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 nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., formulată de către S.C. ..... S.A., cu sediul în ....., str....., nr....., judeţul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ..... CUI RO ....., reprezentată legal prin ....., în calitate director general, împotriva faptului că aceasta nu se regăseşte în Lista candidaţilor publicată în S.E.A.P., la data de ....., de către..... ....., cu sediul în ....., judeţul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitaţie deschisă online, a contractului de achiziţie publică, având ca obiect „Achiziţia unui complex de dragaj fluvial”, se solicită .....

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 ofertantul S.C. ..... S.A. critică faptul că nu s-a regăsit în Lista candidaţilor publicată în S.E.A.P., de către autoritatea contractantă, la data de 15.01....., învederând în motivare faptul că, la data de 15.01....., platforma S.E.A.P. nu a funcţionat corespunzător şi nu a putut încărca, în integralitate, la anunţul de participare oferta sa, accesul la procedura de atribuire în cauză fiindu-i astfel restricţionat.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost depus punctul de vedere al autorităţii contractante nr. 3181/23.01....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 3303/25.01....., referitor la contestaţia formulată de către S.C. ..... S.A., prin care, pe cale de excepţie, se solicită respingerea acesteia ca inadmisibilă şi neintemeiată şi, pe fondul cauzei, respingerea acesteia ca nefondată.

În ceea ce priveşte respingerea contestaţiei ca „neîntemeiată şi inadmisibilă”, autoritatea contractantă precizează că nu a primit nicio notificare de la S.C. ..... S.A., conform art. 6 din Legea nr. 101/2016.

În data de ....., ..., după încheierea şedinţei de vizualizare şi analiză a garanţiilor de participare, precum şi vizualizarea celorlalte documente depuse în S.E.A.P. a întocmit Lista ofertanţilor pe care a încărcat-o în S.E.A.P., la secţiunea „Procese verbale/Declaraţii/Rapoarte" în data de ....., ora 11:42. Contestaţia formulată de către S.C. ..... S.A. a fost primită prin fax şi e-mail la data de ....., iar prin poştă în data de .....

Prin urmare S.C. ..... S.A. nu a îndeplinit procedura prealabilă impusă de art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Astfel, înainte de a se adresa Consiliului, contestatorul avea obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice şi, în cazul în care se considera vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau dacă nu primea niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), putea sesiza Consiliul şi formula contestaţie, în vederea obligării autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim.

Având în vedere aspectele prezentate anterior, ... solicită Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor respingerea contestaţiei formulate de către S.C. ..... S.A., ca inadmisibilă şi neîntemeiată, întrucât nu s-au respectat prevederile Legii nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere exprimat, autoritatea contractantă a adus la cunoştinţa Consiliului şi aspecte cu privire la fondul cauzei.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

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

În aprecierea acestei finalităţi au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*".

De asemenea, Consiliul reţine că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, *„(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;

(...)

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

Potrivit art. 8 alin. (1) din același act normativ, „*Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz;"*.

Rezultă, aşadar, din prevederile citate, că urmare a primirii răspunsului la notificarea prealabilă sau expirării termenului în care aceasta ar fi trebuit să formuleze un răspuns, contestatorul se poate adresa Consiliului.

Constatând că S.C. ..... S.A. nu a ataşat la contestaţia nr. ...../....., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ...../....., dovada notificării prealabile a autorităţii contractante şi eventual, copia răspunsului acesteia, dacă există, cu menţionarea datei primirii lui, astfel cum impun prevederile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, ci doar dovada comunicării contestaţiei către autoritatea contractantă, la data de 29.01....., prin adresa nr. 3679/.....-...../29.01....., Consiliul a solicitat contestatorului să comunice, până la data de 29.01....., ora 16:00 documentele menţionate anterior.

S.C. ..... S.A. a răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 4087/....., precizând că a formulat şi transmis către ..... notificarea prealabilă, la data de ....., aceasta fiind înregistrată la sediul autorităţii contractante cu nr. 2261. În acest sens, contestatorul a depus la dosarul cauzei, în copie, documente doveditoare. În fapt, a transmis dovada transmiterii contestației pe mail la autoritatea contractantă, la data de ..... și copie a Notei de transport curierat rapid Urgent Cargus din data de .....

Chiar dacă autoarea contestației a specificat în conținutulul mesajului transmis pe mail ca : "*Vă comunicăm alăturat notificarea formulată de societatea noastră ....(...) ",* nu echivalează cu îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, fiind vorba în fapt de transmiterea contestației.

Procedura de notificare prealabilă, instituită expres de legiuitor, nu și-ar mai avea rostul, în condițiile înaintării doar a contestației, or acest lucru nu poate fi primit.

În conformitate cu prevederile noii legislații mai sus invocată, persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante, în speța de față, faptul că S.C. ..... S.A. nu s-a regăsit în Lista candidaţilor publicată în S.E.A.P., de către autoritatea contractantă, la data de ....., trebuie să înainteze autorității contractante o notificare prealabilă în referire la actul față de care este nemulțumită și în situația în care se consideră vătămată de răspunsul primit sau nu primește răspuns în termen se poate adresa Consiliului.

Se are în vedere că la dosarul cauzei, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost depus punctul de vedere al autorităţii contractante nr. 3181/23.01....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 3303/25.01....., referitor la contestaţia formulată de către S.C. ..... S.A., prin care, pe cale de excepţie, se solicită respingerea acesteia ca inadmisibilă şi neintemeiată şi, pe fondul cauzei, respingerea acesteia ca nefondată.

În ceea ce priveşte respingerea contestaţiei ca „neîntemeiată şi inadmisibilă", autoritatea contractantă precizează că nu a primit nicio notificare de la S.C. ..... S.A., conform art. 6 din Legea nr. 101/2016. Achizitoarea a adăugat că în data de .....,..... ....., după încheierea şedinţei de vizualizare şi analiză a garanţiilor de participare, precum şi vizualizarea celorlalte documente depuse în S.E.A.P. a întocmit Lista ofertanţilor pe care a încărcat-o în S.E.A.P., la secţiunea „Procese verbale/Declaraţii/Rapoarte" în data de ....., ora 11:42. Contestaţia formulată de către S.C. ..... S.A. a fost primită prin fax şi e-mail la data de ....., iar prin poştă în data de ..... De asemenea autoritatea contractantă menționează următoarele:

"(...) contestatoarea induce în eroare atât Consiliul, cât și autoritatea contractantă prin afirmația făcută la pag. 4 din contestație, respectiv: ≤Anexez alăturat, dovada notificării autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016≥, având în vedere că:

- *contestatoarea nu a transmis autorității contractante nicio notificare prealabilă formulată conform prevederilor art. 6 din egea nr. 101/2016;*
- *singurele documente atașate la contestație, așa cum s emenționează la finalul contestației sunt: fișa de date a achiziției, dovada înregistrării ca participant la procedura și Lista candidaților postată în SEAP la data de ..... (...)".*

Procedura notificării prealabile instituie o obligație a subiectului vătămat de a se adresa autorității care i-a produs vătămarea și de a-i solicita acesteia remedierea pretinsei încălcări în materie, într-un anumit termen.

În prezenta cauză, contestatoarea a făcut dovada înaintării contestației la autoritatea contractantă, documentul fiind înregistrat la aceasta sub nr. 2261/....., astfel cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei și cum de altfel susține și autoritatea contractantă, respectiv "În situația în care ar fi trimis autorității contractante o notificare prealabilă conform prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, notificarea și contestația ar fi

fost emise în aceeași zi, imposibil de realizat ținând cont că formularea contestației, conform art. 8 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016 se face ulterior răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă sau dacă nu primea niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4).

Așadar, autoritatea contractantă a confirmat primirea prezentei contestații, însă a arătat că aceasta nu a fost precedată de o notificare prealabilă, astfel cum era obligatoriu potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

De altfel, din răspunsul contestatoarei la solicitarea Consiliului, transmis prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 4087/....., mai sus amintită, vizând obligația de a comunica dovada efectuării procedurii prealabile sesizării Consiliului, reiese fără putință de tăgadă că acesta s-a aflat în eroare cu privire la legislația aplicabilă în soluționarea contestației, respectiv respectarea prevederilor art. 6 alin. (1), lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, contestatoarea arată că a respectat procedura prealabilă, atașând *„contestația"* cu nr. 1196/14.06.2017, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr.15284/14.06.2017, aceeași *contestație* care, de fapt, a fost înaintată și Consiliului și reprezintă actul de învestire al organului administrativ-jurisdicțional.

Or, documentul înregistrat la Consiliu nu poate îndeplini o dublă funcție, de sesizare a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor în temeiul art. 4 alin. (1) din Legea nr.101/2016 și notificare prealabilă a autorității contractante, în sensul art. 6 din același act normativ.

Procedura notificării prealabile instituie o obligație subiectului vătămat de a se adresa autorității care i-a produs vătămarea și să solicite acesteia remedierea pretinsei încălcări în materie, într-un anumit termen, expres prevăzut de art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Atâta vreme cât legiuitorul a urmărit să existe un dialog prealabil între operatorii economici și autoritățile contractante, astfel încât acestea din urmă, în cazul în care consideră necesar, să poată adopta măsuri de remediere, este evident că acest dialog nu poate echivala cu o simplă solicitare de clarificări. Notificarea prealabilă este o procedură obligatorie care trebuie parcursă conform dispozițiilor legale și respectată cu strictețe, nefiind o procedură formală.

Prin urmare, S.C. ..... S.A. nu a făcut dovada notificării prealabile a autorităţii contractante, aşa cum prevăd dispoziţiile art. 6 alin. (1) şi alin. (10) 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.

Cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestaţiei nu a respectat normele art. 6 alin. (1) și (10) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestaţia nefiind formulată în condițiile stabilite de legea în vigoare, ceea ce atrage sancţiunea respingerii ei ca inadmisibilă.

Constatând că până la data emiterii prezentei decizii, S.C. ..... S.A. nu a depus la dosarul cauzei documente din care să reiasă îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, ci doar dovada comunicării contestaţiei către autoritatea contractantă, Consiliul constată că, în cauză, sunt incidente prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, 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 (...)".

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de către S.C. ..... S.A., cu sediul în ....., str....., nr....., judeţul ....., în contradictoriu cu ....., cu sediul în ....., judeţul .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 7 (șapte) pagini.