CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 mail: office@cnsc.ro www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 SC ..... SRL, cu sediul în Localitatea ....., ..., ap. ., Județul ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată prin reprezentant administrator ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 678/29.01..... emisă de ..... cu sediul ....., ...l ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „..... .....”, cod CPV 32323500-8, s-a solicitat:

- anularea comunicări privind rezultatul procedurii nr. 278/29.01.....;
- anularea raportului de atribuire și reevaluarea ofertei depuse precum și a ofertei operatorului SC ..... SRL;
- accesul la dosarul achiziției.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin comunicarea finală privind rezultatul procedurii de atribuire având ca obiect „Modernizarea și extinderea sistemului de supraveghere video stradală în ....., Județul .....”, autoritatea contractantă declară neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 oferta depusă de SC ..... SRL.

Contestatorul menționează că a formulat, conform art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, notificarea prealabilă nr. 675/02.02..... iar autoritatea contractantă prin răspunsul la notificare nr. 925/05.02..... îi aduce la cunoștință că nu va adopta masuri de remediere.

Contestatorul consideră această comunicare ca fiind o comunicare care are la bază o decizie adoptată nelegal și abuziv de către autoritatea contractantă.

Pentru motivarea celor afirmare contestatorul face trimitere la motivele precizate în comunicarea intermediară nr. 155/09.01.....

1. La solicitarea autorității contractante, conform căreia „Camerele video IP fixe împreună cu sistemul înregistrare și monitorizare NVR DS -770NI- ST ofertate de SC ..... SRL sunt echipamente ale producătorului HIKVISION, iar camerele video mobile ofertate DH SD59225U-HNI (SPEED DOME) sunt echipamente ale producătorului DAHUA. Din analiza documentațiilor tehnice de la producător nu rezultă explicit că echipamentul Hikvision a echipamentului NVR DS-770NI-ST este compatibil în totalitate cu camere video „speed dome" tip Dahua SH-SD59225 UHNI. Ba mai mult, în fișa tehnică de la producător Hikvision a echipamentului NVR DS -770NI- ST sunt trecuți explicit alți producători compatibili: Acti, Arecont, Axis, Bosch, Panasonic, Pelco, Sanyo, Sony, iar producătorul Dahua lipsește din lista (vezi pagina 53 - fișa tehnică DS-770NI-ST de la producătorul Hikvision), drept pentru care considerăm că ofertantul nu dovedește clar funcționalitatea întregului sistem la parametrii optimi" contestatorul prin adresa nr. 647/ 18.12.2017 a specificat că lista producătorilor compatibili trecută în fișa tehnică a produsului este pur orientativă și exemplificativă nerestrângând compatibilitatea doar la acești producători. De asemenea, DVR-ul cât și camera DAHUA suportă protocoalele ONVIF (open network video interface Forum) și PSIA (physical security interoperability alliance), protocol ce asigură conectarea camerei DAHUA la parametrii maximali la NVR. În susținerea celor afirmate, a făcut referire la site-ului oficial ONVIF, conform căruia, acesta este un standard global dezvoltat pentru camere și echipamente IP și permite globalizarea softurilor camerelor IP astfel încât compatibilitatea între ele să fie perfectă. La standardul ONVIF au aderat și sunt membri 466 de companii producătoare în domeniu printre care: DAHUA și HIKVISION. Contestatorul a susținut că dacă atât camera cât și echipamentul de înregistrare au implementat acest standard fiind garantat faptul că acestea au fost testate și sunt funcționale și compatibile în totalitate.

Prin ONVIF sau PSIA se garantează funcționarea completă și la capacitate maximă a echipamentelor și a tuturor funcțiilor, nu doar transmisia de imagine. Aceste teste au fost făcute de către ONVIF în colaborare cu membrii sau DAHUA și HIKVISION. Aceste protocoale fiind specificate în fișele tehnice ale producătorilor (pagina 48 din oferta tehnică – secțiunea interoperability și pagina 53 din oferta tehnică).

2. La solicitarea autorității contractante privind „Certificatele și declarațiile de conformitate solicitate trebuie emise de producător nu de ofertant. Declarațiile de conformitate prezentate de ofertant sunt emise, semnate și stampilate de SC ..... SRL. La momentul recepției instalației trebuie să se poată verifica pe numere de serii că echipamentul ofertat este garantat de producător, și corespunde ofertei prin certificate de conformitate emise doar de producător", contestatorul a răspuns prin adresa nr. 647/18.12.2017, menționând că certificatele de conformitate emise de producător se prezintă la livrarea produselor, acestea fiind emise doar ca document însoțitor al produsului. Prin urmare la momentul recepției instalației se pot verifica conformitatea și garanțiile.

3. La solicitarea autorității contractante referitoare la: „Fișa tehnică 4 - prezentată de SC ..... SRL «Licența software monitorizare și control platformă» în care este descris soft-ul de monitorizare, nu este însoțită de fișa tehnică de la producător. Necunoscând ce produs ofertează nu putem spune nimic despre funcționalitatea și utilizarea sistemului", contestatorul a prezentat prin adresa nr 647/18.12.2017 fisa tehnica emisă de către producător pentru softul DAHUA cât și fișa tehnică emisă de către furnizorul autorizat al producătorului (KMW) pentru softul DAHUA, fișe tehnice care certifică faptul că echipamentele ofertate sunt conforme cu toate specificațiile din F5. Contestatorul susține că a prezentat oferta respectând cerințele caietului de sarcini, echipamentele cuprinse în oferta respectând în totalitate aceste cerințe iar în eventualitatea în care aceste echipamente ar prezenta un anume grad de incompatibilitate nu i s-ar datora.

Având în vedere cele expuse, contestatorul solicită Consiliului admiterea contestației, anularea raportului de atribuire nr. 676/29.01....., reevaluarea celor doua oferte depuse în prezenta procedură, respectiv cea depusă de contestator cât și cea depusă de SC ..... SRL și să constate faptul ca fie ambele oferte sunt admisibile sub aspect tehnic, raportat la o documentație viciată fie ambele oferte sunt neconforme sub aspect tehnic și prin urmare, din punctul său de vedere se impune anularea procedurii de achiziție.

Contestatorul menționează faptul că în eventualitatea în care ofertantul declarat câștigător și anume SC ..... SRL a ofertat alte echipamente, în scopul asigurării unei soluții viabile/funcționale/ compatibile atunci acest ofertant a depus o ofertă care nu respecta

cerințele caietului de sarcini și prin urmare oferta este neconformă, iar decizia adoptata de către autoritatea contractantă este nelegală.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă prin raportul de atribuire nr. 676/29.01....., nu a consemnat niciun aspect referitor la aspecte ce susțin/certifică conformitatea tehnică a ofertei depusă de SC ..... SRL, acest fapt conducând la supoziția că evaluarea s-a realizat interesat, subiectiv și superficial, oferta câștigătoare nefiind în fapt verificată.

Prin adresa nr. 6218/...../15.02....., Consiliul solicită autorității contractante transmiterea dosarului achiziției și oferta contestatorului; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. 146/05.01....., înregistrată la CNSC cu nr. 6270/15.20..... transmite documentele solicitate și punctul de vedere față de contestație, solicitând Consiliului respingerea contestației.

Autoritatea contractantă susține că a demarat în cadrul SEAP procedura simplificată - într-o singură etapă, având ca obiect: „Modernizarea și extinderea sistemului de supraveghere video stradală în ....., județul .....” cod CPV: 32323500-8 - Sistem video de supraveghere (Rev.2), publicată în SEAP în cadrul anunțului de participare simplificat nr. ...../ .....

Până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 05.12.2017, ora 15:00, au depus oferta doi operatori economici:

- SC ..... SRL
- SC ..... SRL

În urma analizării formularelor DUAE și documentele însoțitoare s-a stabilit că ambii ofertanți îndeplinesc condițiile de participare.

Evaluarea propunerilor tehnice s-a finalizat prin procese verbale de analiză:

- Proces verbal al ședinței de analiză nr. 5171 / 12.12.2017;
- Proces verbal al ședinței de analiză nr. 154 / 09.01.....

La analiza propunerilor tehnice depuse de ofertanți, autoritatea contractantă, și-a însușit următoarele rapoarte de specialitate, emise de către SC Lassard Invest SRL, respectiv:

- Raport de specialitate nr. 265/ 11.12.2017;
- Raport de specialitate nr. 266/ 19.12.2017.

În urma evaluării propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a hotărât:

- SC ..... SRL - propunerea tehnică depusă de ofertant corespunde cerințelor din caietul de sarcini, ofertantul fiind înștiințat asupra acestuia aspect prin comunicarea intermediara nr. 156/ 09.01....., transmisă prin intermediul SEAP - rubrica „întrebări";

- SC ..... SRL - oferta „neconformă" în baza art. 137 alin (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, prin urmare respinsă în baza art. 137 alin (1) din HG nr. 395/2016, ofertantul fiind înștiințat asupra acestuia aspect prin comunicarea intermediară nr. 156/09.01....., transmisă prin intermediul SEAP - rubrica „întrebări";

Cu privire la contestația nr. ...../ ..... depusa de SC ..... SRL, autoritatea contractanta, având în vedere prevederile art. 6 alin (1), lit. b) din Legea nr. 101/2016, consideră că este tardivă.

Autoritatea contractantă consideră că actul care ar fi trebui atacat este comunicarea intermediară nr. 155/09.01..... prin care contestatorul a fost înștiințat că oferta depusa este neconformă, iar termenul limită pentru depunerea unei notificări prealabile s-a stins în data de 15.01.....

Referitor la neconformitatea ofertei depuse, autoritatea contractantă menționează adresa nr. 267/05.02....., document întocmit de expertul tehnic Lassard Invest SRL, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 920/05.02.....

Potrivit documentului întocmit de expert:

1. Produsele DAHUA nu se află în listă, fie ea și considerată orientativă de către ofertant, a producătorilor compatibili cu produsul NVR DS -770NI- ST tip HIKVISION. Funcțiile „ONVIF" sau „PSIA garantează doar transmisia de imagine între echipamente de la producători diferiți. Pentru celelalte funcții ale camerelor video rotative DH-SD59225U-HNI (SPEED DOME) tip DAHUA, cum ar fi: funcția de rotire, zoom, presetarea unui program prestabilit privind rotirea automată și în permanență după anumite punte de interes din teren, sau funcția de automemorare, nu există nici o garanție reală privind funcționalitate cu NVR-ul DS - 770NI- ST tip HIKVISION sau software-ul de monitorizare HIKVISION. Tocmai din acest motiv s-a solicitat prezentarea fișei tehnice de la producător a produsului „Software monitorizare și control platforma" HIKVISION conform fișa tehnică 4 - prezentată în oferta tehnică de către ofertantul SC ..... SRL. Aceasta cerință obligatorie era prezentată explicit și în caietul de sarcini la pct.-ul 12.

Potrivit expertului, afirmația ofertantului *„camera ofertată cât și NVR-ul ofertat sunt singurele care îndeplinesc în totalitate cerințele beneficiarului*", aceasta este ireală și nu are nici un argument tehnic.

2. Certificatele de conformitate de la producător pentru produsul *„Software monitorizare și control platformă”* HIKVISION (fișa tehnică 4), nu se vor putea verifica la momentul recepției lucrării, din motiv că nu s-a prezentat în momentul ofertării fișa tehnică de la producătorul HIKVISION a acestui produs.

3. La acest punct (nr. 3), prin adresa mai sus menționata nr. 647/18.12.2017, ofertantul, dându-și seama de eroare, a prezentat ulterior fișa tehnică de la producător pentru softul DAHUA, de la furnizorul (kmw), produs care nu se regăsește însă în oferta sa. În oferta tehnică este ofertat cu totul și cu totul alt produs, și anume HIKVISION.

4. În concluzie ofertantul SC ..... SRL nu a putut prezenta fișa tehnică de la producător pentru produsul ofertat – „software monitorizare și control platforma” Hikvision, dându-și ulterior seama că echipamentele ofertate - camere video rotative DH-SD59225U-HNI (SPEED DOME) tip DAHUA, pot să nu fie compatibile cu acest produs menționat de către ofertant în fișa tehnică 4 (HIKVISION).

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 6701/408C1/19.02....., Consiliul îi comunică acestuia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise. Contestatorul s-a prezentat în vederea studierii în data de 22.02....., iar prin adresa intitulată „contestație-completare” nr. 691/ 27.02..... înregistrată la Consiliu sub nr. 7984/27.02..... depune concluzii scrise.

Ca urmare a studierii dosarului, contestatorul consideră că în mod nelegal autoritatea contractantă a admis oferta depusă de SC ..... SRL.

1. Primul motiv invocat, este camera de 3mp. SC ..... SRL, a ofertat o cameră DAHUA – IPC – HFW2320R-ZS-IRE6, care nu respectă cerințele precizate în documentația de atribuire. Cerința din documentația de atribuire era Buit-in Micro SD/SDHC/SDXC card slot.
Produsul ofertat era Buit-in Micro SD card. Contestatorul consideră că acest echipament nu știe (SDHC/SDXC). Acest aspect reprezentând o problemă pentru că, cardurile sunt categorisite astfel:

- SD- între 128 Mb și 2GB
- SDHC – între 4G și 32G
- SDXC – între 64G și 2TB

Prin urmare contestatorul consideră că în această cameră nu pot fi folosite carduri mai mari de 2 GB.

Totodată, contestatorul consideră că această cameră nu deține posibilitate de căutare inteligentă facilă a evenimentelor după zona selectată.

Și în același timp, această cameră nu face raportare în centrul de monitorizare a evenimentelor critice având lipsă SDC și lipsă conexiune.

2 Referitor la NVR-ul cerut, una din caracteristicile cerute era Alarm in/out: 16/8, iar SC ..... SRL, a ofertat DAHUA NVR608-32-4K. Acest produs are Alarm In: 16 dar nu deține Alarm Out. Contestatorul consideră că deși ofertantul afirmă că echipamentul are această opțiune, este vorba doar de ieșiri de relee.

3 Referitor la PC ofertat, contestatorul consideră că prin fișa tehnică nu se confirmă și nu se susțin caracteristicile tehnice ofertate pentru Frecvență/generare Procesor, HDD, placă grafică, bluetooth.

4 Referitor la cabinetul metalic cu contrapanou, contestatorul consideră că prin fișa tehnică atașată nu se confirmă și nu se susțin caracteristicile tehnice ofertate la tensiunea maximă de izolare, direcția de deschidere a ușii, culoare (se cere 7032 dar s-a ofertat 7035), culoare contrapanou.

Contestatorul susține că prin documentația de atribuire s-a menționat *„la livrare produsul va fi însoțit de declarația de conformitate de la producător*”, dar în oferta depusă nu se regăsește nici un angajament în acest sens și nici certificate de conformitate pentru niciun produs cuprins în ofertă.

Prin urmare contestatorul solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 8429/01.03....., autoritatea contractantă susține inadmisibilitatea contestației.

Totodată, autoritatea contractantă prezintă următorul raport al expertului tehnic Lassard Invest SRL, cu privire la aspectele tehnice ale propunerii SC ..... SRL.

1. Camera de 3 Mp Dahua IPC-HFW2320R-ZS-IRE6 respectă cerințele privind documentația de atribuire fiind de asemenea *„Build in Micro-SD card slot*”. Înmagazinarea informației nu se va face însă local, pe un Micro-SD card, ci pe HDD-ul sistemului de înregistrare NVR. Dimensiunea cardului SD nu are nici o importanță, deoarece nu s-a solicitat stocarea informației pe așa ceva. Expertul menționează că aceste carduri SD se folosesc de obicei pentru uz rezidențial unde nu există sistem NVR.

Posibilitatea de căutare facilă a evenimentelor după zona căutată este realizată de sistemul NVR, și nu de camera, deoarece autoritatea contractantă nu va folosi camera în mod stand-alone, ci doar în conjuncturile cu sistemul NVR, informația video fiind stocată în NVR, nu în camera.

Raportarea în centrul de monitorizare a evenimentelor critice este realizată de către sistemul NVR, și nu de camera. Dacă legătura dintre camera și NVR este întreruptă camera nu are cum să mai trimită evenimentele critice.

2. NVR-ul ofertat ca echipament de înregistrare DAHUA NVR608-32-4K este unul superior cerințelor stipulate în caietul de sarcini. Ieșirile

de alarmă sau de rețele reprezintă același lucru, dar nu s-a cerut acest lucru. Expertul menționează că, dacă are 8 intrări și /sau 8 relee, acestea nu se folosesc decât în conjuncție cu un sistem de detecție și alarmare antiefracție sau antiincendiu.

3. Referitor la PC-ul ofertat, expertul menționează că acesta corespunde cerințelor tehnice, HDD, placă grafică, etc. și oricum analiza de imagine și stocarea datelor, se va face de către sistemul NVR.

4. Referitor la cabinetul metalic cu contrapanou și fișa tehnică, acesta corespunde cerințelor stipulate în caietul de sarcini, acesta fiind de exterior IP67, iar nuanța de culoare 7032 sau 7035 nu este și nici nu va fi motiv de neconformitate care să determine nefuncționalitatea sistemului sau respingerea ofertei tehnice.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „..... JUDEȚUL .....”, cod CPV ..... prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „.....”, iar valoarea estimată a contractului este .....,00 lei.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției invocată de către autoritatea contractantă în punctul de vedere cu privire la contestație.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016, pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatorul fiind ținut ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 5 sau 10 zile de la **data luării la cunoștință a acestuia**, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate deoarece, dacă

nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate, de notificare prealabilă a autorității contractante în termenul legal și de așteptare a răspunsului la acesta, transmis de către autoritatea contractantă, Consiliul va respinge contestația pe calea excepției, fără să cerceteze pe fond motivele acesteia.

Prin urmare, notificarea prealabilă a autorității contractante într-un anumit termen constituie o condiție de admisibilitate pentru sesizarea Consiliului, dovada depunerii acesteia la autoritatea contractantă trebuind să fie atașată la contestație împreună cu copia răspunsului autorității contractante, dacă acesta există.

În cazul în care Consiliul învestit cu o contestație, constată neîndeplinirea obligației stabilită în sarcina sa, de a notifica prealabil autoritatea contractantă în termenul legal, va respinge contestația ca inadmisibilă potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestația este formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, ca urmare a finalizării evaluării tuturor ofertelor și desemnării ofertei câștigătoare.

Consiliul va reține că SC ..... SRL critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta (aspect comunicat anterior și prin adresa nr. 155/09.01..... ca urmare a finalizării evaluării tehnice).

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că SC ..... SRL a luat cunoștință despre motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale la data de 09.01..... orele 13:26, data de postare a adresei de comunicare a finalizării etapei de verificare a propunerilor tehnice nr. 155/09.01..... în SEAP, astfel cum rezultă din print screen-ul depus la dosarul cauzei de către contestator prin e-mail înregistrat la CNSC sub nr. 6664/19.02.....

Ținând cont de dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 și de cele ale art. 5 din aceeași lege, rezultă așadar, că data de 09.01..... reprezintă data la care se va raporta termenul legal de 5 zile de depunere a notificării prealabile împotriva motivelor care au stat la baza deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale, termen care este depășit la data depunerii notificării prealabile nr. 675/02.02..... împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 678/29.01.....

Prin urmare, data de la care curge termenul de notificare prealabilă a autorității contractante, în baza art. 6 din Legea nr. 101/2016, pentru notificarea autorității contractante cu privire la motivele și modul de respingere a ofertei contestatorului, este 09.01....., iar calculând termenul pentru notificare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 02.02....., data cand s-a depus notificarea prealabilă nr. 675. În atari condiții, este evidentă tardivitatea notificării acestor aspecte.

Continuarea evaluării ofertelor și recomunicarea rezultatului procedurii ca urmare a aplicării criteriului de atribuire, în cadrul cărora

nu se modifică cu nimic motivele de respingere a ofertei unui operator economic nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării prealabile împotriva lor sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că, CNSC nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula notificarea prealabilă și, ulterior contestația, cum ar fi spre exemplu comunicarea în baza art. 215 din Legea nr. 98/2016 a rezultatului care conține aceleași motive de respingere a ofertei ca și comunicarea pe faze de verificare în baza art. 65 din HG nr. 395/2016, deoarece legiuitorul dispune în mod expres că împotriva anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim termenul curge de la data luării la cunoștință, în condițiile Legii nr. 101/2016. Astfel comunicarea acelorași motive de respingere a ofertei nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula notificare prealabilă și ulterior, contestație.

În speță, autoritatea contractantă în cadrul comunicării rezultatului în baza art. 215 din Legea nr. 98/2016 alege să nu mai detalieze încă o dată motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere ci a făcut trimitere la motivele menționate/detaliate/descrise în mod concret și detaliat în cadrul comunicării intermediare nr. 155 din 09.01..... despre al cărui conținut contestatorul a luat la cunoștință în aceeași zi orele 13:26 astfel cum rezultă din print screen-ul depus la dosarul cauzei de către contestator.

Având în vedere prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, prin adresa de comunicare a acelorași motive de respingere a ofertei în baza art. 215 din Legea nr. 98/2016 nu se poate „*masca*" o repunere în termen pentru demararea procedurii de formulare unei contestații cu privire la modul de respingere a ofertei contestatorului.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că comunicarea acelorași motive de respingere a ofertei în baza art. 215 din Legea nr. 98/2016 unui contestator, duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*" potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;

- principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*" potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul legii nu s-a prevăzut nicio

normă derogatorie de la obligația notificării prealabile a autorității contractante.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, notificarea prealabilă nr. 675/02.02..... a fost transmisă autorității contractante de către contestator, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu prevederile art. 5 alin. (1) din același act normativ

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate în cadrul prezentei contestații din comunicarea rezultatului 155/09.01..... încă de la data transmiterii ei – 09.01..... - și nu a formulat împotriva acestora nicio notificare și ulterior nicio contestație. Prin urmare, dacă sub acoperirea comunicării rezultatului procedurii în baza art. 215 din Legea nr. 98/2016 operatorul economic ar putea să formuleze noi critici privind modul de evaluare a ofertei sale, invocând curgerea termenului de la ultima comunicare a rezultatului procedurii care face trimitere la motivele concrete detaliate în cadrul primei comunicări efectuate în baza art. 65 din HG nr. 395/2016, s-ar ajunge la situația în care acest termen legal de notificare ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii.

Așadar, raportat la normele art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, este incidentă tardivitatea notificării prealabile a autorității contractante cu privire la respingerea ofertei SC ..... SRL.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

În ceea ce privește criticile formulate împotriva ofertantului câștigător, Consiliul reține că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prevede sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă. Alin. (10) al aceluiași articol subliniază că sesizarea prin contestație este posibilă numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă;

- potrivit actului normativ antecitat, 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 <u>să conțină cel puțin neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care notificatorul le consideră necesare a fi luate</u> [art. 6 alin. (2)];

- art. 6 alin. (1) lit. b): *„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 <u>solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei</u>*

încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: a) 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 [...]*";*

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

- art. 8 alin. (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)* [...] *poate sesiza Consiliul* [...]";

- art. 11 alin. (2): "*Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există* [...]";

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, respectiv condiție de admisibilitate a contestației.

Atât în cadrul notificării cât și ulterior în cadrul contestației nr. ...../..... depuse la CNSC, contestatorul nu formulează nicio critică concretă cu privire la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei acestuia, ci face simple presupuneri/supoziții, uzitând formulări de genul „arătăm CNSC faptul că în eventualitatea în care ofertantul declarat câștigător", încălcând prevederile art. 249 c.p.c care dispun în mod expres și imperativ faptul că „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege".

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat".*

Având în vedere prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și

autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să dovedească că evaluarea ofertei SC ..... SRL s-a realizat „*interesat, subiectiv și superficial*”.

Ori, contestatorul s-a limitat la a face supoziții/presupuneri fără însă a argumenta și produce vreo probă care să demonstreze modul interesat, subiectiv și superficial de evaluare a ofertei SC ..... SRL.

Rezumând cele de mai sus, Consiliul va reține că în notificarea prealabilă nu apar menționate motive concrete de nelegalitate și netemeinicie a deciziei autorității cu privire la modalitate de evaluare a ofertei declarată câștigătoare.

În contextul intrării în vigoare, în data de 26.05.2016, a noii legislații în materia achizițiilor publice, este de remarcat caracterul de noutate introdus în Legea nr. 101/2016, legat de parcurgerea, anterior depunerii contestației la Consiliu, a unei etape vizând transmiterea de către contestator către autoritatea contractantă a unei notificări prealabile, care, potrivit art. 6 alin. (1) din lege, mai sus citate, trebuie să privească solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile.

În cazul în care persoana vătămată este nemulțumită de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul legal prevăzut poate sesiza Consiliul, după cum dispune art. 8 alin. (1) din legea remediilor.

Se desprinde din dispozițiile invocate concluzia că, atâta vreme cât depunerea contestației la Consiliu este precedată de o notificare prealabilă, contestatoarea fiind nemulțumită de răspuns sau neprimind răspuns la notificare, cele două nu pot avea conținut diferit și trebuie să conțină neregulile sesizate. În caz contrar, ar fi golită de orice conținut necesitatea parcurgerii etapei premergătoare a notificării.

De altfel, în expunerea de motive a Legii nr. 101/ 2016, ce se găsește pe site-ul Camerei Deputaților (http://www.cdep.ro/ proiecte/2016/000/10/9/em19.pdf) se arată, la pct. 2 Schimbări preconizate, subpct. 2 Obligativitatea notificării prealabile a autorității contractante, următoarele:

"Un aspect de noutate este reprezentat de obligativitatea notificării prealabile – mecanism care încurajează un dialog prealabil între autoritățile contractante și operatorii economici. Această abordare se înscrie în linia generală a directivelor europene în materie de achiziții publice, care pun accent pe eliminarea barierei de comunicare dintre actorii implicați in procedurile de atribuire, in vederea îmbunătățirii calității și finalității procedurilor de atribuire.

Astfel, operatorii economici pot sesiza in mod direct autoritatea contractante asupra unor eventuale nereguli, înainte de a depune contestație la Consiliu sau la instanța de judecata. Lipsa notificării prealabile duce la imposibilitatea sesizării Consiliului sau instanței competente.

Obiectivul acestui demers este de a face autoritățile contractante mai responsabile cu privire la respectarea principiilor aplicabile procedurilor de atribuire de a asigura ca acestea au posibilitatea reala de a lua masuri de remediere, fără a fi sub presiunea unei contestații.

De la caracterul obligatoriu al notificării prealabile a fost instituita o excepție în scopul evitării formulării unor notificări prealabile succesive, de către diferiți operatori economici care se consideră vătămați de eventualele măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă urmare a unei notificări prealabile. Proiectul de lege prevede in cazul acestora posibilitatea sa se adreseze direct Consiliului sau instanței cu o contestație.

Formularea unei notificări prealabile are ca efect suspendarea de drept a încheierii contractului, sub sancțiunea nulității absolute a contractului.

Procedura privind notificarea autorității contractante nu va presupune niciun fel de costuri sau garanții suplimentare pe care ar trebui sa le suporte operatorul economic."

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 trebuie să privească aspecte concrete referitor la neregulile sesizate iar ulterior, pentru situația în care nu s-a ajuns la luarea unor astfel de măsuri, operatorul economic nemulțumit să se adreseze Consiliului.

Mai mult, potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, „Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală", demers de care SC ..... SRL a ales prin manifestarea propriei voințe să nu uzeze în speța de față.

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.

Cât timp autorității contractante i se invocă o anumită încălcare a legislației, nu se poate veni ulterior, după primirea unui răspuns la notificare sau a expirării termenului de răspuns, pe calea contestației, cu alte motive cu privire la care nu s-a efectuat procedura prealabilă.

De altfel, dacă nu s-ar aplica această interpretare, scopul introducerii notificării prealabile, de a da posibilitatea autorității contractante să își revizuiască actele încheiate, în cazul în care i se aduce la cunoștință o eventuală încălcare a legii, nu ar mai putea fi atins.

Părțile în litigiu se întâlnesc în etapa premergătoare contestației pentru o soluționare amiabilă a **aspectelor reclamate**, or, atâta vreme cât **ele nu au fost aduse în discuție în respectiva etapă**, nu pot fi admisibile în etapa atacării actului la Consiliu.

În considerarea celor prezentate, constatându-se că societatea contestatoare nu a notificat autoritatea contractantă în legătură cu aspecte concrete privind oferta câștigătoare, Consiliul constată inadmisibilitatea criticilor formulate în acest sens.

Aceeași opinie este îmbrățișată și de Curțile de Apel, elocventă fiind Hotărârea nr. 466/2017 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș în dosarul 162/43/2017 care a statuat următoarele:

„În ceea ce privește prima neconformitate invocată atât prin contestație, cât și prin prezenta plângere, Curtea reține că este îndreptățită concluzia CNSC conform căreia, atâta timp cât notificarea prealabilă nu cuprinde niciun fel de referire la componentele fișei tehnice depuse de către S. C SRL, autoritatea contractantă nu avea posibilitatea să își formuleze un răspuns punctual cu privire la aceste componente.

*Prin notificarea prealabilă, contestatoarea nu a avut fundamentată o **listă nominală de neconformități** între specificația tehnică din dosarul achiziției și propunerea tehnică depusă de ofertantul S. C.... SRL, cu toate că potrivit art. 6 din Legea nr. 101/2016, prin notificarea prealabilă, persoana care se consideră vătămată este obligată să sesizeze neregulile constatate. **Interpretarea instanței de judecată dată acestui text de lege este acela că notificarea trebuie să cuprindă punctual și concret neregulile constatate, și nu cu caracter de generalitate.”***

În considerarea celor prezentate, constatându-se că societatea contestatoare nu a notificat autoritatea contractantă în legătură cu aspecte concrete referitoare la oferta SC ..... SA, Consiliul constată inadmisibilitatea contestației formulate în acest sens.

În speță, Consiliul reține faptul că societatea contestatoare în cadrul notificării nu a motivat în fapt și în drept modalitatea pretins nelegală de evaluare a ofertei depusă de SC ..... SA, încălcând astfel prevederile art. 249 cpc care dispune că „*Cel care face o susținere în*

cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Cu privire la criticile formulate prin adresa intitulată de contestator „contestație - completare” nr. 691/27.02..... înregistrată la CNSC sub nr. 7984/27.02....., Consiliul urmează să le respingă ca inadmisibile în baza art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere faptul că nici în cadrul notificării și nici a contestației nr. ...../..... contestatorul nu a formulat nicio critică cu privire la aceste aspecte.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 6 alin. (1) și alin. (10) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC ..... SRL, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

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

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.