CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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. 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. MC21/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de către S.C. ..... S.R.L., cu sediul în ....., şos. ....., nr....., ..., sector ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., împotriva caietului de sarcini, elaborat de către ..... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....), cu sediul în ....., b-dul....., nr....., judeţul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitaţie deschisă online, a contractului de achiziţie publică, având ca obiect „Furnizare Autospecială pentru intervenţie şi salvare de la înălţimi”, se solicită următoarele :

- constatarea caracterului restrictiv al caietului de sarcini, care face trimitere directă la soluţii tehnice ce fac obiectul unor patente deţinute de compania .....A.G.;
- constatarea utilizării, în mod nejustificat, a acestei modalităţi de întocmire a caietului de sarcini şi respectiv omisiunea utilizării sintagmei „sau echivalent”, în condiţiile în care pe piaţă sunt disponibile şi alte sisteme tehnice decât cele care fac obiectul patentelor .....A.G.;
- constatarea caracterului incomplet al caietului de sarcini, în condiţiile în care posibilitatea de „lucru sub obstacole” nu a fost definită în cuprinsul acestuia, prin indicarea procedeului tehnic de realizare sau prin indicarea anumitor date tehnice, referitoare la dimensiuni de acces sub obstacole şi înălţimi ale obstacolelor;
- obligarea autorităţii contractante, pentru fiecare dintre considerentele expuse anterior, la modificarea şi completarea caietului de sarcini;
- constatarea omisiunii autorităţii contractante de a răspunde la notificare/clarificare şi, în acest context, obligarea acesteia să procedeze la decalarea datei limită de depunere a ofertelor;
- suspendarea procedurii de atribuire până la pronunţarea unei decizii pe fondul cauzei.

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

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul S.C. ..... S.R.L. critică caietul de sarcini, elaborat de către autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de achiziţie publică menţionată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele :

În prealabil, contestatorul arată că, ulterior publicării în S.E.A.P. a anunţului de participare nr. ...../....., a procedat la înaintarea unei notificări privind intenţia de a depune o contestaţie şi/sau o solicitare de clarificare, având ca obiect cererea de a se revizui caietul de sarcini, prin eliminarea unor specificaţii tehnice restrictive.

Această „notificare/clarificare" a fost înaintată autorităţii contractante prin Adresa nr. 1, comunicată prin e-mail în data de 28.11....., conform documentelor anexate, în copie, la dosarul cauzei, însă, până la data depunerii prezentei contestaţii, ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....) nu a formulat un răspuns în acest sens.

În acest context, S.C. ..... S.R.L. a înaintat contestaţia în cauză, în termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, contestatorul face referire la dimensiunile de gabarit ale autospecialei, la specificaţia tehnică care conţine descrierea sistemului de calare şi la specificaţia tehnică care conţine descrierea sistemului de atenuare a vibraţiilor.

În probaţiune, S.C. ..... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, însrisuri.

Prin adresele nr. 53427/.....-...../14.12..... şi nr. 53426/.....-...../14.12....., Consiliul le-a solicitat contestatorului S.C. ..... S.R.L. şi autorității contractante ..... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....), să formuleze puncte de vedere cu privire la tardivitatea notificării prealabile din data 28.11....., raportat la documentaţia de atribuire, respectiv caietul de sarcini, care reprezintă „actul atacat", având în vedere prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) şi alin. (3) din Legea nr. 101/2016, până la data de 15.12....., ora 12:00.

Prin adresa nr. AP2017-341/15.12....., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 53655/15.12....., autoritatea contractantă ..... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....) a răspuns la solicitarea Consiliului, solicitând respingerea contestaţiei formulate de către S.C. ..... S.R.L., pentru următoarele motive :

În fapt, autoritatea contractantă arată că a iniţiat prezenta procedură de achiziţie publică la data de ....., în acest sens publicând în S.E.A.P. anunţul de participare nr. ..... şi documentaţia de atribuire aferentă acesteia.

În data de 28.11....., a fost primită pe e-mailul autorităţii contractante o solicitare de clarificări din partea S.C. ..... S.R.L., însă PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..... nu a dat curs acestei solicitări, întrucât nu a fost adresată, în mod exclusiv, în S.E.A.P. la secţiunea „Întrebări".

De asemenea, autoritatea contractantă susţine că solicitarea de clarificări invocată de către contestator şi menţionată anterior nu poate fi considerată o „notificare prealabilă", astfel cum este aceasta definită de Legea nr. 101/2016.

În condiţiile în care, adresa în cauză s-ar considera ca fiind „notificare prealabilă", astfel cum afirmă contestatorul, autoritatea contractantă o apreciază ca fiind tardivă, întrucât a fost

depusă la data de 28.11....., după expirarea termenului impus de art. 6 alin. (1), lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În susţinerea celor expuse anterior, autoritatea contractantă menţionează că documentaţia de atribuire a fost publicată în S.E.A.P. la data de .....

Pe cale de consecinţă, adresa transmisă de către S.C. ..... S.R.L. la data de 28.11....., nu întruneşte condiţiile necesare pentru a reprezenta o contestaţie, astfel cum sunt acestea stipulate la art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care ..... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....) solicită Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor respingerea acesteia ca inadmisibilă.

Până la data pronunţării prezentei decizii, S.C. ..... S.R.L. nu a răspuns la solicitarea Consiliului, formulată prin adresa 53427/.....-...../14.12.....

Cercetând cu întâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepţia inadmisibilității contestaţiei invocată, din oficiu, de Consiliu, se constată temeinicia acesteia.

În aprecierea acestei finalităţi au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„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.”*

De asemenea, Consiliul reţine că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, *„(1) 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;*

(...)

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

Potrivit art. 8 alin. (1) și alin. (2) din același act normativ:

„(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 şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante,

obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie 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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz."

În conformitate cu prevederile mai sus invocate, persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante, în acest caz documentaţia de atribuire, respectiv caietul de sarcini, trebuie să înainteze autorității contractante o notificare prealabilă în referire la actul față de care este nemulțumită și în situația în care se consideră vătămată de răspunsul primit sau nu primește răspuns în termen se poate adresa Consiliului.

Procedura notificării prealabile instituie o obligație subiectului vătămat de a se adresa autorității care i-a produs vătămarea și să solicite acesteia remedierea pretinsei încălcări în materie, într-un anumit termen.

Consiliul constată că documentaţia de atribuire, respectiv caietul de sarcini, care constituie „actul atacat" prin prezenta contestație, a fost publicat în S.E.A.P., de către ..... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....) la data de .....

În aceste condiţii, formularea de către S.C. ..... S.R.L. a unei notificări prealabile către autoritatea contractantă în vederea luării unor măsuri de remediere, conform Legii nr. 101/2016, împotriva caietului de sarcini, raportat la data la care contestatorul a luat la cunoştinţă despre conţinutul acestuia, trebuia efectuată până la data de 27.11....., inclusiv.

Or, din verificarea documentelor aflate la dosarul cauzei, astfel cum s-a menționat anterior în motivare, Consiliul constată că S.C. ..... S.R.L. nu a respectat termenul legal privind formularea notificării prealabile, ba mai mult a depus la dosarul cauzei dovada că a transmis prin e-mail, notificarea prealabilă/solicitarea de clarificări, la data de 28.11.....

Un argument în plus îl reprezintă şi faptul că însuși contestatorul confirmă, în cuprinsul contestaţiei formulate, transmiterea notificării prealabile către autoritatea contractantă, prin e-mail, la data de 28.11....., după ce a luat la cunoștință despre conținutul actului atacat, respectiv caietul de sarcini.

Transmiterea notificării prealabile în afara termenului legal constituie în fapt neîndeplinirea procedurii prealabile, care este obligatorie.

În prezenta cauză autoarea contestației nu a făcut dovada înaintării notificării către autoritatea în termenul legal prevăzut la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauze. Nici ca urmare a solicitării exprese a Consiliului, societatea contestatoare nu a făcut dovada îndeplinirii obligației prevăzută la art. 6 antecitat.

Un alt aspect demn de reținut în soluționare îl reprezintă faptul că în cadrul notificării autoarea contestației menționează: *"Subiect: Solicitare de clarificare cu privire la caietul de sarcini"*, iar la final *"(...) suntem nevoiți să vă informăm că prezenta solicitare de clarificare reprezintă în același timp și o notificare cu privire la intenția de a contesta caietul de sarcini (...)".*

Notificarea prealabilă constituie, potrivit art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, o condiție prealabilă de exercițiu al dreptului de contestare (Decizia nr..... din 28 septembrie 2016 a Curții de Apel....., Secția contencios administrativ și fiscal).

Solicitările de clarificare a documentației de atribuire (cum este în fapt și solicitarea contestatoarei din 28.11.....), ca acte de drept material, nu pot fi asimilate notificării prealabile, ca act procesual, nu doar conținutul, ci și regimul și efectele lor juridice fiind distincte.

Un operator economic nu se poate prevala de existența unei solicitări de clarificări pentru a susține îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

În situația admiterii susținerilor contestatoarei, s-ar ajunge în situația în care, orice solicitare de clarificări, ar putea fi calificată drept notificare prealabilă, ori un astfel de raționament ar eluda dispozițiile care reglementează procedura notificării prealabile, ar fi golită de orice conținut necesitatea parcurgerii acestei etape.

Procedura notificării prealabile instituie o obligație subiectului vătămat de a se adresa autorității care i-a produs vătămarea și să solicite acesteia remedierea pretinsei încălcări în materie, într-un anumit termen, expres prevăzut de art. 6 din Legea nr. 101/2016. În schimb posibilitatea de a solicita clarificări în legătură cu documentația de atribuire și termenul de răspuns la o astfel solicitare sunt reglementate de art. 160 din Legea nr. 98/2016.

Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care operatorul economic solicită explicații legate de cerințele documentației de atribuire sau eliminarea sau modificarea lor, nu poate fi considerată astfel și nici nu are ca efect nașterea dreptului de a formula contestație, în urma răspunsului autorității, împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă termenul de notificare prealabilă. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de notificare, s-ar ajunge la eludarea termenului impus de legiuitor.

S.C. ..... S.R.L. cunoștea aspectele reclamate din ..... încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă dililgență pentru a le notifica autorității în temenul legal, dacă dorea eliminarea/modificarea respectivelor cerințe. Termenul ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat obiectivul legii, dacă, sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări, operatorul economic ar putea să notifice ulterior, clauzele din ....., invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la propria adresă.

Atâta vreme cât legiuitorul a urmărit să existe un dialog prealabil între operatorii economici și autoritățile contractante, astfel încât acestea din urmă, în cazul în care consideră necesar, să poată adopta măsuri de remediere, este evident că acest dialog nu poate echivala cu o simplă solicitare de clarificări. Notificarea prealabilă este o procedură obligatorie care trebuie parcursă conform dispozițiilor legale și respectată cu strictețe, nefiind o procedură formală.

În sensul că solicitarea de clarificare nu are natura juridică a notificării prealabile este și Decizia nr. ..... din 15 martie ..... a Curții de Apel....., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În aceste condiții, reținând că până la data emiterii prezentei decizii, S.C. ..... S.R.L. nu a depus la dosarul cauzei documente din care să reiasă îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, respectiv dovada transmiterii notificării către autoritatea contractantă în termen de 10 zile, Consiliul constată că, în cauză, sunt incidente prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „(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 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. (...)”, motiv pentru care face aplicarea acestora și respinge contestația formulată de către S.C. ..... S.R.L., ca inadmisibilă.

Cele de mai sus conduc la concluzia că autoarea contestaţiei nu a respectat normele art. 6 alin. (1) și (10) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestaţia nefiind formulată în condițiile stabilite de legea în vigoare, ceea ce atrage sancţiunea respingerii ei ca inadmisibilă.

În temeiul art. 6 alin. (1) coroborat cu art. 26 alin. (1) și (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca inadmisibilă contestaţia formulată de S.C. ..... S.R.L., în contradictoriu cu ..... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....).

În ceea ce priveşte capătul de cerere, formulat de către S.C. ..... S.R.L., vizând suspendarea prezentei proceduri de achiziţie publică, până la soluţionarea contestaţiei, Consiliul îl respinge ca nefondat, având în vedere soluția pronunțată în prezenta cauză.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității formulării contestației de către S.C. ..... S.R.L., invocată din oficiu.

Respinge ca inadmisibilă contestația formulată de către S.C. ..... S.R.L., cu sediul în ....., şos. ...., nr. ....., ..., sector ....., în contradictoriu cu ..... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI .....), cu sediul în ....., b-dul....., nr. ....., judeţul .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (şapte) pagini.