C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Bucureşti, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745, www. cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....
Data: ...

Prin contestația nr...., formulată de ..., cu sediul în .... - Administrator, împotriva adresei nr.... reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, emisă de ..., cu sediul în ..., ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „**...**”, cod CPV: ..., s-a solicitat:

„- anularea răspunsului la notificarea prealabilă, comunicat prin adresa cu nr....;

-obligarea autorităţii contractante ... la adoptarea măsurilor de remediere a documentaţiei de atribuire, astfel cum acestea au fost precizate în cadrul notificării prealabile”.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestaţia înregistrată sub numărul de mai sus, ... critică adresa nr...., reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, precum și documentația de atribuire, elaborate de către ..., în calitate de autoritate

contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „**...**”, cod CPV: ..., solicitând:

„- anularea răspunsului la notificarea prealabilă, comunicat prin adresa cu nr....;

-obligarea autorităţii contractante ... la adoptarea măsurilor de remediere a documentaţiei de atribuire, astfel cum acestea au fost precizate în cadrul notificării prealabile”.

În motivarea contestației, ... menționează că, în raport cu dispoziţiile art.6 alin.1 şi 2 din Legea nr.101/2016, a transmis autorităţii contractante notificarea prealabilă cu nr....., prin care a semnalat existenţa unor neconcordanţe în cuprinsul documentaţiei de atribuire puse la dispoziţie prin S.E.A.P. şi a solicitat adoptarea măsurilor de remediere reiterate prin contestaţia de față.

Arată că autoritatea contractantă a luat măsură suspendării procedurii în data de ...., prin adresa cu nr...., a comunicat măsurile adoptate cu privire la notificarea noastră prealabilă, fără a respecta însă termenul de 3 zile prevăzut de dispoziţiile art.6 alin.4 din Legea nr.101/2016.

Invocând prevederile art.3 alin.1 lit.z, ale art.154 din Legea nr.98/2016, precum și art.20 din HG nr.395/2016, contestatorul susține că orice operator economic, potenţial ofertant, confruntat cu o documentaţie de atribuire deficitară, are pe deplin interesul să aibă la dispoziţie o documentaţie clară, completă, coerentă şi conformă cu dispoziţiile legale, motiv pentru care, prin notificarea prealabilă a solicitat completarea sau, după caz, modificarea documentaţiei de atribuire în sensul clarificării anumitor neconcordanțe.

... redă solicitările sale din notificarea prealabilă, constând în modificarea/completarea documentației de atribuire, susținând că autoritatea contractantă nu a dat curs acestora.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresele nr..... a solicitat respingerea contestației *„atât pentru motive de netemeinicie cât și pentru motive de inadmisibilitate”*.

În motivare, autoritatea contractantă arată că a elaborat documentația de atribuire și a publicat în SEAP, cu respectarea principiului transparenței, în data de ..., anunțul de participare simplificat nr.....

Precizează că, în data de ... cu privire la conținutul documentației de atribuire despre care a luat cunoștință din data de ....

... arată că, în cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, legiuitorul prezumă absolut, în condițiile art.6 alin.3 din Legea nr.101/2106, luarea

la cunoștință despre documentația de atribuire la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

În continuare, prezintă susținerile sale cu privire la solicitările contestatorului.

Ca temei de drept, invocă Legea nr.98/2016, H.G. nr.395/2016, Legea nr.101/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr.... ... a invocat excepția inadmisibilității contestației.

În motivare, susține că documentația de atribuire a fost postată în SEAP la data de ...., prin care a solicitat modificarea documentației de atribuire.

Urmarea adresei de răspuns, după cum se arată, cu adresa nr....., contestatorul a transmis notificarea prealabilă nr...., cu depășirea termenului legal de 5 zile prevăzut de art.6 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, termen care a început să curgă de la data publicării documentației de atribuire.

Susține că îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, precum și că purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea date de la care aceasta a început să curgă.

Ca temei de drept, invocă Legea nr.98/2016, H.G. nr.395/2016, Legea nr.101/2016.

În considerarea dispoziţiilor art.15 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul a solicitat ... punctul de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației, prin raportare la prevederile art.6 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, excepție invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa ..., ... a precizat următoarele:

”După cum rezultă cu suficientă claritate din textul notificării prealabile (adresa nr….), aceasta a vizat inclusiv răspunsurile de clarificare pe care autoritatea contractantă le-a emis sub nr…. aceastea constituind practic ultimele acte al autorităţii contractante anterior iniţierii notificării noastre şi reprezentând reperul de debut pentru calculul termenului prevăzut la art.6 alin.(1) lit.b) din Legea nr.101/2016.

Până la urmă, raţiunea solicitărilor de clarificări rezidă tocmai în posibilitatea prefigurată de către operatorul economic emitent - chiar asimilabilă unei speranţe legitime - de a obţine din partea autorităţii contractante o soluţie de remediere, adaptare, ameliorare ori modificare a documentaţiei de atribuire, în sensul cerut prin solicitarea de clarificări.

În situaţia unui răspuns negativ, parţial, neclar sau neconform cu dispoziţiile legale, este evident că singura alternativă a operatorului economic rămâne promovarea unei contestaţii - iar în acest caz actul considerat nelegal de care face vorbire Legea nr. 101/2016 va fi reprezentat de răspunsul autorităţii contractante la solicitările de clarificări.

Potrivit dispoziţiilor art.3 alin.(1) lit.a) din Legea nr.101/2016. expresia <act al autorităţii contractante> are semnificaţia de <orice act administrativ, 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 unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii>.

În acelaşi timp, conform dispoziţiilor art.(2) alin.(1) din Legea nr. 101/2016 <Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi>.

Aşadar, în domeniul de aplicare al Legii nr.101/2016, pot face obiectul contestării nu numai actele administrative, astfel cum sunt ele definite de Legea nr.554/2004, ci şi operaţiunile administrative ale autorităţii contractante, care, în lipsa precizării făcute de art.3 alin.(1) lit.a) din Lege, ar fi fost supuse notificării numai odată cu actele administrative la baza cărora stau ori la formarea cărora contribuie.

Din perspectiva acestor argumente, răspunsul la solicitarea de clarificări, deşi nu este un act administrativ în sensul Legii nr.554/2004, neproducând efectele juridice proprii unui astfel de act, de a da naştere, a modifica sau stinge un raport juridic, nu este totuşi lipsit de orice efecte juridice.

Prin conţinutul lor, astfel de clarificări care, după caz, modifică sau nu menţiunile din documentaţia de atribuire, fiind susceptibile să aducă lămuriri asupra clauzelor considerate de unii participanţi neclare, se comunică tuturor participanţilor, ceea ce este o premisă a faptului că efectele juridice se răsfrâng asupra tuturor.

În aceste condiţii, răspunsul la solicitarea de clarificări se încadrează în noţiunea de operaţiune administrativă care produce sau

poate produce efecte juridice, prevăzută de art.3 alin.(1) lit.a) din Legea nr.101/2016, din acest motiv fiind supusă notificării în procedura prevăzută de Capitolul II al Legii.

Pentru aceste considerente, vă rugăm să constataţi că notificarea noastră prealabilă a fost formulată împotriva răspunsului autorităţii contractante la solicitările de clarificări şi, în raport cu dispoziţiile mai sus invocate ale Legii nr.101/2016, a fost realizată în termen, impunându-se astfel respingerea excepţiei inadmisibilităţii contestaţiei noastre."

În considerarea dispozițiilor art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției inadmisibilității contestației, aceasta fiind sancțiunea care intervine în cazul transmiterii notificării prealabile în afara termenului legal impus, așa cum rezultă din dispozițiile art.6 alin.1 din Legea nr.101/2106.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită pentru următoarele considerente.

Potrivit art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016 potrivit cărora: „***Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă**, care poate fi invocată şi din oficiu, **înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente**, persoana care se consideră vătămată **are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de**:*

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

*b) **5 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 mai mică 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*".

Relevante sunt și dispozițiile alin.3 ale aceluiași articol, conform cărora:

*„**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**.”*

De interes în soluționarea excepției, sunt următoarele informații:

- tipul contractului ce se va încheia – **contract de lucrări**;

- valoarea estimată, fără TVA, a contractului de lucrări – **... lei, mai mică** decât valoarea de ... lei, prevăzută de art.7 alin.1 lit.a din Legea nr.98/2016;

- termenul de 5 zile pentru promovarea notificării prealabile, care se calculează conform metodologiei reglementată de art.5 alin.2 din Legea nr.101/2016.

Astfel, termenul de promovare a notificării prealabile în raport de data de ***...***, dată la care a fost publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr...., împreună cu documentația de atribuire aferentă, s-a împlinit în data de ***...***, zi de duminică, fapt pentru care acesta s-a prorogat până la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare, respectiv, a zilei de luni, ***...***.

Cum notificarea prealabilă înregistrată la contestator sub nr...., a fost înregistrată la ... sub nr...., se reține că aceasta a fost înaintată după expirarea termenului legal reglementat de art.6 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, când petentul era decăzută din dreptul de a mai întreprinde un astfel de demers, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă.

Nu vor fi primite în soluționare apărările contestatorului de vreme ce, așa cum rezultă din petitul notificării prealabile nr...., respectiv petitul contestației de față, ... a solicitat modificarea/completarea documentației de atribuire, actul atacat fiind, așadar, documentația de atribuire, iar nu răspunsurile la clarificări.

Purtarea unei corespondenţe de clarificare cu autoritatea contractantă, după cum corect susține aceasta, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării prealabile/contestaţiei sau decalarea datei de la care începe să curgă acesta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentaţia de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentaţiei, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Niciunde în legislaţia în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentaţiei de atribuire şi, niciatât, obligaţia autorităţii contractante de a modifica documentaţia de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzătoare.

Dacă existau obiecţiuni cu privire la prevederile documentaţiei de atribuire, contestatorul trebuia să o conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aştepte expirarea lui şi să încerce prin invocarea unor răspunsuri la clarificări să se repună în termenul de notificare prealabilă/contestare a documentaţiei de atribuire, răspunsuri la clarificări care, de altfel, le consideră *„reperul de debut pentru calculul termenului”* și nu acte care îl vatămă.

Referitor la răspunsurile la clarificări nr.... observă Consiliul că au fost formulate cu respectarea dispoziţiilor art.160 alin.1 și 2 din Legea nr.98/2016, conținutul lor fiind unul clar și complet, corelat întrebărilor adresate.

Astfel fiind, excepția inadmisibilității contestației este întemeiată, după cum corect susține autoritatea contractantă.

În soluționare, s-a avut în vedere și practica judiciară, relevante fiind deciziile nr.....

Pentru considerentele enunțate, Consiliul, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, va admite excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, și, pe cale de consecință, va respinge contestația ca atare.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art.28 alin.1 din acelaşi act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, invocată de ... și, pe cale de consecință, respinge contestaţia formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., ca inadmisibilă.

Obligatorie.

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

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