CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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. 12 alin. (1) 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 contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ... nr. 8A, judeţul ....., CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerţului ....., reprezentată legal prin Serban Sovaiala, privind procedura de licitație deschisă online, organizată pentru atribuirea contractului de furnizare, având ca obiect „Dezvoltarea stațiunii turistice Straja – achiziție tunuri de zăpadă”, de către ....., cu sediul în ....., str. ....., judeţul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat .....

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ..... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în susținere:

În fapt, contestatorul menționează că prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat următoarele criterii:

"- Temperatura de pornire pentru producerea zăpezii artificiale de -2.5 C;

- Tunurile trebuie să fie compatibile cu sistemul de comanda/control/monitorizare existent, respectiv "Automatic ....." (.....), astfel încât să poată fi recunoscute de acesta și să poată fi comandate și controlate prin softul specializat existent al instalației.

- Tunurile trebuie să fie capabile ca prin intermediul softului specializat să furnizeze cel puțin informații cu privire la temperatura exterioară a aerului, umiditatea relativă a aerului, presiunea apei la intrarea în tun, temperatura apei, calitatea zăpezii produse, numărul

orelor de funcționare, consumul de apă, intervalul de timp în care au funcționat".

Contestatorul susține că singurul mod în care ofertantul ..... poate arăta că îndeplinește într-adevăr criteriile de calificare este printr-o demonstrație la fața locului.

În susținerea contestației se arată că tunurile .....nu respectă criteriul de a putea produce zăpadă la temperaturi de -2.5°C, dar, cea mai gravă și importanta dintre probleme este faptul că tunurile ..... nu se pot integra în actualul soft de gestionare/ comanda / control al instalației, decât cu costuri uriașe. Astfel, se subliniază că dacă în privința primei cerințe lucrurile sunt relativ simple, aceasta fiind exclusiv legată de construcția tunurilor în sine, în privința ultimelor două criterii lucrurile nu mai țin numai de producătorul ..... ci și, sau mai ales, de producătorul ....., cel care a furnizat instalația existentă, cel al cărui soft specializat (.....) gestionează întreaga instalație existentă. De asemenea, contestatorul precizează că tunurile .....nu se vor putea integra în softul existent decât cu niște costuri suplimentare pe care le estimează a se situa în jurul cifrei de 110.000 euro.

Se învederează că dacă s-ar achiziționa tunuri automate prin construcția lor, dar incompatibile cu sistemul ....., acestea nu vor putea funcționa decât în regim semi-manual, respectiv ele nu vor putea fi decât, cel mult (prin intermediul unor dispozitive auxiliare), pornite și oprite de la distanță, fără să se poată utiliza / beneficia de toate facilitățile pe care un tun automat trebuie să le pună la dispoziția beneficiarului.

Față de răspunsul autorității contractante, contestatorul arată că deși primit la 5 zile după expirarea termenului legal pentru formularea răspunsului, respectiv pe 8 ianuarie ....., în loc de ..... ianuarie ....., acesta nu este rezultatul unei analize temeinice a stării de fapt prezentate prin contestație, în sensul că întregul răspuns se rezuma la reiterarea poziţiei firmei .....

Pe de altă parte, față de afirmația autorității contractante respectiv că *„Acest dispozitiv (de comunicare, oferit de ....., n.n) utilizează o implementare proprie a protocolului de comunicare folosit în sistemul .....*", contestatorul menționează că dacă acest lucru este adevărat, înseamnă că se intra in zona penală, deoarece protocolul de comunicare ..... este protejat de dreptul de proprietate intelectuală și nu poate fi „implementat" de nimeni fără acordul expres al titularului dreptului respectiv, adică ..... SpA.

Din punct de vedere procedural, contestatorul arată că, în speță, condițiile impuse de Legea nr. 101/2016 au fost respectate astfel:

- comunicarea rezultatului procedurii a fost redactată de către autoritatea contractantă pe 22.12.2017, data la care a și fost transmisă;
- notificarea prealabilă (denumită de SC ..... SRL contestație, deoarece, în esență, asta face notificarea prealabilă, contesta decizia transmisă prin comunicarea rezultatului procedurii) a fost transmisă către PRIMĂRIA ..... pe data de 29.12.2017, deci în interiorul termenului de 10 zile prevăzut de Legea nr. 101/2016;

• răspunsul autorității contractante ar fi trebuit să vină în termen de trei zile de la data primirii notificării - adică pe ..... ianuarie ....., deoarece 1 și 2 ianuarie au fost zile libere. Acest răspuns nu a venit decât pe data de 08.01..... și în opinia contestatorului nu conține măsuri care să răspundă la problemele ridicate în Contestatia/Notificarea prealabilă transmisă;

• prezenta contestație a fost transmisă în data de ....., deci în interiorul celor 10 zile prevăzute de Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 2618/..... ...../18.01..... Consiliul a solicitat MUNICIPIULUI ....., în calitate de autoritate contractantă, un punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, în special cu privire la modalitatea în care SC ..... SRL a îndeplinit procedura de notificare prealabilă.

La solicitarea Consiliului autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 792/22.01....., înregistrată la Consiliu sub nr. 2906/22.01..... precizând că SC ..... SRL a transmis în data de 18.01....., prin e-mail, contestația nr. ...../..... adresată CNSC, fără a respecta prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 conform cărora avea posibilitatea ca în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorității contractante considerat nelegal, să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației.

În aceste condiții, autoritatea consideră că ofertantul contestator nu a respectat procedura de notificare prealabilă motiv pentru care solicită respingerea contestației ca inadmisibilă și continuarea procedurii.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect „Dezvoltarea stațiunii turistice Straja – achiziție tunuri de zăpadă”, cod CPV 35221000-9. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă, și a publicat anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind ”prețul cel mai scăzut”.

Împotriva rezultatului procedurii, SC ..... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...../2017 soluționat prin decizia CNSC nr. 100/...../...../..... în sensul respingerii contestației ca fiind inadmisibilă pentru neparcurgerea etapei de notificare prealabilă.

Tot împotriva rezultatului procedurii SC ..... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...../.....

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căruia *„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”,* Consiliul reține următoarele:

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 101/2016, respectiv:

- art. 6 alin. (1), conform cărora:

„(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), și anume:

„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. (4), care dispune că:

„ (4) În termen de ..... zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări."

- art. 6 alin. (10), care dispune că:

„(10) Sesizarea Consiliului sau a instanţei, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă".

- art. 8, conform căruia:

(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: (...)*

b) 5 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) care dispune:

„(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”.

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

Parcurgerea procedurii prealabile este, așadar, o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

Conform dispozițiilor legale anterior enunțate, rezultă că aceasta procedură prealabilă este structurată în următoarele etape obligatorii:

1. formularea și transmiterea notificării prealabile, cu **scopul de a semnala autorității contractante neregulile constatate și de a solicita remedierea acestora**;

2. împlinirea termenului de ..... zile, prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în care autoritatea contractantă poate transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte sau nu măsuri de remediere în sensul celor semnalate în cuprinsul notificării prealabile;

..... în cazul în care autoritatea contractantă nu a transmis niciun răspuns sau răspunsul transmis nu este considerat suficient pentru remedierea situației sesizate, formularea contestației, în termenul prevăzut de legiuitor la art. 8 alin. (2) din lege.

Așadar, în sensul noii legi, contestaţia la CNSC se depune împotriva răspunsului la notificare transmis de autoritatea contractantă sau, în cazul lipsei unui astfel de răspuns, începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.i.

Valoarea estimată, fără TVA, a contractului de furnizare ce face obiectul contestaţiei, este, potrivit anunțului de participare nr. ...../....., de 1.350.000 lei, fără TVA, prin urmare mai mare decât valoarea prevăzută la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, peste care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, termenul de formulare a unei notificări în acest caz fiind de 10 zile.

Astfel, având în vedere cele mai sus menţionate şi ţinând cont de dispoziţiile art. 5 din Legea nr. 101/2016, respectiv „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare” se constată că, în speță, notificarea prealabilă împotriva adresei nr. 7/168/22.12.2017, reprezentând comunicarea rezultatului, transmisă de autoritatea contractantă prin e-mail în data de 22.12.2017, trebuia înaintată autorității contractante până cel târziu la data de 03.01....., sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă.

În soluționarea contestației, Consiliul nu va reține alegațiile contestatorului referitoare la faptul că a transmis notificare prealabilă adresată autorității contractante în data de 29.12.2017, întrucât documentul la care face referire contestatorul ca fiind notificarea prealabilă, în fapt, este contestația înregistrată la CNSC sub nr. 55506/29.12.2017, respinsă

prin decizia nr. 100/...../..... din ..... ca inadmisibilă, ca urmare a faptului că nu a fost parcursă etapa de notificare prealabilă.

Concret, Consiliul are în vedere faptul că atât timp cât documentul înregistrat la CNSC sub nr. 55506/29.12.2017 a fost calificat ca fiind o contestație în soluționarea căreia s-a emis decizia nr. 100/...../...../....., nu se poate admite ca, același document, la solicitarea SC ..... SRL, să fie recalificat și acceptat ca fiind o notificare prealabilă depusă premergător contestației de față.

În acest sens Consiliul apreciază că prevederile art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 *"Sesizarea Consiliului sau a instanţei, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă"* sunt clare, în sensul că Notificarea prealabilă și respectiv Contestația sunt două documente distincte.

Așadar, prin formularea și transmiterea unei noi contestații către Consiliul în data de ..... și la autoritatea contractantă la data de 18.01....., împotriva rezultatului procedurii comunicat de autoritatea contractantă în data de 22.12.2017, fără a parcurge și etapa notificării prealabile, SC ..... SRL nu a respectat prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca fiind inadmisibilă.

Prin adoptarea acestei atitudini, respectiv neîndeplinirea acestei obligaţii procedurale, contestatorul şi-a asumat riscul aplicării sancţiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situaţie, respectiv respingerea contestaţiei ca inadmisibilă [art. 6 alin. (1) teza iniţială din Legea nr. 101/2016].

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 formulată de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca inadmisibilă contestaţia formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....

.....