenit cu o nouă cerere de lămuriri, răspunsul autorității contractante fiind postat pe SEAP, în data de 13.01.2017.

Nefiind mulțumită nici de data aceasta, SC ... SRL a formulat notificarea prealabilă nr. 106/13.01.2017, prin care a invocat nelegalitatea documentației de atribuire și a solicitat luarea măsurilor de remediere care se impun. Prin răspunsul la notificarea prealabilă, înregistrat cu nr. 113/16.01.2017, autoritatea contractantă a invocat excepția inadmisibilității contestației pe motiv că notificarea prealabilă nu a fost depusă conform dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, raportat la data publicării în SEAP a documentației de atribuire, respectiv 29.11.2016.

Având în vedere excepția inadmisibilității contestației SC ... SRL invocată de autoritatea contractantă, Consiliul va analiza, cu prioritate, această excepție, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*.

În aceste condiții, față de valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi încheiat, Consiliul apreciază ca fiind relevante, pentru soluționarea excepției, prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: (...) b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”, precum și cele ale alin. (3) al aceluiași articol, respectiv: „(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”.

Prin urmare, ținând seama că observațiile contestatoarei sunt îndreptate împotriva documentației de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 29.11.2016, potrivit anunțului de participare nr. 171842, în conformitate cu prevederile legale anterior citate, o notificare prealabilă împotriva documentației de atribuire putea fi înaintată cel mai târziu la data de 05.12.2016. Or, față de cele prezentate anterior, este evident că formularea notificării prelabile nr. 106 la data de 13.01.2017 este un demers tardiv.

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

Astfel fiind, notificarea nu se confundă cu solicitarea de clarificări, regimul și efectele juridice ale lor fiind fundamental diferite. Deopotrivă de evident este și faptul că simpla solicitare de lămuriri/ explicații nu poate naște exercițiul dreptului de contestare, care este dependent de o notificare anterioară, nu de o solicitare de clarificări. Din conținutul prevederilor legale actuale rezultă că sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, respectiv condiție de admisibilitate a contestației.

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că, în termenul de 5 zile începând cu cea următoare luării la cunoștință despre documentația pretins necorespunzătoare (29.11.2016), în loc să depună la autoritatea contractantă o notificare prealabilă, societatea contestatoare i-a transmis solicitările de clarificări în data de 06.01.2017 și 11.01.2017, la care autoritatea contractantă i-a răspuns în 10.01.2017 și 13.01.2017.

Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care contestatoarea cere clarificarea documentației licitației, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării sau a contestației împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de notificare/atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare/contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a le notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea suplimentarea documentației. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări/ completări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior lipsuri ale documentației, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria adresă.

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

După cum a statuat și Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și 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 contestației.*

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 reține că nerespectarea acestor termene legale imperative atrage sancțiunea decăderii din exercitarea dreptului, dacă legea nu prevede expres altfel, iar actul de procedură efectuat peste termen este lovit de nulitate, astfel cum prevede și art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Contrar opiniei petentei și 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 și 7 din Legea nr. 101/2016) este o normă de ordine publică și nu de ordine privată. În acest sens, Curtea constată că este reală susținerea petentei că în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016 legiuitorul justifică introducerea notificării prealabile prin prisma necesității de a încuraja dialogul prealabil între autoritățile contractante și 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 național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor. Prin urmare, privită din această perspectivă, pentru instanță este evident că procedura notificării prealabile depășește simplul interes privat al unui participant la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, ea fiind concepută cu scopul de a asigura celeritate în realizarea interesului public.

Totodată, curtea nu poate reține apărarea petentei care invocă faptul că Consiliul nu mai putea invoca tardivitatea depunerii notificării prealabile. În

acest sens, din analiza dispozițiilor legale care reglementează notificarea prealabilă, Curtea constată că legiuitorul insistă asupra faptului că neîndeplinirea procedurii notificării prealabile, în termenul legal, atrage sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, astfel cum rezultă din art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, întrucât sancțiunea este respingerea contestației (iar nu a notificării) ca inadmisibilă (inadmisibilitate care poate fi invocată și 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 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.

De asemenea, după cum s-a arătat anterior, este evident că numai îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă în termen legal conferă eficiență 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 și în lipsa unui răspuns legat de acest aspect al autorității contractante notificarea ar putea fi privită de Consiliu sau instanța de judecată ca fiind valabilă întrucât, în acest caz, scopul legii de a asigura mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, ar deveni unul iluzoriu.

Curtea nu va reține nici apărarea petentei care critică soluția dată de Consiliu și sub aspectul încălcării principiului „non reformatio in peius” întrucât, invocând din oficiu excepția tardivității, acesteia i s-a îngreunat situația în propria cale de atac. În acest context, Curtea arată că procedura în fața Consiliului este o procedură administrativ-jurisdicțională de primă instanță și nu într-o cale de atac, astfel încât principiul invocat nu este incident.

De asemenea, Curtea nu va reține nici apărarea petentei prin care invocă faptul că, deși 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, raționamentul petentei se raportează la dispozițiile art. 193 alin. (1) și (2) C. proc. civ. (reglementare în contextul căreia neîndeplinirea procedurii prealabile poate fi invocată doar de către pârât, prin întâmpinare, având astfel caracter relativ) și nu la dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 (reglementare în contextul căreia, după cum s-a arătat mai sus, procedura notificării prealabile are caracter de ordine publică, inadmisibilitatea putând fi invocată și din oficiu).

Nici analizată din perspectiva dispozițiilor 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 neregularităților actului de procedură. Cu toate acestea, nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea ori o altă sancțiune procedurală sau dacă se produce ori subzistă o vătămare. Actul de

procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia. Or, în cauza de față, nulitatea procedurii notificării prealabile este determinată de decăderea petentei din dreptul de a mai depune notificarea, iar cauza acestei nulități nu dispăruse la momentul soluționării de către Consiliu a contestației.

Față de aceste considerente, se va respinge plângerea ca nefondată.”

Având în vedere ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 6 alin. (1) și al art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge ca inadmisibilă contestația de SC ... SRL, în contradictoriu cu

De asemenea, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din legea menționată și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția inadmisibilității contestației, Consiliul nu se va pronunța asupra altor excepții și pe fondul contestației.

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

**CONSILIUL DECIDE:
cu majoritate de voturi**

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu

Fără pronunțare asupra altor excepții și pe fondul cauzei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

OPINIE SEPARATĂ,

Din perspectiva noastră, soluția sancționării întregii contestații cu respingerea ca inadmisibilă nu poate fi acceptată, în condițiile în care aspectele reclamate Consiliului de către SC ... SRL vizează acte diferite și ar fi trebuit tratate în mod distinct. Prin demersul său, autoarea contestației se plânge nu doar de documentația de atribuire, ci și de răspunsurile de clarificare publicate în SEAP la datele de 09 și 13.01.2017, răspunsuri pe care le consideră insuficient de precise și evazive. Pe acest fundal, contestatoarea solicită organului administrativ-jurisdicțional nu doar revizuirea documentației de atribuire, ci și anularea răspunsurilor antemenționate.

Mai mult, nici măcar entitatea contractantă ... nu invocă excepția inadmisibilității întregii contestații, ci doar în privința capătului de cerere de revizuire a documentației de atribuire.

Astfel fiind, considerăm că se impunea examinarea pe fond a temeiniciei și legalității răspunsurilor de clarificare publicate în SEAP la 09 și 13.01.2017, în acord cu dispozițiile art. 26 alin. (2) Legea nr. 101/2016, conform cărora Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat. Față de aceste răspunsuri pe care reclamanta le socotește vătămătoare și le atacă distinct, respectiv față de capătul de cerere a anulare a lor, contestația nu poate fi declarată inadmisibilă, deoarece este depusă în termenul legal și întrunește prescripțiile legii.

În baza art. 172 din Legea nr. 99/2016:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

(2) Entitatea 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.

(3) 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.

(4) Dispozițiile art. 160 alin. (4) - (7) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitările de clarificare sau informații suplimentare.”

Din perspectiva noastră, era necesară o analiză pe fond a respectării cel puțin a acestor prevederi de către entitatea achizitoare și doar ulterior analizei se putea decide soluția în cauză, soluție care, în niciun caz, nu poate fi de declarare inadmisibilă a întregii contestații.

Considerentele expuse ne împiedică să achiesăm la soluția pronunțată de majoritate, votul nostru fiind pentru cercetarea pe fond a criticilor privind răspunsurile de clarificare din 09 și 13.01.2017, cercetare de care depinde soluția asupra capătului de cerere care le vizează.

MEMBRU,

...

