CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în ....., str. ……., înregistrată în registrul comerțului cu nr. ....., având CIF ....., reprezentată de domnul ....., în calitate de director general, privind procedura simplificată pentru atribuirea pe loturi a contractului de furnizare având ca obiect „.....” (……), cod CPV 38510000-3 - Microscoape (Rev.2), organizată de ....., cu sediul în ....., ……., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat anularea adresei nr. ……/02.02....., prin care oferta a fost declarată neconformă, potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, a adresei nr. ...../..... prin care oferta a fost declarată inacceptabilă raportat la dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, a adresei nr. ……/21.03....., a raportului procedurii, reevaluarea ofertei și anularea procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere, ca neconformă și inacceptabilă, a ofertei sale pentru lotul 1, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Contestatorul menționează că, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 a transmis notificarea nr. ……./23.03....., iar autoritatea contractantă prin adresa nr. ……./27.03..... a răspuns, respingând solicitările formulate ca fiind tardiv introduse.

Societatea contestatoare susține că la data de 02.02....., a primit adresa nr. 2277, prin care i s-a comunicat faptul că oferta a fost declarată neconformă, potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

La data de 14.02....., autoritatea contractantă a solicitat clarificări prin adresa nr. ……, la care contestatorul a răspuns prin adresa nr. ……./19.02.....

Prin adresa nr. ..... din ....., autoritatea contractantă a transmis comunicarea rezultatului intermediar prin care a informat societatea contestatoare de faptul că mai erau și alte cerințe tehnice neclarificate și a declarat că răspunsul la solicitarea de clarificări este neconcludent, întrucât nu a răspuns solicitării și, raportat la dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, a declarat oferta inacceptabilă.

Contestatorul, dorind să clarifice toate aspectele menționate de autoritatea contractantă a transmis prin e-mail adresa nr. 9936, prin care a menționat că în termen de trei zile lucrătoare revine cu clarificări.

În data de 28.02....., contestatorul a încărcat în SEAP clarificările detaliate pentru fiecare punct menționat de autoritatea contractantă în adresa nr. .....

În cuprinsul contestației au fost aduse argumente și pe fondul cauzei.

Prin adresele nr. ……./.....-...../03.04..... și nr. ……./.....-...../03.04....., Consiliul a pus în discuție părților excepția inadmisibilității contestației, prin raportare la prevederile art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) coroborate cu art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că autoarea contestației a luat cunoștință de adresa nr. ....., prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, la data de 23.02.2017, valoarea estimată a contractului de furnizare este sub pragul valoric, de publicare în JUAE a unui anunț de participare, iar notificarea prealabilă a fost transmisă la data de 23.03.2017.

Prin adresa nr. ……/04.04....., înregistrată la CNSC sub nr. ……../04.04....., contestatorul a răspuns solicitării Consiliului, respingând excepția inadmisibilității.

Societatea contestatoare susține că a solicitat, printre altele, și anularea raportului procedurii nr. 6009/21.03..... prin care oferta a fost declarată inacceptabilă, raportat la dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În opinia sa, autoritatea contractantă a încălcat principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, iar contestarea procedurii de achiziție nu se putea face decât după emiterea raportului procedurii, avându-se în vedere și comportamentul autorității contractante care, după emiterea

raportului procedurii nr. ……../21.03....., a conturat și demonstrat atitudinea autorității contractante, fapt care a determinat contestarea proceduri.

Față de data transmiterii raportului procedurii nr. ……/21.03....., contestatorul consideră că contestaţia a fost introdusă în termenul legal de contestare, astfel cum a fost acesta reglementat de art. 6, art. 7 și art. 8 din Legea nr. 101 din 2016.

Raportului procedurii cu nr. ……/21.03..... a fost primit la data de 21.03....., notificarea nr. 9984 transmisă la data de 23.03..... prin fax, e-mail si curier rapid, iar contestaţia la data de ..... prin curier rapid.

Pentru „reclamarea" comportamentului inadecvat al autorității contractante, contestaţia nu putea fi introdusă decât după finalizarea procedurii, respectiv după transmiterea raportului procedurii nr. ……./21.03....., context în care contestaţia a fost introdusă în termen, aceasta vizând în mod direct raportul procedurii și modalitatea de desfășurare a procedurii de achiziție care, fără îndoială, nu putea fi contestată decât după finalizarea procedurii.

Respectarea prevederilor legale referitoare la achiziții, respectiv încălcarea principiilor statuate de legislația achizițiilor, este dată de comportamentul autorității contractante.

Astfel, contestatorul solicită respingerea excepției inadmisibilității contestației prin raportare la respectarea termenului de depunere a notificării prealabile, întrucât notificarea nr. ……/23.03..... cuprinde motivele pentru care a înțeles să conteste această procedură.

Prin adresa nr. ……/04.04....., înregistrată la Consiliu cu nr. ……../04.04....., autoritatea contractantă a răspuns cererii Consiliului, solicitând admiterea excepției invocate.

Autoritatea contractantă a comunicat contestatorului, prin intermediul SEAP, decizia și motivele care au stat la baza respingerii acesteia, stabilite în ședința din data de .....

Adresa nr. ……../28.02....., formulată de ..... SRL ca urmare a primirii comunicării intermediare nr. ……./....., nu a reprezentat o notificare prealabilă în înțelesul dispozițiilor prevăzute de art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016. Astfel, nu au fost precizate care au fost neregulile identificate și nici nu s-au solicitat măsurile de remediere sau reexaminarea comunicării intermediare.

Potrivit prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, în termen de cel mult 5 zile de la data comunicării intermediare transmise prin adresa nr. ……/....., contestatorul avea obligația legală să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legii privind achizițiile publice, în care să menționeze neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le considera necesare a fi luate.

În lipsa unei solicitări de remediere, autoritatea contractantă a considerat că a acceptat decizia comisiei de evaluare, respectiv oferta a fost respinsă ca inacceptabilă și aceasta a continuat procedura de atribuire finalizată prin raportul procedurii de atribuire și comunicarea rezultatului către părțile implicate.

Autoritatea contractantă a constatat că notificarea înregistrată sub nr. ……/23.03....., prin care contestatorul a solicitat măsuri de remediere, a fost formulată tardiv, cu depășirea termenului legal prevăzut de art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 18.10.2017, autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de ....., divizată în două loturi, achiziție estimată valoric la 352.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 18.10.2017, alături de anunțul de participare.

La procedură, pentru lotul 1, s-a prezentat ..... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă și inacceptabilă, prin comunicarea nr. ...../....., transmisă prin intermediul SEAP. Ulterior, respingerea ofertei a fost consemnată și în raportul procedurii de atribuire și recomunicată cu nr. ……/21.03.....

Atât în comunicarea nr. ...../....., cât și în aceea nr. ……../21.03....., motivele de respingere a ofertei sunt identice:

„- răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă de comisia de evaluare nu a fost concludent (…);

- în răspunsul transmis nu ați indicat unde se regăsesc în filele de catalog cerințele tehnice (…);

- (…) Comisia de evaluare a considerat că filmul postat pe un site public (…) nu poate fi considerat oficial și relevant din punct de vedere al autenticității, deoarece acesta nu este postat pe site-ul oficial al producătorului."

Prin notificarea prealabilă nr. ……/23.03....., ofertanta s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, cerând expres anularea ambelor comunicări, iar ..... i-a răspuns cu adresa nr. ……/27.03....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere, că menține rezultatul. Primind acest răspuns, ofertanta a reacționat prin formularea contestației nr. ...../....., pe care a expediat-o Consiliului, prin curierat.

Cercetând cu întâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția inadmisibilității contestației, invocată din oficiu de Consiliu, în condițiile în care, la momentul formulării contestației, nu era notificată în termenul legal autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice, se constată temeinicia acesteia.

Trecând la verificarea respectării obligației de depunere a notificării și a contestației în interiorul termenului legal, se constată că ofertanta contestatoare s-a plâns autorității de nelegalitatea respingerii ofertei sale (rezultatul evaluării ofertei sale) prin notificarea prealabilă nr. ……../23.03....., la 27 zile distanță de data la care a aflat despre respingere, din comunicarea nr. ...../ ..... Societatea contestatoare a luat cunoştinţă despre actul de respingere la data emiterii lui – ..... – când a fost postat în SEAP de autoritate, dată care reprezintă momentul la care se va raporta termenul legal de depunere a notificării.

Conform 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)].

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) din aceeași lege:

(1) **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 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.

În loc să depună la autoritate notificarea prealabilă în termenul de 5 zile, începând cu cea următoare luării la cunoștință despre respingerea ofertei, societatea a depus notificarea abia la 23.03....., în afara termenului legal, iar autoritatea a răspuns negativ.

Operatorul economic cunoștea respingerea pe care o reclamă de la data postării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a o notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea revenirea și controlul jurisdicțional asupra ei. Actul vătămător este, după cum s-a punctat anterior, comunicarea rezultatului intermediar nr. ...../....., de respingere a ofertei, iar termenul de notificare curge din ziua următoare publicării lui, durează 5 zile și s-a împlinit la finalul zilei de 28.02....., miercuri, zi lucrătoare.

Consiliul nu neagă faptul că ..... SRL a înaintat autorității contractante notificarea prealabilă nr. ……/23.03....., însă probele de la dosarul cauzei confirmă că înaintarea ei a avut loc, într-adevăr, în afara termenului legal de 5 zile.

Termenele și condițiile de notificare și contestare sunt impuse în Legea nr. 101/2016 și nu sunt lăsate la dispoziția destinatarilor legii.

Transpuse la datele speței, cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestației nu a respectat normele art. 6 alin. (1) lit. a) din lege, omițând să transmită în cele 5 zile acordate de legiuitor notificarea

împotriva respingerii ofertei sale, ceea ce atrage sancțiunea inadmisibilității contestației [sancțiunea nu este tardivitatea, întrucât art. 6 alin. (1) din lege prescrie respingerea 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 arătata 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.

Atât comunicarea rezultatului intermediar nr. ...../....., cât și comunicarea rezultatului procedurii nr. ……/21.03..... constituie acte vătămătoare, în sensul art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: act al autorităţii contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

Așadar, reprezintă act al autorității, contestabil, și actul care nu este administrativ, legiuitorul extinzând sfera la orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, cum sunt și cele două acte antemenționate. Ele pot fi atacate independent de existența sau nu a raportului procedurii (de pildă, o ofertă poate fi respinsă în etapa verificării DUAE, etapa verificării tehnice sau etapa verificării financiare, fiecare dintre aceste etape având propria perioadă de desfășurare în timp și nu sunt legate de raportul procedurii, care se întocmește la final [uneori, la distanță foarte mare de primele etape intermediare]).

..... SRL dispunea de argumente concrete care să îi susțină atacarea măsurii respingerii ofertei sale de la momentul comunicării acesteia, prin adresa nr. ...../....., iar nimic nu a îngrădit-o să își exercite dreptul de a o ataca în termenul legal. Așteptarea finalizării procedurii de atribuire pentru a fi comunicat același ....., constând în respingerea ofertei sale, nu își găsește nicio justificare. Chiar dacă s-ar anula raportul procedurii de atribuire și comunicarea nr. ……../21.03....., ar rămâne în vigoare actele precedente ale

autorității, de respingere a ofertei, întrucât ele nu pot fi examinate acum pe fond, nefiind atacate în termenul legal.

În aprecierea Consiliului, din actele de la dosar reiese că reclamanta a notificat în mod tardiv respingerea ofertei sale, în raport cu data de ....., la care i s-a adus la cunoștință prima oară măsura respingerii ofertei.

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

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția inadmisibilității contestației, Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului contestației.

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

În temeiul art. 6 alin. (1), coroborat cu art. 26 alin. (1) și (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca inadmisibilă contestaţia formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Fără a se pronunţa asupra altor excepţii ori a fondului cauzei.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în …… exemplare, conține …….. pagini.