



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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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:

I. Prin contestația nr. 624/28.02.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7108/01.03.2017, formulată de către, cu sediul în, ..., județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., CUI RO....., reprezentată legal de....., în calitate de director, împotriva măsurilor de remediere din cuprinsul adresei nr. 2376/22.02.2017, emisă de către, cu sediul în....., nr....., județul....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de concesiune, având ca obiect „Delegarea prin concesiune a serviciului de operare și administrare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor Bârcea Mare, județul Hunedoara”, se solicită suspendarea prezentei proceduri de atribuire, iar, în temeiul art. 26 din Legea nr. 101/2016, anularea, în parte, a dispozițiilor adresei menționată anterior și obligarea autorității contractante la remedierea adresei nr. 2376/22.02.2017, constituindu-se dosarul nr. /2017.

II. Prin contestația (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7820/07.03.2017, formulată de către, cu sediul în....., str., nr., județul și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la....., situată în....., str....., nr., sector, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., CUI, reprezentată legal de către....., în calitate de director general și convențional de către....., prin avocat....., împotriva măsurii de remediere nr. 4 din adresa nr. 2376/22.02.2017, emisă în cadrul aceleiași proceduri, de către aceeași autoritate contractantă, respectiv, cu sediul

în....., b-dul., nr., județul se solicită anularea măsurii de remediere de la punctul 4., din cadrul adresei menționate anterior și obligarea autorității contractante la respectarea întocmai a deciziei C.N.S.C. nr. /..... /..... /.... din....., în sensul completării art. 14 din modelul de contract de concesiune, constituindu-se dosarul nr. /2017.

III. Prin contestația (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9025/15.03.2017, formulată de către, cu sediul în, str., nr., județul și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la, situată în, str., nr., sector, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr....., CUI, reprezentată legal de către....., în calitate de director general și convențional de către....., prin avocat....., împotriva măsurii de remediere nr. 4 din adresa nr. 2376/22.02.2017, emisă în cadrul aceleiași proceduri, de către aceeași autoritate contractantă, respectiv, cu sediul în....., b-dul....., nr., județul, se solicită anularea măsurii de remediere de la punctul 4., din cadrul adresei menționate anterior și obligarea autorității contractante la respectarea întocmai a deciziei C.N.S.C. nr. /..... /..... din, în sensul completării art. 14 din modelul de contract de concesiune, constituindu-se dosarul nr. /2017.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. /2017 și nr. /2017 și nr. /2017 contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7108/01.03.2017, nr. 7820/07.03.2017 și nr. 9025/15.03.2017, urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. /2017.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care și critică măsurile de remediere prevăzute în cuprinsul adresei nr. 2376/22.02.2017.

Prin contestația nr. 624/28.02.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7108/01.03.2017, ... critică măsurile de remediere cuprinse în adresa nr. 2376/22.02.2017, elaborată de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare faptul că, urmare a deciziei C.N.S.C. nr. /..... /..... /..... din data de, s-a dispus autorității contractante adoptarea unor măsuri de remediere.

În ceea ce privește admisibilitatea prezentei contestații, ... invocă dispozițiile art. 8 alin. (1), lit. a) coroborate cu cele ale art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, considerându-se persoană vătămată de măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă.

De asemenea, ... precizează că, prezenta contestație respectă și prevederile art. 8 alin. (2), lit. c) din Legea nr. 101/2016, fiind formulată în termenul legal.

Pe fondul cauzei, contestatorul menționează că, în aplicarea celor dispuse de către C.N.S.C., ... a emis adresa nr. 2376/22.02.2017, care cuprinde măsurile de remediere pentru anunțul de concesiune nr. 2873/09.12.2016.

Analizând, prin prisma normelor legale, remediile adoptate, ... a constatat că cele prevăzute la punctul 4, referitoare la art. 14 – "Distribuirea riscurilor între Delegat și Delegatar" au fost corectate și completate cu aspecte de natură să creeze un prejudiciu.

Pe cale de consecință, ... solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor suspendarea prezentei proceduri de atribuire, iar, în temeiul art. 26 din Legea nr. 101/2016, anularea, în parte, a dispozițiilor adresei nr. 2376/22.02.2017 și obligarea autorității contractante la remedierea acestei adrese.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost depus punctul de vedere al autorității contractante nr. 3201/08.03.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 7938/08.03.2017, referitor la contestația formulată de către, prin care se precizează următoarele :

Referitor la solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, formulată de către, autoritatea contractantă consideră că aceasta este neîntemeiată, având în vedere că, prin anunțul de tip erată nr. 101673/04.03.2017 la anunțul de concesiune nr. 2873/09.12.2016, s-a prelungit termenul limită de depunere a ofertelor până la data de 10.04.2017.

În ceea ce privește măsurile de remediere aduse de către instituția sa contractului de concesiune în cauză, autoritatea contractantă menționează că, prin decizia C.N.S.C. nr./...../...../..... din data de....., Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a dispus completarea modelului de contract, de către, cu clauze din care să reiasă, în mod explicit și detaliat, contribuția financiară a celor două părți contractuale, în ceea ce privește riscul de cerere, denumit "cerere mai redusă comparativ cu estimările".

În acest sens, prin adresa nr. 2376/22.02.2017, respectiv prin anunțul de tip erată nr. 101183/23.02.2017 la anunțul de concesiune nr. 2873/09.12.2016, autoritatea contractantă a modificat alin. (2) al art. 14 - "Distribuirea riscurilor între Delegat și Delegatar", din modelul de contract, din care rezultă că riscul de cerere denumit "cerere mai redusă comparativ cu estimările" este distribuit între două părți.

Astfel, în cazul în care, pe parcursul unui an, cantitatea de deșeuri este mai redusă cu până la 20% față de cantitatea care a stat la baza fundamentării tarifului aplicat, riscul este preluat de Delegat, iar în cazul în care cantitatea de deșeuri este mai redusă cu mai mult de 20% față de cantitatea care a stat la baza fundamentării tarifului aplicat, Delegatul are dreptul să solicite o modificare a tarifului, prin urmare riscul este preluat de Delegatar.

Având în vedere aspectele prezentate mai sus, autoritatea contractantă apreciază că, prin măsura de remediere dispusă, a răspuns solicitării C.N.S.C., motiv pentru care solicită respingerea contestației formulată de către

Prin contestația (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7820/07.03.2017, ... critică măsura de remediere nr. 4 din adresa nr. 2376/22.02.2017, emisă în cadrul aceleiași proceduri, de către aceeași autoritate contractantă, respectiv, învederând faptul că, prin contestația formulată și înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 869/10.01.2017, împotriva documentației de atribuire, elaborate de către, a criticat, printre altele, că prevederile modelului de contract, referitoare la distribuirea riscurilor (art. 14 din Contractul de delegare) sunt nelegale, întrucât lipsește o analiză și o cuantificare în termeni economici și financiari a riscurilor și, totodată, modalitatea de distribuire a riscurilor contravine prevederilor legale care definesc contractul de concesiune, întrucât majoritatea riscurilor nu este preluată de concesionar.

Prin Decizia nr. / / / din data de, C.N.S.C. a admis contestația sub acest aspect și a dispus ca autoritatea contractantă să completeze art. 14 din modelul Contractului de concesiune cu o analiză a tuturor riscurilor identificate, care să cuprindă definirea și cuantificarea în termeni economici și financiari a riscurilor de proiect, precum și un mod de repartizare a riscurilor.

În executarea dispozițiilor deciziei C.N.S.C., autoritatea contractantă a emis adresa de remediere nr. 2376/22.02.2017, în cadrul căreia, la punctul 4, a dispus completarea modelului de contract – art. 14 "Distribuirea riscurilor între delegat și delegatar", doar cu prevederi privind modul de distribuire a riscurilor, fără a respecta dispoziția C.N.S.C. privind includerea unei cuantificări în termeni economici și financiari a riscurilor.

De asemenea, contestatorul susține că modul de repartizare a riscurilor stabilit de către autoritatea contractantă încalcă prevederile legale.

Având în vedere aspectele prezentate mai sus, ... solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor anularea măsurii de remediere de la punctul 4., din cadrul adresei nr. 2376/22.02.2017 și obligarea autorității contractante la respectarea întocmai a deciziei C.N.S.C. nr. / / / din data de, în sensul completării art. 14 din modelul de contract de concesiune.

Prin punctul de vedere nr. 3201/08.03.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 7939/08.03.2017, referitor la contestația formulată de

către, autoritatea contractantă precizează că, prin Decizia C.N.S.C. nr. /..... /..... /..... din data de 09.02.2017, s-a dispus completarea modelului de contract din care să reiasă contribuția financiară a celor două părți contractuale, în ceea ce privește riscul de cerere denumit "cerere mai redusă comparativ cu estimările", precum și completarea art. 14 din modelul de contract cu analiza tuturor riscurilor identificate în Anexa nr. 9.

În acest context, autoritatea contractantă consideră că măsurile de remediere adoptate de instituția sa sunt în conformitate cu cele dispuse prin decizia C.N.S.C. și că, prin acestea, nu se încalcă dispozițiile Ordinului A.N.R.S.C. nr. 109/2007, motiv pentru care susține că va menține măsurile de remediere dispuse la punctul 4 din adresa nr. 2376/22.02.2017.

Procedând la soluționarea cauzei, ca o chestiune prealabilă, Consiliul a avut în vedere verificarea îndeplinirii de către contestatorii și a procedurii prevăzută de art. 6 din Legea nr. 101/2016, privind remediile și 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, unde se prevede că: „(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 pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile (...).”

De asemenea, la art. 6 din legea de remedii se prevede, la alin. (10), că „Sesizarea Consiliului sau instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.”

Constatând că și nu au atașat la contestația nr. 624/28.02.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7108/01.03.2017 (formulată de către) și la contestațiile (fără număr de înregistrare la emitent și nedatate), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 7820/07.03.2017 și cu nr. 9025/15.03.2017 (formulate de către) și dovada notificării prealabile a autorității contractante și eventual, copia răspunsului acesteia, dacă există, cu menționarea datei primirii lui, astfel cum impun prevederile art. 11 alin. (2) din legea de remedii în vigoare din data de 26.05.2016, prin adresa nr. 7821/..... /07.03.2017 (către) și prin adresa nr. 8188/..... /09.03.2017 (către), Consiliul le-a solicitat celor doi contestatori să comunice, în termen de cel mult două zile în copie, documentele menționate anterior.

..... a răspuns la solicitarea Consiliului prin adresa nr. 702/08.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 8040/08.03.2017, precizând că prin Decizia C.N.S.C. nr. /..... /..... /..... din data de s-a dispus în sarcina autorității contractante adoptarea unor măsuri de remediere, în sensul completării art.14 din Modelul de contract de

concesiune, cu analiza tuturor riscurilor identificate în Anexa nr. 9 – Analiza riscurilor.

În urma acestei decizii obligatorii, ... a procedat la adoptarea măsurilor dispuse, sens în care, la data de 18.02.2017, a publicat anunțul de tip erată nr. 100940, prin care a menționat următoarele: "entitatea contractantă urmează să adopte și celelalte măsuri de remediere dispuse prin Decizia C.N.S.C. nr./...../...../..... din data de.....; acestea se vor aduce la cunoștința operatorilor economici interesați în termenul dispus de C.N.S.C., prin publicarea unei erate ulterioare".

Astfel, la data de 22.02.2017, conform mențiunii din Anexa Clarificare 13, autoritatea contractantă a publicat măsurile de remediere dispuse de C.N.S.C. privind punctul 14 – Anexa 9 - Analiza riscurilor.

De asemenea, ... invocă dispozițiile art. 6 alin. (11) și pe cele ale art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și subliniază că prezenta contestație a fost formulată în temeiul art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, fără a fi necesară formularea unei notificări prealabile, având în vedere că este în situația unei vătămări, în urma măsurilor de remediere adoptate de către autoritatea contractantă.

În contextul în care, normele legale vizează procedura de urmat, în cazul tezei adoptării unor măsuri de remediere, contestatorul consideră că trebuie aplicată reglementarea, pe cale de excepție, de la regula notificării prealabile și atunci când măsurile de remediere sunt adoptate de către autoritatea contractantă în baza unei decizii a C.N.S.C. sau în urma depunerii deja a unei contestații la C.N.S.C.

Pe cale de consecință, ... apreciază ca fiind incidentă excepția prevăzută de lege și invocată mai sus.

Concluzionând, ... solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să dea curs soluționării contestației sale, nefiind aplicabilă sancțiunea inadmisibilității prevăzute de art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, în soluționare, se reține că a răspuns la solicitarea Consiliului prin adresa (fără număr de înregistrare la emitent și nedatată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9026/15.03.2017, prin care precizează faptul că, în ceea ce privește contestația (fără număr de înregistrare la emitent și nedatată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7820/07.03.2017, aceasta a fost formulată, fără parcurgerea etapei de notificare prealabilă.

Acesta a mai precizat și faptul că, în opinia sa, textul art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 poate fi interpretat în sensul "scutirii de formalitatea notificării prealabile", în cazul în care prin contestație se critică măsuri de remediere adoptate de către autoritatea contractantă, ca urmare a pronunțării unei decizii C.N.S.C.

Totodată, prin adresa menționată anterior, ... aduce la cunoștința Consiliului faptul că "pentru a acoperi și o eventuală interpretare, conform căreia procedura prealabilă este obligatorie", concomitent cu sesizarea C.N.S.C. prin contestația înregistrată cu nr.

7820/07.03.2017, societatea sa a mai formulat și o notificare de remediere, având același obiect, pe care a transmis-o autorității contractante, la data de 06.03.2017, conform facturii DIV00004353 din data de 06.03.2017, având nr. de prezentare LDO9972365146, emise de către C.N. Poșta Română și care ar fi fost primită de către, la data de 08.03.2017, ora 15:50, documente anexate, în copie, la dosarul cauzei.

Cu toate că, potrivit susținerilor contestatorului, notificarea prealabilă a fost comunicată autorității contractante la data de 08.03.2017, întrucât nu a primit un răspuns față de aceasta, la data de 15.03.2017, ... arată că a înaintat Consiliului o nouă contestație, care a fost înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017.

Concluzionând, ... arată că prima contestație, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7820/07.03.2017 a fost formulată fără parcurgerea procedurii notificării prealabile, în timp ce a doua contestație, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017 a fost formulată cu respectarea procedurii de notificare prealabilă, "pentru a acoperi ambele variante de interpretare asupra textului art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016".

În soluționare, Consiliul are în vedere că în data de 15.03.2017, au fost înregistrate pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor atât adresa (fără număr de înregistrare la emitent și nedatată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9026/15.03.2017, transmisă de către, ca răspuns la solicitarea C.N.S.C. nr. 8188/...../09.03.2017, aferentă contestației nr. 7820/07.03.2017 (conținutul adresei nr. 9026/15.03.2017 fiind redat anterior în motivare), cât și cea de-a doua contestație (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017, formulată de către împotriva aceluiași act administrativ ca cel din contestația nr. 7820/07.03.2017 (măsura de remediere nr. 4 din adresa autorității contractante nr. 2376/22.02.2017), contestație față de care contestatorul susține că a îndeplinit procedura notificării prealabile impusă de lege.

Constatând că cea de a doua contestație formulată de către, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017, are același obiect, respectiv aceleași critici, Consiliul nu va mai proceda la reiterarea, în motivare, a aspectelor invocate în cuprinsul acesteia, ci va verifica doar documentele depuse de către acest contestator în ceea ce privește îndeplinirea procedurii prealabile prevăzută de Legea nr. 101/2016, atunci când va soluționa excepția inadmisibilității contestațiilor formulate atât de către cât și de către

Totodată, se are în vedere faptul că, în completarea punctelor de vedere formulate la data de 08.03.2017 și la data de 16.03.2017, autoritatea contractantă a depus la dosarul cauzei adresa nr. 3659/16.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9193/16.03.2017 și cu nr. 9254/17.03.2017, prin care aduce la cunoștința Consiliului, cu privire la contestațiile formulate de către, următoarele:

Măsura de remediere nr. 4 din adresa autorității contractante nr. 2376/22.02.2017, contestată de către a fost adusă la cunoștința operatorilor economici interesați la data de 22.02.2017, prin publicarea acesteia în S.E.A.P. Totodată, la data de 23.02.2017, au fost publicate în S.E.A.P. anunțurile de tip erată nr. 101183, 101184 și nr. 101185 la anunțul de concesiune, care cuprindeau de asemenea, aceste măsuri de remediere.

În acest context, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și precizează că termenul limită până la care se putea formula o notificare prealabilă era 06.03.2017, inclusiv.

La data de 06.03.2017, ... a înștiințat, prin e-mail, cu privire la contestația formulată la C.N.S.C. împotriva măsurii de remediere nr. 4 din cadrul adresei nr. 2376/22.02.2017, contestație care a fost înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 3125/07.03.2017.

Contestația menționată anterior, a fost depusă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, în contradicție cu prevederile art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, conform cărora "sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă".

Având în vedere aspectele prezentate mai sus, autoritatea contractantă consideră că, a formulat contestația înregistrată la sediul său cu nr. 3125/07.03.2017, fără îndeplinirea procedurii prealabile prevăzută de lege, fiind astfel inadmisibilă, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, prin aceeași adresă, autoritatea contractantă arată că, la data de 08.03.2017, a transmis atât Consiliului, cât și contestatorilor și puncte de vedere cu privire la contestațiile depuse.

Ulterior transmiterii acestor puncte de vedere, autoritatea contractantă a primit din partea o notificare prealabilă împotriva măsurii de remediere nr. 4 din adresa nr. 2376/22.02.2017, care a fost înregistrată la **Registratura** autorității contractante cu nr. 3218/09.03.2017.

În condițiile în care, notificarea prealabilă în cauză făcea referire la aceleași aspecte ca și contestația depusă anterior la Consiliu și față de care se formulase un punct de vedere prin adresa nr. 3201/08.03.2017, autoritatea contractantă arată că nu a mai formulat un punct de vedere față de această notificare prealabilă.

La data de a înștiințat, prin e-mail, că a depus la C.N.S.C. o nouă contestație cu conținut similar cele depuse anterior, aceasta fiind înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 3622/16.03.2017.

Față de aspectele criticate de către în cea de a doua contestație depusă la Consiliu, autoritatea contractantă susține că își menține punctul de vedere transmis prin adresa nr. 3201/08.03.2017.

Luând în considerare cele reținute anterior în motivare cu privire la toate cele trei contestații aferente prezentei cauze, prin raportare la susținerile părților, a înscrisurilor aflate la dosarul cauzei și a dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul constată următoarele:

În vederea atribuirii contractului de concesiune, având ca obiect „Delegarea prin concesiune a serviciului de operare și administrare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor Bârcea Mare, județul Hunedoara”, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de concesiune nr. /09.12.2016.

Conform anunțului de concesiune și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire stabilit a fost „prețul ofertei”, iar valoarea estimată a contractului de concesiune de 105.157.491,49 lei, fără T.V.A.

În vederea punerii în aplicare a Deciziei C.N.S.C. nr. /..... /..... /.... din data de 09.02.2017, autoritatea contractantă a publicat în S.E.A.P. Anunțul de tip erată nr. /23.02.2017 la anunțul de concesiune nr. 2873/09.12.2016 și adresa nr. 2376/22.02.2017, în cuprinsul căreia se regăsesc măsurile de remediere adoptate.

Fiind nemulțumiți de modul în care autoritatea contractantă a pus în executare Decizia C.N.S.C. nr. /..... /..... /..... din data de 09.02.2017, prin emiterea celor două documente mai sus menționate, ... și au formulat contestațiile ce constituie obiectul prezentului dosar, față de care Consiliul reține următoarele:

-la data de 01.03.2017, ... a transmis Consiliului, prin e-mail, la adresa office@cnsr.ro, contestația nr. 624/28.02.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7108/01.03.2017, anexând acesteia, printre altele, dovada transmiterii acestei contestații la sediul autorității contractante în data de 28.02.2017, la ora 18:57, **fără dovada transmiterii notificării prealabile către autoritatea contractante** (așadar, fără probarea îndeplinirii procedurii prealabile obligatorii, impusă de legislația în materia achizițiilor publice);

-la data de 06.03.2017, ... a transmis Consiliului, prin poștă, conform AR LDO9972365106/Oficiul Poștal 73, București, contestația (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7820/07.03.2017, **fără dovada transmiterii notificării prealabile către autoritatea contractante** (așadar, fără probarea îndeplinirii procedurii prealabile obligatorii, impusă de legislația în materia achizițiilor publice), aspect recunoscut de însuși contestatorul prin adresa (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9026/15.03.2017, când a afirmat „contestația noastră înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7820/07.03.2017, prin care criticăm măsurile de remediere dispuse de autoritatea contractantă, a fost formulată fără parcurgerea procedurii notificării prealabile”;

-la data de 15.03.2017, ... a depus la sediul Consiliului, contestația (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017.

Contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017 a fost primită de autoritatea contractantă, prin e-mail, în data de 15.03.2017 și a fost înregistrată la cu nr. 3622/16.03.2017, conform susținerilor autorității contractante exprimate în adresa nr. 3659/16.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9193/16.03.2017.

În ceea ce privește documentele depuse de către, ca anexe la cea de-a doua contestație (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017, ca dovadă a îndeplinirii procedurii prealabile privind notificarea autorității contractante, conform art. 6 din Legea nr. 101/2016, Consiliul reține că acestea au fost următoarele:

- notificarea prealabilă, adresată, fără număr de înregistrare și nedată la

- factura DIV00004353 din data de 06.03.2017 (având nr. de prezentare LDO9972365146), emisă de către C.N. Poșta Română, primită de către, la data de 08.03.2017, ora 15:50 (conform documentului denumit „TRACK&Trace, emis de Poșta Română, existent la dosar).

Referitor la aceste două documente depuse de contestator în dovedirea îndeplinirii procedurii prealabile, conform Legii nr. 101/2016 (notificare prealabilă ce trebuia depusă cel târziu până în data de **07.03.2017**, prin raportare la prevederile art. 6 alin. 1 lit a) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac și la valoarea estimate a achiziției), Consiliul constată că, prin acestea, ... nu probează respectarea obligației ce-i revenea conform legii, depunerea notificării prealabile fiind obligatorie.

În acest sens, Consiliul nu poate lua în considerare notificarea prealabilă depusă de, ca anexă la contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9025/15.03.2017, atât timp cât, din conținutul documentului depus, nu reiese data la care aceasta a fost emisă și, mai ales, data la care aceasta ar fi fost primită de către autoritatea contractantă.

De asemenea, factura DIV00004353 din data de 06.03.2017 (având nr. de prezentare LDO9972365146), emisă de către C.N. Poșta Română, primită de către, la data de 08.03.2017, ora 15:50 (conform documentului denumit „TRACK&Trace, emis de Poșta Română, existent la dosar), de la (prin reprezentatul conventional), nu poate fi luată în considerare, în condițiile în care prin acest document nu se probează în vreun fel faptul că recomandata transmisă autorității contractante conținea notificarea prealabilă.

Acest aspect este avut în vedere de către Consiliu cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a susținut prin adresele nr. 3659/16.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9193/16.03.2017 și nr. 3659/16.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9254/17.03.2017, că **în data de 09.03.2017** (iar nu în data de 08.03.2017, cum susține contestatorul), ulterior formulării punctului de vedere nr. 3201/08.03.2017, a primit o

notificare prealabilă de la, **prin Serviciul Registratură (deci nu prin poștă)**, pe care a înregistrat-o cu nr. 3218/09.03.2017.

Așadar, în condițiile în care notificarea prealabilă a fost primită de autoritatea contractantă, prin Serviciul Registratură, conform susținerilor, din adresele nr. 3659/16.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9193/16.03.2017 și nr. 3659/16.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9254/17.03.2017, **în data de 09.03.2017**, depunerea acesteia de către, a fost tardivă, raportat la art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, constatându-se și în cazul celei de-a doua contestații, formulată de către, caracterul inadmisibil al acesteia.

În aceste condiții, pentru toate considerentele anterioare, constatând că toate cele trei contestații ce fac obiectul cauzei sunt inadmisibile, Consiliul va prezenta motivarea deciziei de respingere a acestora, în mod unitar, fiind aplicabilă tuturor.

Având a se pronunța cu privire la excepția de inadmisibilitate a celor trei contestații, excepție invocată atât din oficiu cât și de către autoritatea contractantă prin adresele nr. 3659/16.03.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9193/16.03.2017 și cu nr. 9254/17.03.2017, Consiliul admite excepția, pentru următoarele motive:

Legea nr. 101/2016 conține următoarele dispoziții relevante în cauză:

- art. 6 alin. (1), potrivit căruia:

„(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 pretensei 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;

b(...);

- art. 6 alin. (4) care dispune că:

„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 pretensei încălcări”.

- art. 6 alin. (5), care dispune că:

„În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, aceasta are la dispoziție un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se

calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4)”

- art. 6 alin. (10), care dispune că:

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

- art. 6 alin. (11) care dispune:

„Prin excepție de la prevederile alin. (1) și (10), orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit alin. (5) poate depune contestație în fața Consiliului sau instanței fără 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 și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz;

b) (...)

(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;

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) și (3), care dispune:

„(2) Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există, dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune.

(3) Contestația formulată pe cale administrativ-jurisdicțională nu se taxează”.

Analizând dispozițiile art.6 alin.(1), alin.(4), alin.(5), alin.(10) și alin. (11) din Legea nr.101/2016, Consiliul reține că regula în materia achizițiilor publice o constituie parcurgerea de către contestator a procedurii

prealabile, singura excepție fiind cea stipulată de alin.(11) al cărui conținut a fost redat anterior în motivare, text de lege care prevede că în situația în care autoritatea contractantă dispune măsuri de remediere, conform dispozițiilor art.6 alin.(4), adică în urma primirii unei notificări prealabile, "orice persoană care se consideră vătămată de aceste măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit art.6 alin.(5) poate depune contestație în fața Consiliului sau instanței, fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă".

În speță, măsurile de remediere publicate de către autoritatea contractantă în S.E.A.P. la data de 22.02.2017 (Adresa nr. 2376/22.02.2017 și Anunțul de tip erată nr. 101183/23.02.2017 la anunțul de concesiune nr. 2873/09.12.2016), nu au fost adoptate de către autoritatea contractantă ca urmare a notificării prealabile formulată de către contestatori, ci a fost necesară parcurgerea etapei administrativ-jurisdicționale, situație în care măsurile de remediere au fost dispuse de Consiliu prin Decizia nr./...../...../..... din data de 09.02.2017, iar le-a pus în executare.

În consecință, Consiliul apreciază că în prezenta cauză nu este aplicabilă ipoteza prevăzută de art.6 alin.(5) din Legea nr.101/2016, fiind în mod evident că dispozițiile art. 8 alin.(1) din același act normativ se interpretează în același context.

Față de această situație, Consiliul apreciază că pentru a putea sesiza, în mod legal, C.N.S.C. cu o cerere care are ca obiect modul în care autoritatea contractantă a pus în executare decizia anterioară a Consiliului, contestatorii trebuiau să parcurgă procedura prealabilă, respectiv să transmită o notificare prealabilă autorității contractante, în cadrul termenului stipulat de art.6 alin.(1) lit.a) din Legea nr.101/2016.

Față de cele mai sus menționate, în raport de valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză, Consiliul constată că Legea nr.101/2016 stipulează, pe de o parte, obligația contestatorilor de a transmite autorității contractante o notificare, conform dispozițiilor art.6 alin.(1) lit.a), în termen de „10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție 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 anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz”, iar pe de altă parte, obligația acestora de a transmite autorității contractante o contestație, în cadrul termenului legal de contestare, stipulat de art.8 alin. (1), lit.a) din Legea nr.101/2016.

În aceste condiții se constată că și, aveau o obligație dublă, aceea de a înainta autorității contractante două documente (întâi o notificare și ulterior o contestație).

Din probatoriul administrat în cauză de către contestatorii și, rezultă în mod clar faptul că aceștia au înaintat autorității contractante în cadrul termenului stipulat de art.6 alin.

(1), lit.a) din Legea nr.101/2016 doar copia contestațiilor, neconsiderând necesar să parcurgă procedura prealabilă stipulată de art.6 alin.(1) din Legea nr.101/2016, apreciind că se află în situația de excepție prevăzută de art. 6 alin.(11) din legea anterior menționată.

Față de argumentele mai sus expuse, Consiliul apreciază că acești doi contestatori aveau obligația de a parcurge procedura prealabilă stipulată de legislația în vigoare în materia achizițiilor publice.

Așa cum rezultă din conținutul art.6 alin.(1) din Legea nr.101/2016, 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 fiind o condiție de admisibilitate a contestației.

Din documentele depuse de contestatori și susținerile acestora, rezultă că și nu au făcut dovada parcurgerii procedurii de notificare prealabilă, prevăzută de Legea nr.101/2016, înainte de a formula contestația.

Prin adoptarea acestei atitudini, respectiv neîndeplinirea acestei obligații procedurale, contestatorii și-au asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situație, respectiv respingerea contestației ca inadmisibilă [art.6 alin.(1) din Legea nr.101/2016].

Întrucât, excepția lipsei procedurii de notificare prealabilă este o excepție de fond (aceasta vizând o cerință pentru declanșarea procedurii de soluționare a contestației), peremptorie (tinzând la stingerea procesului) și absolută (privind norme imperative de ordine publică), Consiliul nu va proceda la analiza pe fond a criticilor formulate de contestatori.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin. (1) și (6) din Legea nr.101/2016, Consiliul admite excepția invocată și respinge, ca inadmisibile, contestațiile formulate de către și de către

Față de soluția pronunțată, Consiliul respinge, ca fiind rămasă fără obiect, cererea formulate de către, privind suspendarea procedurii de atribuire, întrucât prin actuala decizie cauza a fost soluționată.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației formulate de către

Respinge contestația formulată de către, cu sediul în....., ..., județul....., în contradictoriu cu, cu sediul în....., b-dul....., nr....., județul....., ca inadmisibilă.

Respinge, ca fiind rămasă fără obiect, cererea formulată de către, privind suspendarea procedurii de atribuire.

Admite excepția inadmisibilității contestațiilor nr. 7820/07.03.2017 și nr. 9025/15.03.2017 formulate de către

Respinge contestațiile nr. 7820/07.03.2017 și nr. 9025/15.03.2017, formulate de către S.C. S.A, cu sediul în....., str....., nr....., județul și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la....., situată în....., str....., nr....., sector....., în contradictoriu cu, cu sediul în....., b-dul....., nr....., județul....., ca inadmisibile.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.