CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată convențional de domnul avocat ....., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de proiectare și execuție platforme subterane de colectare selectivă a deșeurilor din ....., coduri CPV 45223200-8 și 71322000-1, cu data-limită de depunere a ofertelor 09.01....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă ....., în cadrul procedurii de licitație deschisă menționată în partea introductivă.

În punctul său de vedere nr. 1375/09.01..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 1087/09.01....., autoritatea achizitoare susține în apărare că, la ....., a publicat pe platforma SEAP anunțul de participare nr. ....., împreună cu

documentația tehnică aferentă investiției. La 18.12.2017, după ora 17:00, SC ..... SRL i-a transmis o notificare prealabilă, la care a răspuns la 22.12.2017. Împotriva răspunsului, operatorul economic a formulat contestația aflată pe rol, expediată prin serviciul poștal la 03.01....., după 12 zile de la primirea răspunsului la notificarea prealabilă.

Contractul supus licitației este de lucrări, cu valoarea estimată și precizată în fișa de date de 15.903.719 lei, fără TVA, sub pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv sub pragul de publicare a anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. În acest context, conform art. 8 din Legea 101/2016, termenul legal de contestare era de 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante, comunicat prin intermediul SEAP la 22.12.2017. Întrucât cele cele 5 zile prevăzute de lege au expirat la data de 27.12.2017, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația ca fiind introdusă tardiv.

Cu adresa nr. 868/.....-...../08.01....., pentru edificare, Consiliul a cerut contestatoarei să îi prezinte poziția asupra excepțiilor inadmisibilității și tardivității contestației, prin raportare la dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. b) și ale art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, conform cărora notificarea prealabilă și contestația trebuiau formulate în termen de 5 zile, având în vedere că valoarea estimată a contractului 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.

În răspunsul înregistrat la Consiliu cu nr. 1585/....., SC ..... SRL afirmă că s-a conformat dispozițiilor legale, respectiv art. 6 alin. (1) lit. a) și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectând termenul de 10 zile pentru transmiterea notificării prealabile și a contestației împotriva răspunsului autorității contractante.

Contractul denumit „proiectare și execuție platforme subterane de colectare selectivă a deșeurilor din .....” nu este de lucrări publice, ci de „achiziție publică de lucrări”, în conformitate cu definiția de la art. 3 lit. n) din Legea nr. 98/2016. În conformitate cu art. 35 alin. (1) și (2) din această lege, în speță există trei tipuri de achiziție publică:

- de lucrări;
- de servicii de proiectare;
- de produse (containere de gunoi).

Independent de denumirea dată contractului, raportându-ne la cuantumul valoric al fiecărui tip de achiziție publică, se observă că achiziția publică de produse (containere de gunoi), sub aspectul

cuantumului valoric, este net superioară celorlalte tipuri de achiziție publică și constituie obiectul principal al contractului. În consecință, contractul este de „achiziție publică de produse”, inclusiv cu servicii de montare și proiectare, a cărui valoare este peste pragul în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de proiectare și execuție lucrări, astfel cum sunt descrise la pct. II.1.5) din anunț:

1. Serviciile de proiectare care se refera, in principal, la urmatoarele:

1.1 Studiul geotehnic

1.2 ..... tehnica pentru obtinerea autorizatiei de construire;

1.3 Documentatii tehnice pentru obtinerea avizelor si acordurilor conform certificatului de urbanism;

1.4 ..... tehnica pentru organizarea executarii lucrarilor (DTOE);

1.5 Proiect Tehnic, verificat potrivit prevederilor legale, pentru cerintele de calitate de specialisti atestati de Ministerul Dezvoltarii, Lucrarilor Publice si Locuintelor in conditiile legii;

1.6 Detalii de executie;

1.7 Intocmire raport la terminarea executiei;

1.8 Programul de urmarire a comportarii lucrarii in timp;

1.9 Cartea tehnica a constructiei;

Servicii conexe Serviciilor de proiectare:

a. Obtinerea avize, acorduri, inclusiv autorizatie de construire (plata taxelor intra in sarcina beneficiarului final al investitiei);

b. Asistenta tehnica pe perioada de executie a lucrarilor (inclusiv fazele determinante si modificarile aduse proiectului).

2. Executia de lucrari care se refera, in principal, la urmatoarele:

2.1. Executia lucrarilor pentru realizarea constructiei si a instalatiilor aferente constructiei;

2.2. Procurarea si montarea uitlajelor si echipamentelor;

2.3. Testarea si punerea in functiune a lucrarilor/utilajelor/echipamentelor tehnologice montate in cadrul contractului,

estimate valoric la 15.903.719 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

În același anunț, la pct. II.1.2) - *Tipul contractului și locul de executare a lucrărilor, de furnizare a produselor sau de prestare a serviciilor*, se indică limpede: „Lucrări”, informație regăsită și în fișa de date a achiziției. De asemenea, în documentația de atribuire postată în SEAP, autoritatea a cuprins și modelul contractului de achiziție pe care îl va semna, contract care este declarat expres a fi de lucrări.

Raportat la textul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de*

procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei", se va examina cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, excepție absolută, de ordine publică, ce poate fi invocată atât de parte, cât și de către instanță (Consiliu), după cum rezultă și din exprimarea legiuitorului de la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căruia, 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.

Reclamanta recunoaște că nu a îndeplinit obligația de a notifica autoritatea contractantă în termenul de cinci zile de la aflarea documentației postată de autoritate în SEAP, după cum nici contestația sa nu a fost înaintată în cinci zile de la primirea răspunsului la notificarea prealabilă.

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016:

(1) **Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă**, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată **are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere**, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, **în termen de**:

a) **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.

[...]

(3) În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, **data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire**.

În speță, SC ..... SRL este nemulțumită de clauzele stabilite în documentația de atribuire a contractului de lucrări, disponibilă public de la data de ..... În aprecierea Consiliului, din actele de la dosar reiese că reclamanta a notificat în mod tardiv soluțiile prescrise în documentația de atribuire, față de data postării ei în SEAP, de la care se prezumă că a luat cunoștință.

Pragul valoric în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, în cazul contractelor de lucrări, îl regăsim la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (23.227.215 lei), la care se face trimitere în art. 144 alin. (2) din lege: „*Publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie în toate situațiile în care valoarea*

estimată a contractului de achiziție publică/acordului-cadru este mai mare sau egală cu pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1)."

În loc să depună la autoritate notificare prealabilă în termenul de 5 zile începând cu cea următoare luării la cunoștință despre ..... (.....), societatea a depus notificarea abia la 18.12.2017, în afara termenului legal. Actul vătămător atacat prin notificare este documentația de atribuire, a cărei refacere este solicitată, iar termenul de notificare curge din ziua următoare postării lui, durează 5 zile și s-a împlinit la 11.12.2017, ora 24, luni, zi lucrătoare.

Consiliul nu neagă faptul că SC ..... SRL a înaintat ..... notificarea prealabilă în 18.12.2017, însă probele existente confirmă că înaintarea ei a avut loc, într-adevăr, în afara termenului legal de cinci zile, aspect sesizat în mod judicios de unitatea achizitoare.

Argumentul că nu se atribuire un contract de lucrări nu poate fi validat de Consiliu, actele cauzei demonstrând clar că ..... a scos la licitație un contract de lucrări, nu de produse și nici de servicii, chiar dacă respectivul contract cuprinde și elemente de servicii de proiectare și instalare ori de furnizare de echipamente. Termenele și condițiile de notificare și contestare sunt impuse în Legea nr. 101/2016 și nu sunt lăsate la dispoziția destinatarilor legii.

Transpuse la datele speței, cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestației nu a respectat normele art. 6 alin. (1) lit. b) din lege, omițând să transmită în cele 5 zile acordate de legiuitor notificarea împotriva documentației de atribuire, ceea ce atrage sancțiunea inadmisibilității contestației [sancțiunea nu este tardivitatea, întrucât art. 6 alin. (1) din lege prescrie respingerea contestației ca inadmisibilă]. De altminteri, nici măcar contestația SC ..... SRL nu a fost expediată în termenul legal de 5 zile de la obținerea răspunsului la notificarea prealabilă.

După cum a statuat și Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 807 din 2 august 2016, Consiliul este obligat să verifice dacă notificarea prealabilă a fost realizată în termenul legal. Tardivitatea notificării atrage inadmisibilitatea contestației:

Cu privire la capătul de cerere vizând anularea deciziei Consiliului, Curtea consideră că acesta este nefondat.

Sub un prim aspect, Curtea consideră că termenele reglementate de art. 6 alin. (1) sunt termene imperative legale. Totodată, Curtea reține că nerespectarea acestor termene legale imperative atrage sancțiunea decăderii din exercitarea dreptului, dacă legea nu prevede expres altfel, iar actul de procedură efectuat peste termen este lovit de nulitate, astfel cum prevede și art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Contrar opiniei petentei și în acord cu decizia Consiliului, Curtea consideră că norma juridică ce reglementează termenele anterior precizate (ca întreaga reglementare privind notificarea prealabilă cuprinsă în art. 6 și 7 din Legea nr. 101/2016) este o normă de ordine publică și nu de ordine privată. În acest sens, Curtea constată că este reală susținerea petentei că în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016 legiuitorul justifică introducerea notificării prealabile prin prisma necesității de a încuraja dialogul prealabil

între autoritățile contractante și operatorii economici, însă petenta ignoră, în acest context, scopul Legii nr. 101/2016. Astfel, conform art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, scopul acestei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor. Prin urmare, privită din această perspectivă, pentru instanță este evident că procedura notificării prealabile depășește simplul interes privat al unui participant la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, ea fiind concepută cu scopul de a asigura celeritate în realizarea interesului public.

Totodată, curtea nu poate reține apărarea petentei care invocă faptul că Consiliul nu mai putea invoca tardivitatea depunerii notificării prealabile. În acest sens, din analiza dispozițiilor legale care reglementează notificarea prealabilă, Curtea constată că legiuitorul insistă asupra faptului că neîndeplinirea procedurii notificării prealabile, în termenul legal, atrage sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, astfel cum rezultă din art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, întrucât sancțiunea este respingerea contestației (iar nu a notificării) ca inadmisibilă (inadmisibilitate care poate fi invocată și din oficiu), este evident că Consiliul este obligat să verifice legalitatea sesizării sale, respectiv să verifice dacă procedura notificării prealabile a fost realizată în acord cu normele legale imperative care o reglementează.

De altfel, conform art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației.

De asemenea, după cum s-a arătat anterior, este evident că **numai îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă în termen legal conferă eficiență juridică acestei proceduri**, fiind dificil de acceptat, în contextul Legii nr. 101/2016, că procedura notificării prealabile ar putea fi realizată oricând de către un participant la procedură și în lipsa unui răspuns legat de acest aspect al autorității contractante notificarea ar putea fi privită de Consiliu sau instanța de judecată ca fiind valabilă întrucât, în acest caz, scopul legii de a asigura mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, ar deveni unul iluzoriu.

Curtea nu va reține nici apărarea petentei care critică soluția dată de Consiliu și sub aspectul încălcării principiului „*non reformatio in peius*" întrucât, invocând din oficiu excepția tardivității, acesteia i s-a îngreunat situația în propria cale de atac. În acest context, Curtea arată că procedura în fața Consiliului este o procedură administrativ-jurisdicțională de primă instanță și nu într-o cale de atac, astfel încât principiul invocat nu este incident.

De asemenea, Curtea nu va reține nici apărarea petentei prin care invocă faptul că, deși notificarea prealabilă a fost tardiv depusă, întrucât autoritatea contractantă nu a invocat acest aspect, cauza de nulitate a fost acoperită, ceea ce duce la salvarea actului de procedură realizat cu încălcarea legii. În acest sens, Curtea constată că, sub un prim aspect, raționamentul petentei se raportează la dispozițiile art. 193 alin. (1) și (2) C. proc. civ. (reglementare în contextul căreia neîndeplinirea procedurii prealabile poate fi invocată doar de către pârât, prin întâmpinare, având astfel caracter relativ) și nu la dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 (reglementare în contextul căreia, după cum s-a arătata mai sus, procedura notificării prealabile are caracter de ordine publică, inadmisibilitatea putând fi invocată și din oficiu).

Nici analizată din perspectiva dispozițiilor art. 177 C. proc. civ. această apărare a petentei nu poate fi primită. Astfel, potrivit art. 177, ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Cu toate acestea, nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea ori o altă sancțiune procedurală sau dacă se produce ori subzistă o vătămare. Actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia. Or, în cauza de față, nulitatea procedurii notificării prealabile este determinată de decăderea petentei din dreptul de a mai depune notificarea, iar cauza acestei nulități nu dispăruse la momentul soluționării de către Consiliu a contestației.

Față de aceste considerente, se va respinge plângerea ca nefondată.

Având în vedere ansamblul considerentelor expuse, în temeiul art. 6 alin. (1) și al art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, se va respinge, ca inadmisibilă, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția inadmisibilității contestației, Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului contestației.

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

Respinge, ca inadmisibilă, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.