CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., 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 de domnul ....., privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de ..... (lotul 1), coduri CPV 33192120-9, 45259000-7 și altele, cu data-limită de depunere a ofertelor 24.07....., 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 decizia autorității contractante de respingere, ca neconformă și inacceptabilă, a ofertei sale pentru lotul 1, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În punctul său de vedere nr. 29626/23.11....., înregistrat la Consiliu cu nr. 50426/24.11....., autoritatea pârâtă solicită acestuia să respingă contestația aflată pe rol ca tardiv introdusă, învederând că, la data de 30.10....., ora 15:14, respingerea ofertei SC ..... SRL a fost anunțată în SEAP, fiind anexată comunicarea nr. 27384/30.10..... privind rezultatul evaluării

propunerii tehnice și financiare, comunicare ce conține motivele pentru care oferta a fost respinsă. Termenul legal pentru depunerea notificării prealabile a fost de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității, termen pe care contestatoarea nu l-a respectat, deoarece notificarea prealabilă a fost depusă la 14.11....., după primirea comunicării rezultatului final al procedurii. Art. 65 alin. (3) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 prevede că, „în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii”.

În sensul Legii nr. 101/2016, act al autorității contractante este orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea sau refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire, enumerare în care poate fi inclusă și comunicarea privind rezultatul evaluării propunerii tehnice. Prin urmare, comunicarea privind rezultatul evaluării propunerii tehnice îndeplinește condițiile pentru a fi considerată act al autorității contractante, împotriva căruia se poate depune notificare și, ulterior, contestație.

Comunicarea nr. 28448/10.11..... privind rezultatul procedurii nu face decât sa reproducă ceea ce SC ..... SRL știa încă din 30.10....., ora 15:14, anume că oferta sa a fost respinsă.

Cu adresa nr. 50639/.....-...../27.11....., constatând că autoritatea a invocat excepția tardivității contestației, Consiliul a solicitat reclamantei să îi comunice poziția asupra respectivei excepții. În consecință, SC ..... SRL a formulat răspunsul nr. 897/29.11....., înregistrat la Consiliu cu nr. 51338/29.11....., în care arată că a înțeles să conteste adresa autorității nr. 28448/ 10.11....., privind rezultatul procedurii și actele subsecvente care au stat la baza ei (inclusiv raportul procedurii). Autoritatea afirmă că s-ar fi putut ataca un alt act emis în cadrul procedurii, respectiv adresa nr. 27384/30.10..... privind rezultatul evaluării tehnice și financiare, însă el nu este un act administrativ, în înțelesul Legii nr. 101/2016, întrucât nu produce efecte juridice decât în măsura în care conținutul său este preluat în raportul procedurii. Până la includerea conținutului său în raportul procedurii el poate fi revocat de autoritate sau modificat. Raportul procedurii este actul administrativ care îi vatămă interesele și care arată care este ofertantul câștigător și care sunt ofertanții respinși.

În baza principiului disponibilității, poate ataca actul care îi lezează interesele, iar instanța investită urmează a se pronunța în considerarea capetelor de cerere din contestație.

Sunt aduse argumente și pe fondul cauzei.

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 ....., divizată în trei loturi, achiziție estimată valoric la 2.114.500 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură, pentru lotul 1, s-au prezentat nouă operatori economici, între care și SC ..... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă și inacceptabilă, prin procesul-verbal nr. 27058/26.10....., ... comunicat cu nr. 27384/ 30.10....., prin intermediul SEAP. Ulterior, respingerea ofertei a fost consemnată și în raportul procedurii de atribuire nr. 28447/ 10.11..... și recomunicată cu nr. 28448/10.11.....

Atât în comunicarea nr. 27384/30.10....., cât și în aceea nr. 28448/10.11....., motivele de respingere a ofertei sunt identice:

„- Preţul ofertat este neobișnuit de scăzut in raport cu specificațiile tehnice ale produsului solicitat de către autoritatea contractanta si cu preturile celorlalți ofertanți;

- Specificațiile si fotografiile din propunerea tehnica ale patului de spital model XHD-3A ofertat nu corespund cu specificațiile si fotografiile regăsite pe site-ul oficial al firmei producătoare Bazhou Xuhua Medical Equipment Co;

- În manualul de utilizare prezentat de către ofertant se face referire la alt model de pat respectiv pat de spital XH6."

Prin notificarea prealabilă nr. 853/13.11....., ofertanta s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, cerând expres anularea ambelor comunicări, iar ..... i-a răspuns cu adresa nr. 28781/15.11....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere, că menține rezultatul. Primind acest răspuns, ofertanta a reacționat prin formularea contestației nr. ...../....., pe care expediat-o Consiliului, prin fax și scrisoare poștală.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, în contextul în care autoritatea achizitoare a ridicat excepția tardivității demersului SC ..... SRL, se impune verificarea formulării notificării și a contestației în termenul legal, în

temeiul art. 16 alin. (1), raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 248 alin. (1) C. proc. civ.

Trecând la verificarea respectării obligației de depunere a notificării și a contestației în interiorul termenului legal, se constată că ofertanta contestatoare s-a plâns autorității de nelegalitatea respingerii ofertei sale (rezultatul evaluării ofertei sale) prin notificarea prealabilă nr. 853/13.11....., la 14 zile distanță de data la care a aflat despre respingere, din comunicarea nr. 27384/ 30.10..... Societatea contestatoare a luat cunoştinţă despre actul de respingere la data emiterii lui – 30.10..... – când a fost postat în SEAP de autoritate, dată care reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a notificării.

Opinia autorității se vădește a fi judicioasă, din actele de la dosar reieșind că reclamanta a notificat în mod tardiv respingerea ofertei sale, în raport cu data de 30.10.....

Conform Legii nr. 101/2016, 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 să conțină cel puțin neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care notificantul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)].

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) din aceeași lege:

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

a) **10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

În loc să depună la autoritate notificarea prealabilă în termenul de 10 zile începând cu cea următoare luării la cunoștință despre respingerea ofertei, societatea a depus notificarea abia la 14.11....., în afara termenului legal, iar autoritatea a răspuns negativ.

Operatorul economic cunoștea respingerea pe care o reclamă de la data postării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a o notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea revenirea și controlul jurisdicțional asupra ei. Actul vătămător este, după cum s-a punctat anterior, procesul-verbal nr. 27058/26.10....., de respingere a ofertei, ... comunicat cu adresa nr. 27384/ 30.10....., iar termenul de notificare curge din ziua următoare

publicării lui, durează 10 zile și s-a împlinit la finalul zilei de 09.11....., joi, zi lucrătoare.

Consiliul nu neagă faptul că SC ..... SRL a înaintat spitalului notificarea prealabilă nr. 853/13.11....., însă probele de la dosarul cauzei confirmă că înaintarea ei a avut loc, într-adevăr, în afara termenului legal de 10 zile, aspect sesizat în mod corect de unitatea spitalicească achizitoare.

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. a) din lege, omițând să transmită în cele 10 zile acordate de legiuitor notificarea împotriva respingerii ofertei sale, ceea ce atrage sancțiunea inadmisibilității contestației [sancțiunea nu este tardivitatea, întrucât art. 6 alin. (1) din lege prescrie respingerea contestației ca inadmisibilă].

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.

Atât procesul-verbal nr. 27058/26.10....., cât și comunicarea nr. 27384/30.10..... constituie acte vătămătoare, în sensul art. alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: act al autorităţii contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

Așadar, reprezintă act al autorității, contestabil, și actul care nu este administrativ, legiuitorul extinzând sfera la orice operaţiune

administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, cum sunt și cele două acte antemenționate. Ele pot fi atacate independent de existența sau nu a raportului procedurii (de pildă, o ofertă poate fi respinsă în etapa verificării DUAE, etapa verificării tehnice sau etapa verificării financiare, fiecare dintre aceste etape având propria perioadă de desfășurare în timp și nu sunt legate de raportul procedurii, care se întocmește la final [uneori, la distanță foarte mare de primele etape intermediare]).

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 dispun, în cazul procedurilor de licitație deschisă, la art. 65:

(1) Comisia de evaluare **analizează DUAE** în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege.

(2) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(3) **În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalți faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a 13-a din Lege**.

(4) Comisia de evaluare are obligația, **în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare** prevăzute la alin. (1) și (2), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși, să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un termen de răspuns.

Așadar, licitația cunoaște mai multe faze de verificare a ofertelor, succesive. Relevante, din punctul de vedere al etapizării evaluării, sunt și următoarele prevederi din norme:

Art. 132. - (1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte **prin analizarea conținutului DUAE**.

Art. 133. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

(3) Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege.

SC ..... SRL dispunea de argumente concrete care să îi susțină atacarea măsurii respingerii ofertei sale de la momentul comunicării acesteia, prin adresa nr. 27384/30.10....., iar nimic nu a îngrădit-o să își exercite dreptul de a o ataca în termenul legal. Așteptarea finalizării procedurii de atribuire pentru a îi fi comunicat același ....., constând în respingerea ofertei sale, nu își găsește nicio justificare. Chiar dacă s-ar anula raportul procedurii de atribuire nr. 28447/10.11..... și comunicarea nr. 28448/ 10.11....., ar rămâne în vigoare actele precedente ale autorității,

de respingere a ofertei, întrucât ele nu pot fi examinate acum pe fond, nefiind atacate în termenul legal.

În aprecierea Consiliului, din actele de la dosar reiese că reclamanta a notificat în mod tardiv respingerea ofertei sale, în raport cu data de 30.10....., la care i s-a adus la cunoștință prima oară măsura respingerii ofertei.

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 de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.