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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1238/05.02.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4908/06.02.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO..., reprezentată legal prin ... - director general, formulată împotriva procedurii de atribuire, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect Furnizare antibacterieni pentru uz sistemic", s-a solicitat: admiterea contestației, ca întemeiată, și:

- obligarea autorității contractante la modificarea dispozițiilor art. 7.2 din contractul subsecvent, în sensul eliminării sintagmei *„...de la data înregistrării facturii la achizitor"* și înlocuirea acesteia cu una dintre metodele de stabilire a termenului de plată prevăzută de art. 6 din Legea nr. 72/2013, respectiv cu sintagma *„... de la primirea facturii de către achizitor"*;
- obligarea autorității contractante la emiterea documentației de atribuire, inclusiv a modelului de contract subsecvent, cu respectarea dispozițiilor legale în materie și prin remedierea actelor care afectează procedura.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cererii 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 SC ... SRL critică documentația de atribuire, respectiv nelegalitatea dispozițiilor art. 7.2 din contractul

subsecvent, prin care autoritatea contractantă stabilește că *„Achizitorul va efectua plățile în lei către furnizor în termen de 60 de zile de la data înregistrării facturii la sediul Autorității Contractante”*, întrucât, în opinia sa, acestea contravin dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, conform cărora, termenul pentru îndeplinirea obligația de plată în sarcina autorității contractante se stabilește de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată, de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor de la recepție sau verificare.

De asemenea, contestatoarea subliniază faptul că anunțul de participare aferent procedurii de achiziție publică în cauză a fost publicat în SEAP la data de 16.01.2018, dată la care, în conformitate cu dispozițiile art. 6 și următoarele din Legea nr. 101/2016, a comunicat autorității contractante, în termenul legal, clarificarea/notificarea prealabilă nr. 43, prin care a solicitat *„Modificarea art. 7.2 din contractul subsecvent în sensul eliminării sintagmei <data înregistrării> și înlocuirea acesteia cu <primirea> a.i. să aibă următorul conținut <art. 7.2 Achizitorul va efectua plățile în lei către furnizor în termen de 60 de zile de la primirea facturii la sediul Autorității contractante> ”*. Mai arată că, în data de 26.01.2018, ca răspuns la Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a transmis societății sale răspunsul cu adresa nr. 1098 prin care i-a comunicat că nu adoptă măsurile de remediere solicitate.

Prin adresa nr. 5758/.../C.../12.02.2018, Consiliul a solicitat SC ... SRL să formuleze un punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată din oficiu, în considerarea prevederilor art. 6 alin. (4) și art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. 2086/09.02.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 5665/12.02.2018, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, în principal, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, în temeiul art. 6 alin. (1) coroborat cu alin. (10) din Legea nr. 101/2016, și, în subsidiar, ca nefondată.

Autoritatea contractantă solicită admiterea excepției inadmisibilității contestației, motivat de faptul că, petenta nu a făcut o "notificare prealabilă", în sensul dispozițiilor Legii nr. 101/2016, să motiveze în fapt și în drept așa zisele neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz, ci a transmis solicitare de clarificări, prin adresa nr. 43/16.01.2018, primită și înregistrată cu nr. 1100/23.01.2018, în baza dispozițiilor art. 160-161 din Legea nr. 98/2016, ale cărei efectele juridice sunt diferite față de formularea unei notificări prealabile, care are ca și consecință suspendarea dreptului de încheiere a contractului.

Pe fond, autoritatea apreciază că solicitarea sa ca solicitarea sa ca plata facturilor să fie făcută în termen de 60 de zile de la data înregistrării facturii la sediul său, nu aduce nicio vătămare a

intereselor legitime ale contestatoarei, sintagma folosită fiind în concordanță cu celelalte prevederi ale contractului subsecvent, art. 24 alin. (1), (2) și (3), astfel că motivele invocate de contestatoare sunt nefondate.

Prin adresa nr. 5822/.../C.../13.02.2018, Consiliul a solicitat SC ... SRL să formuleze un punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, în punctul său de vedere nr. 2086/09.02.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 5665/12.02.2018, în considerarea prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1378/14.02.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 66194/14.02.2018, contestatoarea solicită respingerea excepției tardivității și inadmisibilității contestației, ca neîntemeiate, având în vedere următoarele aspecte:

Cu privire la excepția tardivității contestației, SC ... SRL arată că, în data de 16.01.2018, în conformitate cu dispozițiile art. 6 și urm. din Legea nr. 101/2016, a comunicat autorității contractante, în termenul legal, clarificarea/notificarea prealabilă nr. 43, prin care a solicitat acesteia să dispună remedierea clauzelor contractuale contestate, la care, în data de 26.01.2018, autoritatea contractantă a transmis răspuns, cu adresa nr. 1098, prin care a comunicat că nu acceptă măsurile de remediere solicitate.

Astfel, având în vedere că, în conformitate cu dispozițiile art. 8 alin. (1) și (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, a depus, în termenul legal de 10 zile de la refuzul autorității contractante, comunicat în data de 26.01.2018, de a remedia măsurile solicitate, respectiv în data de 05.02.2018, SC ... SRL solicită constatarea faptului că a depus în termenul legal contestația.

Cu privire la excepția inadmisibilității contestației, SC ... SRL susține că, în conformitate cu dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, a solicitat autorității contractante, în termenul legal, prin adresa/clarificarea nr. 43/16.01.2018, să dispună măsuri de remediere cu privire la modificarea art. 7.2 din contractul subsecvent.

Contestatoarea precizează că, potrivit dispozițiilor art. 6, alin. (2) din legea 101 din 2016 notificarea prealabilă, impusă de art. 6 alin. (1) din același act normativ *„... se face în scris și conține cel puțin datate de identificare ale persoanei care se considera vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care te consideră necesare a fi luate, după caz”*, iar, adresa/clarificarea nr. 43 din 16.01.2018 îndeplinește toate cerințele legale, inclusiv cele privind neregulile sesizate, dispozițiile legale încălcate și măsurile de remediere solicitate.

În opinia contestatoarei, faptul că solicitarea sa nr. 43/16.01.2018, către autoritatea contractantă, cu privire la măsurile de remediere solicitate pentru modificarea art. 7.2 din contractul subsecvent, nu are specificat în preambul în mod expres noțiunea

de „notificare prealabilă” nu poate anula caracterul acesteia de notificare prealabilă, în sensul dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, SC ... SRL consideră că și-a îndeplinit obligația prealabilă depunerii contestației, respectiv a notificat autoritatea contractantă, prin adresa nr. 43/16.01.2018. cu privire la solicitarea de remediere ce face obiectul contestației.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect Furnizare antibacterieni pentru uz sistemic”, clasificare CPV: 38300000-8 Instrumente de măsurare (Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”. Documentația de atribuire a fost atașată anunțului de participare nr. ....

Nemulțumită fiind de conținutul documentației de atribuire, respectiv dispozițiile art. 7.2 din contractul subsecvent, prin care autoritatea contractantă stabilește că *„Achizitorul va efectua plățile în lei către furnizor în termen de 60 de zile de la data înregistrării facturii la sediul Autorității Contractante”,* 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*”, având a soluționa cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, invocată de către autoritatea contractantă, precum și excepția tardivității contestației, invocată de către Consiliu, din oficiu, acesta reține următoarele:

Cu privire la excepția inadmisibilității contestației, invocată din autoritatea contractantă, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016, respectiv:

- art. 6 alin. (1):

„(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: (...)

a) 10 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 egală sau mai mare 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"

- art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016: „*Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă*".

Din conținutul 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 o etapă obligatorie, efectuarea acesteia în termenul prevăzut de lege fiind o condiție de admisibilitate a contestației.

Valoarea estimată, fără TVA, a acordului-cadru de furnizare, divizat pe loturi, care face obiectul contestației, este, potrivit anunțului de participare nr. ..., între 63.045,20 și 1.513.084,80 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 anunțurilor de participare.

Astfel, având în vedere cele mai sus menționate și ținând cont de dispozițiile 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 și 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 conținutului documentației de atribuire, de care SC ... SRL a luat cunoștință la data de 16.01.2018 (data publicării acesteia în SEAP) trebuia înaintată autorității contractante până cel târziu la data de 26.01.2018, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă.

Analizând documentele probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

- documentația de atribuire a fost atașată anunțului de participare nr. ...;

- la data de 17.01.2018, contestatoarea a transmis autorității contractante, prin postare în SEAP, adresa nr. 43/16.01.2018, intitulată „Clarificări și completări";

- la data de 26.01.2018, autoritatea contractantă a răspuns, postând în SEAP adresa nr. 1098/23.01.2018;

- la data de 05.02.2018, contestatoarea a transmis către CNSC contestația sa înregistrată la acesta sub nr. 4908/06.02.2018.

Verificând modul în care adresa nr. 43/16.01.2018, calificată de autoarea ei drept „Notificare prealabilă", respectă dispozițiile art.

6 și următoarele din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că deși are elementele enumerate la alin. (2) al acestui temei legal, respectiv a fost formulată în scris, conținând neregulile sesizate și măsurile de remediere solicitate, ea a fost denumită de SC ... SRL ca fiind „Clarificări și completări”, aspect care rezultă în mod clar din temeiurile de drept avute în vedere de autoarea ei, astfel cum sunt acestea expuse în preambulul său, respectiv:

„Având în vedere următoarele temeiuri de drept:
- Directiva 2011/17/UE a Parlamentului European și Consiliului din 16.02.2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale (...)
- art. 160-161 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice,
În termen legal formulăm următoarele:

Clarificări și completări

(...) prin care vă solicităm ca în temeiul actelor normative invocate în cuprinsul prezentei să dispuneți (...)”

Astfel, Consiliul observă că baza legală avută în vedere de autoarea contestației în transmiterea adresei nr. 43/16.01.2018 a fost reprezentată de art. 160-161 din Legea nr. 98/2016, conform cărora:

„Art. 160. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunţul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabileşte prin anunţul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar şi complet tuturor solicitărilor de clarificare/informaţiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligaţia de a publica răspunsurile însoţite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziţiei, indicată potrivit dispoziţiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informaţiile suplimentare respective.

(4) Dispoziţiile art. 150 alin. (3) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce priveşte răspunsurile la solicitări de clarificări sau informaţii suplimentare.

Art. 161. În măsura în care solicitările de clarificări sau informaţii suplimentare au fost adresate în termenul prevăzut în anunţul de participare/simplificat/de concurs, răspunsul autorităţii contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmis cu cel puţin 10 zile, respectiv 5 zile în situaţiile de urgenţă demonstrate în mod corespunzător de autoritatea contractantă, prevăzute la art. 74 alin. (3) şi art. 79 alin. (5), înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare.”

Ca urmare, însăși autoritatea contractantă a înțeles să răspundă solicitărilor din cuprinsul adresei nr. 43/16.01.2018 raportând-se la obligațiile prevăzute în sarcina ei de dispozițiile incidente din Legea nr. 98/2016, iar nu la cele instituite de Legea nr. 101/2016, în situația primirii unei notificări prealabile.

De altfel, faptul că SC ... SRL nu a avut în vedere prevederile art. 6 și următoarele din Legea nr. 101/2016, care reglementează procedura de notificare prealabilă, rezultă inclusiv din modul său de acțiune ulterior transmiterii adresei nr. 43/16.01.2018, sens în care se constată că aceasta a așteptat răspunsul autorității contractante înainte de a înainta contestația sa, deși prevederile art. 8 alin. (2) lit. a) și b), coroborate cu cele ale art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, dispun:

„- art. 6 alin. (4) *În termen de 3 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. 8 alin. (2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante, în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere, dacă autoritatea contractantă a respectat termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), în caz contrar fiind aplicabile dispoziţiile prevăzute la lit. b);

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

sancțiunea nerespectării acestui termen regăsindu-se la art. 16 alin. (1) din același act normativ „*Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât şi autorităţii contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare*."

Față de cele anterior expuse, Consiliul, contrar susținerilor contestatoarei, constată că adresa nr. 43/16.01.2018 nu respectă prevederile care reglementează procedura notificării prealabile regăsită în Legea nr. 101/2016, drept care stabilește că, în raport cu dispozițiile anterior citate, procedura notificării prealabile nu a fost îndeplinită în condițiile legii.

Prin nerespectarea procedurii legale de notificare prealabilă a autorității contractante, contestatoarea și-a asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 pentru o asemenea situație, respectiv respingerea contestației ca inadmisibilă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (6) 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 urmează să admită excepția invocată de autoritatea contractantă și să respingă ca inadmisibilă contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ....

Fără pronunțare cu privire la alte excepții și la fondul cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

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

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

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

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