

1. Aplicarea legii noi în materia achizițiilor publice. Notificarea prealabilă. Lipsa parcurgerii procedurii de notificare prealabilă

- Legea nr. 101/2016: art. 69 alin. (1)
- Legea nr. 101/2016: art. 6 alin. (1) și alin. (10)

Dispozițiile Legii nr. 101/2016 se aplică numai contestațiilor/ cererilor/ plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare.

În înțelesul 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, iar măsurile de remediere semnifică acele măsuri adoptate de autoritatea/entitatea contractantă, în urma primirii unei notificări prealabile/contestații, cu scopul de a corecta o decizie adoptată în cadrul unei proceduri de atribuire.

În lipsa dovezii parcurgerii procedurii de notificare prealabilă, contestația este inadmisibilă. Comunicarea contestației adresată Consiliului și către autoritatea contractantă, la aceeași dată, reprezintă un aspect distinct față de parcurgerea procedurii de notificare prealabilă.

(Decizia nr. 2404 din 02 august 2016, Secția contencios administrativ și fiscal)

Analizând plângerea formulată, Curtea reține următoarele:

Procedura de atribuire prin licitație deschisă a acordului cadru de prestări „Servicii de preparare hrană și catering, cod CPV: 555321000-6, a fost inițiată de către autoritatea contractantă, fiind publicată pe SEAP sub nr. 167284 la data de 07.04.2016.

Prin contestația nr. 222/06.06.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 17226/07.06.2016,

depusă de către SC P. SRL, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii, anularea adresei privind rezultatul procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante, în urma reanalizării ofertelor, la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire și a unei noi comunicări a rezultatului procedurii, conform art. 255 alin. (1) și art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Curtea reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 07.04.2016, contestația fiind trimisă și înregistrată la Consiliu la data de 06.06.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit dispozițiilor căreia – art. 238 „La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare; și a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26 mai 2016, prin urmare înainte de comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Dispozițiile art. 69 alin. (1) din Legea nr. 101 din 19 mai 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 prevăd că „Contestațiile/ Cererile/ Plângerile aflate în curs de soluționare la Consiliu/instanța de judecată la data intrării în vigoare a prezentei legi continuă să fie soluționate în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost depuse”. Alin. (2) al art. 69 alin. (1) din Legea nr. 101 din 19 mai

2016 prevede că dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare.

Astfel din punct de vedere procedural contestației și plângerii formulate îi sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 101 din 19 mai 2016.

În speță, sunt incidente următoarele prevederi legale, de imediată aplicare din Legea nr. 101/2016:

– art. 6 alin. (1), potrivit căruia: „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: (...) b) 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.

– art. 6 alin. (10), potrivit căruia: Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

– art. 8 alin. (1), conform căruia 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: (...) b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a

procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială 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, după caz.

– art. 8 alin. (2) conform căruia „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) conform căruia: „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”

Din documentele aflate la dosar, Curtea reține că la fila 83 dosar CNSC, se regăsește înscrisul intitulat notificare nr. 215 din 01.06.2016, înregistrat sub nr. 15954/01.06.2016 la autoritatea contractantă.

Prin acest înscris, petenta solicită punerea la dispoziție a dosarului achiziției, precum și a documentelor de calificare și eligibilitate a ofertantului câștigător, conform prevederilor legale în vigoare.

În înțelesul 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, iar măsurile de remediere semnifică acele măsuri adoptate

de autoritatea/entitatea contractantă, în urma primirii unei notificări prealabile/contestații, cu scopul de a corecta o decizie adoptată în cadrul unei proceduri de atribuire.

Prin urmare, înscrisul intitulat notificare nr. 215 din 01.06.2016, înregistrat sub nr. 15954/01.06.2016 la autoritatea contractantă nu reprezintă o notificare prealabilă în înțelesul Legii nr. 101/2016.

Răspunsul autorității contractante prin adresa nr. 16369/06.06.2016 – fila 72 din dosarul CNSC – este în sensul înaintării documentelor de calificare neconfidențiale ale ofertantului SC G.F.C. SRL și nu poate reprezenta o dovadă a îndeplinirii procedurii de notificare prealabilă.

Prin adresa nr. 229/09.06.2016 a SC P. SRL, urmare a adresei CNSC-ului nr. 17525/1204 – C7/09.06.2016 prin care se solicită în copie dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului acesteia, au fost transmise înscrisul intitulat notificare nr. 215/01.06.2016, răspunsul autorității contractante prin adresa nr. 16369/06.06.2016, precum și adresa societății nr. 223/06.06.2016 prin care se transmite autorității contractante copia contestație depusă la CNSC.

Înainte de a se adresa Consiliului, petenta avea obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice și în cazul în care se considera vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau dacă nu primea niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), putea 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.

Din documentele depuse de petentă, rezultă că autoarea contestației nu a făcut dovada parcurgerii procedurii de notificare prealabilă, prevăzută de Legea nr. 101/2016, înainte de a formula contestația nr. 222/06.06.2016 adresată Consiliului, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii, precum și a procesului-verbal de evaluare a ofertelor, astfel că în mod corect

Consiliul a respins contestația formulată ca inadmisibilă, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Comunicarea contestației adresate Consiliului, și către autoritatea contractantă, la aceeași dată, reprezintă un aspect distinct față de parcurgerea procedurii de notificare prealabilă, astfel încât este neîntemeiată susținerea petentei în sensul că prin aceasta s-ar face dovada parcurgerii procedurii de notificare prealabilă.

Față de faptul că prin decizia CNSC contestată a fost respinsă ca inadmisibilă contestația formulată, iar criticile formulate cu privire la modul de soluționare de către Consiliu al contestației formulate, sunt neîntemeiate, nu se mai impune analiza celorlalte critici formulate de petentă.

Față de aceste considerente, în temeiul art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Curtea va respinge plângerea formulată ca neîntemeiată.

2. Dovada notificării prealabile. Încălcarea procedurii administrativ-jurisdicționale

- Legea nr. 101/2016: art. 11 alin. (2)
- Legea nr. 101/2016: art. 6 alin. (1) și art. 26 alin. (1) și (6)

Atât contestația adresată, în principal, C.N.S.C., cât și notificarea prealabilă adresată, în principal, autorității contractante sunt noțiuni juridice distincte și care nu se pot substitui uneia alteia.

Nerespectarea procedurii de sesizare a C.N.S.C. și a procedurii de notificare prealabilă de remediere la autoritatea contractantă reprezintă o încălcare a procedurii administrativ-jurisdicționale suficient de gravă pentru a interveni sancțiunea inadmisibilității contestației.

(Decizia nr. 2411 din 16 august 2016, Secția contencios administrativ și fiscal)

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține următoarele:

Noțiunile juridice de contestație și notificare prealabilă de remediere sunt diferite și deci produc și efecte juridice distincte.

În primul rând, ca argument de topografie a textului legal, sunt reglementate prin articole diferite în Legea nr. 101/2016, iar notificarea prealabilă este așezată anterior contestației administrativ-jurisdicționale la CNSC.

În al doilea rând, potrivit art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, „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”.

În al treilea rând, textul legal reprezintă o norma specială și nu poate fi interpretat extensiv.

Așadar, atât contestația adresată în principal CNSC, cât și notificarea prealabilă adresată în principal autorității contractante sunt noțiuni juridice distincte și care nu se pot substitui uneia alteia.

În speță, contestația a depus numai contestație administrativ-jurisdicțională adresată atât CNSC, cât și autorității contractante. Din antetul și cuprinsul acestor contestații expediate la 18.07.2016 către ambele instituții, Curtea observa ca ambele au conținut identic și îmbracă forma cerută de art. 10 din Legea nr. 101/2016 pentru contestația administrativ-jurisdicțională.

De asemenea, din actele dosarului rezulta ca petenta nu a atașat la aceasta contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante, astfel cum indica art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Sușinerile petentei în sensul ca notificarea prealabilă este cea expediată la data 18.07.2016 către autoritatea contractantă (filele 9-12) nu pot fi reținute, deoarece aceasta are conținutul identic cu al contestației administrativ-jurisdicționale cu care a fost sesizat CNSC și nu îndeplinește condițiile prevăzute în Cap. II art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Or, nu se pot interpreta dispozițiile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 în sensul că la contestația administrativ jurisdicțională se mai atașează o altă contestație identică depusă la autoritatea contractantă, deoarece nu acesta este scopul urmărit de legiuitor.

Având în vedere ca petenta nu a respectat procedura de sesizare a CNSC și procedura de notificare prealabilă de remediere la autoritatea contractantă, Curtea apreciază ca aceasta încălcare a procedurii administrativ jurisdicționale este suficient de gravă pentru a interveni sancțiunea inadmisibilității contestației și apreciază ca soluția pronunțată de către CNSC în virtutea dispozițiilor art. 6 alin. (1) și 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 este legală și temeinică.

În considerarea argumentelor mai sus arătate, Curtea apreciază ca nu se mai impune verificarea elementelor referitoare la termenele legale și nici susținerile petentei pe fondul cauzei.

3. Inexistența autorității de lucru judecat. Lipsă notificare prealabilă

– Legea nr. 101/2016: art. 6 alin. (10)

Deși în plângere se aduc argumente în sprijinul aceluiași cereri de anulare a rezultatului procedurii, tripla identitate, sub aspectul obiectului dedus judecății, se raportează în mod distinct, la deciziile C.N.S.C. ce fac obiectul plângerilor și nu la actele de procedură de achiziție publică ce au generat litigiul judiciar.

Lipsa notificării constituie, potrivit art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, o condiție prealabilă de exercițiu a contestației adresată C.N.S.C., lipsa notificării ducând la inadmisibilitatea contestației.

(Decizia nr. 2719 din 28 septembrie 2016, Secția contencios administrativ și fiscal)

Analizând excepția autorității de lucru judecată, Curtea constată următoarele:

Astfel cum, în mod corect se susține în cauză, petenta a mai declanșat o procedură judiciară, formulând plângerea împotriva deciziei nr. 1287/C2/1584/22.07.2016, plângere respinsă ca inadmisibilă prin Decizia 2411/16.08.2016, plângere soluționată între același părți și cu aceeași cauză juridică și care privea tentativa de a fi anulat rezultatul procedurii nr. 82/12.07.2016, a actelor subsecvente, cu obligarea autorității contractante de a reevalua oferta petentei.

Ori ceea ce diferă este obiectul plângerii, în condițiile în care se susține, în speță, nelegalitatea și netemeinicia deciziei 1364/C2/1662 din 04.08.2016, act administrativ jurisdicțional distinct, dar prin care se analizează argumentele aduse de către petenta contestatoare în sprijinul acelorași cereri de anulare a rezultatului procedurii nr. 82/2016, a actelor subsecvente, cu obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de către petentă.

În acest sens, analiza triplei identități, sub aspectul obiectului dedus judecării se raportează în mod distinct, la deciziile CNSC ce fac obiectul celor două plângeri și nu la actele de procedură de achiziție publică ce au generat litigiul judiciar.

Astfel, în condițiile în care litigiul judiciar anterior apare a fi finalizat prin respingerea plângerii formulate împotriva unei decizii CNSC de respingere ca inadmisibilă a contestației, urmare a lipsei notificării formulată către autoritatea contractantă (inadmisibilitatea fiind reținută și în decizia atacată în prezenta plângere, pentru neîndeplinirea aceleiași condiții prelabile de exercițiu) autoritatea de lucru judecat nu operează.

În analiza condițiilor de exercițiu ale plângerii formulate împotriva deciziei CNSC 1364/C2/1662 din 04.08.2016, Curtea reține următoarele:

Atât contestația formulată împotriva actelor de procedură de achiziție publică – rezultatul procedurii nr. 82/12.07.2016, cât și plângerea aflată pe rolul instanței specializate, intră sub imperiul

Legii 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.

Devin aplicabile dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016, ce reglementează obligativitatea realizării notificării către autoritatea contractantă, sub sancțiunea respingerii contestației, de către CNSC, ca inadmisibilă.

În speță fiind aplicată această sancțiunea procesuală, prin decizia CNSC atacată, Curtea urmează să rețină că petenta tinde să combată temeiniciei deciziei CNSC, sub aspectul existenței notificării prealabile, susținând că aceasta a fost înaintată prin serviciile poștale, la data de 18.07.2016; dar, după cum rezultă din înscrisul prezentat la fila 26 din dosar, petenta a formulat contestație către CNSC, în temeiul O.U.G. nr. 34/2006, fără a se putea reține că petitul acesteia, în anularea rezultatului procedurii, a actelor subsecvente, urmat de reevaluarea ofertelor constituie solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în accepțiunea art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Prin decizia contestată, se reține lipsa notificării, ce constituie, potrivit art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, o condiție prealabilă de exercițiu a contestației adresate CNSC, iar astfel cum rezultă din dovezile administrate în cauză (inclusiv din considerarea ca înscris probatoriu al considerentelor deciziei nr. 2411/2016), petenta a formulat contestația expediată în 18.07.2016, fără anexarea notificării prealabile.

În aceste condiții, Curtea reține, în temeiul art. 34 alin. (5) raportat la art. 26 din Legea nr. 101/2016, faptul că CNSC a reținut în mod corect inadmisibilitatea contestației, ca efect al lipsei notificării prealabile adresată autorității contractante.

4. Ofertă neconformă. Erori aritmetice care pot fi clarificate în condițiile legii

- H.G. nr. 925/2006: art. 79 alin. (3)
- H.G. nr. 925/2006: art. 80 alin. (2)

Legea stabilește în mod limitativ cazurile în care o ofertă nu este considerată neconformă la situațiile în care este vorba de erori aritmetice. Tariful la manoperă reprezintă un element al propunerii financiare, iar modificarea acestuia prin clarificări emise pe parcursul evaluării nu poate fi apreciată ca reprezentând o eroare aritmetică sau viciu de formă, care să poată fi corectată potrivit art. 80 din H.G. nr. 925/2006.

Caracterul neconform al ofertei nu poate fi înlăturat prin modificarea structurii propunerii financiare ulterior depunerii ofertelor, o astfel de situație fiind de natură a crea un avantaj incorect ofertantului, în raport cu ceilalți ofertanți la procedură, care au înțeles să respecte obligația legală de a formula oferta în conformitate cu documentația de atribuire.

(Decizia nr. 2716 din 22 septembrie 2016, Secția contencios administrativ și fiscal)

Analizând plângerea SC E. SA la decizia CNSC, în raport de susținerile părților și dispozițiile legale incidente în cauza, Curtea constata următoarele:

Criticând soluția pronunțată de Consiliu, petenta a reiterat susținerile relative la modificările instituite prin H.G. nr. 1017/2015, intrată în vigoare în 01.05.2016 care, în opinia acesteia, cad sub incidența art. 6 NCC, sens în care legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare, fără putere retroactivă.