

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. 321 / C7 / 271

Data: 10.02.2023

Prin contestația nr. 239/03.02.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 5701/03.02.2023, depusă de (...), cu sediul social în, reprezentată de domnul - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de (...), cu data-limită de depunere a ofertelor 19.10.2022, anunț de participare simplificat nr. (...)/03.10.2022, organizată de (...), cu sediul în str., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea raportului procedurii de atribuire și a proceselor-verbele de evaluare a ofertelor.

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 (...) reclamă decizia autorității contractante (...) de a desemna câștigătoare oferta asocierii (...), în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, din documentele financiare depuse de asociere, nu rezultă îndeplinirea condiției din fișa de date privind asigurarea cash flow-ului necesar și, prin urmare, în mod netemeinic a fost declarată câștigătoare. Autoritatea contractantă, în loc să elimine oferta, a solicitat transmiterea de noi documente, ceea ce excedează dispozițiilor legale aplicabile.

Referitor la termenul de formulare a contestației, susține că acesta începe să curgă de la data la care (...) a avut posibilitatea de a analiza dosarul procedurii, doar de la respectiva dată cunoscând dosarul și motivele contestației.

În punctul său de vedere nr. 6574/07.02.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 6302/08.02.2023, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, în baza art. 8 alin. (1) lit. b), coroborat cu art. 16 alin. (1) și art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

La data de 26.01.2023, a adus la cunoștința ofertanților rezultatul procedurii de atribuire, atât prin publicarea în SEAP a raportului procedurii, cât și prin transmiterea comunicării rezultatului în mod individual ofertanților, prezentând capturi de ecran în dovedire. Prin urmare, termenul de contestare a început să curgă din ziua următoare datei la care ofertantul luat cunoștință de rezultatul procedurii, respectiv de la 27.01.2023, împlinindu-se la 02.02.2023. (...) a formulat contestația ulterior expirării termenului, la 03.02.2023.

În replică, prin adresa nr. 260/08.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 6541/09.02.2023, contestatorul solicită respingerea excepției tardivității contestației, precizând că aceasta din urmă este întemeiată pe date care reies din dosarul procedurii, nu pe cele menționate strict în raportul de atribuire. Practic, în urma studierii dosarului achiziției, la 02.02.2023, la sediul autorității contractante, a constatat neregularitățile invocate în cuprinsul contestației, care a fost formulată în ziua ulterioară studierii dosarului.

În plus, este aplicabil termenul de contestație de 10 zile, menționat în Directiva 89/665/CEE, iar jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (Hotărârea Universale-Bau și alții, punctul 78) reține că începerea curgerii termenului de introducere a căii de atac a actelor nelegale este legată de „momentul la care persoanele interesate au luat cunoștință de existența unei încălcări”. Termenul ar trebui să se raporteze la momentul la care a luat efectiv cunoștință de existența încălcării invocate, altfel dreptul său la o cale de atac ar fi fără substanță.

În concluzie, termenul de formulare a contestației începe să curgă din ziua imediat următoare luării la cunoștință despre actul considerat nelegal, respectiv 02.02.2023, ca urmare a studierii dosarului achiziției, iar contestația nu este tardivă.

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 03.10.2022, autoritatea contractantă (...) a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de lucrări (...), estimate valoric la 2.996.134,74, fără TVA.

La procedură au fost primite trei oferte, între care aceea a (...), clasată pe locul II, în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, iar câștigătoare a fost desemnată oferta asocierii (...). Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, (...) a investit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 59.923 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 208867113/1, emisă de CEC Bank SA, Unitatea Vișeu de Sus, la data de 07.02.2023.

În analizarea excepției tardivității, invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul apreciază ca relevante următoarele dispoziții:

- art. 7 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

Art. 7. - (1) Autoritatea contractantă are obligația publicării unui anunț de participare și/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene în cazul achizițiilor a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:

a) 26.093.012 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de lucrări;

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractele de achiziție publică/acordurile-cadru și de a organiza concursurile de soluții care privesc achiziții publice a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1) prin aplicarea unei proceduri simplificate, cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

- art. 5 din Legea nr. 101/2016:

Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

- art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016:

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante 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) 7 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/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.

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

Art. 16. - (1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

Dat fiind că valoarea estimată a contractului este de 2.996.136,74 lei, fără TVA, mult mai mică decât pragul de 26.093.012 lei, fără TVA, prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că sunt aplicabile prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare fiind de șapte zile, nu zece.

În ceea ce privește incidența Directivei 89/665/CEE și a termenului de zece zile pe care ea îl instituie, contestatorul se află în eroare, întrucât respectiva directivă și cele privind achizițiile „se aplică numai contractelor a căror valoare depășește pragul prevăzut în mod expres în fiecare dintre directivele respective. Astfel, normele acestor directive nu sunt aplicabile contractelor a căror valoare nu atinge pragul stabilit de aceste directive” (Ordonanța din 17 octombrie 2018, Beny Alex, C-353/18, EU:C:2018:829, punctul 23, Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP

și Santoroso, C-147/06 și C-148/06, EU:C:2008:277, punctul 19,

Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punctul 15, precum și Ordonanța din 7 iulie 2016, Sá Machado & Filhos, C-214/15, nepublicată, EU:C:2016:548, punctul 29).

În aceeași direcție sunt, de exemplu, și Ordonanța din 12 noiembrie 2020, Novart Engineering, C-170/20, EU:C:2020:908, Ordonanța din 7 iulie 2016, M., C-129/15, EU:C:2016:540, Hotărârea din 20 mai 2010, Germania/Comisia, T-258/06, EU:T:2010:214, Hotărârea din 21 martie 2019, Unareti, C-702/17, EU:C:2019:233, Hotărârea din 14 iulie 2016, Promoimpresa și alții, C-458/14 și C-67/15, EU:C:2016:558, precum și Hotărârea din 14 noiembrie 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736. În consecință, cum procedura simplificată în discuție nu depășește pragul de 5.225.000 euro pentru contractele de achiziții publice de lucrări stabilit art. 4 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice, normele invocate de contestatoare nu îi sunt aplicabile.

Din parcurgerea conținutului contestației rezultă că aceasta este formulată „împotriva raportului procedurii nr. 149L/26.01.2023, [contestatoarea] solicitând respectuos admiterea acesteia și, în consecință: anularea raportului și a proceselor-verbale de evaluare a ofertelor”.

La data de 26.01.2023, autoritatea contractantă a adus la cunoștința ofertanților, prin intermediul SEAP, rezultatul procedurii ce face obiectul prezentei contestații, atât prin publicarea raportului procedurii, cât și a comunicărilor individuale, însemnând că autorul a luat cunoștință, la respectiva dată, de rezultatul pe care îl atacă. Termenul de contestare a rezultatului, calculat potrivit art. 5 alin. (1) și art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, a început să curgă la 27.01.2023 (prima zi a termenului) și s-a împlinit la 02.03.2023, ora 24 (joi, zi lucrătoare). Verificând îndeplinirea obligației referitoare la transmiterea contestației, atât către Consiliu cât și către autoritatea contractantă, în termenul calculat anterior, se observă că societatea (...) nu și-a îndeplinit această obligație, transmițând Consiliului și autorității contestația la 03.02.2023.

Alegația contestatorului, că termenul trebuie să curgă de la momentul la care a studiat dosarul achiziției la autoritatea contractantă, nu poate fi reținută, întrucât s-ar încălca în mod flagrant dispozițiile legale redactate mai sus și ar lăsa la discreția oricărui ofertant începerea curgerii termenului (pentru fiecare ar curge un termen diferit, în funcție

de când alege să studieze dosarul, inclusiv după mai multe săptămâni sau luni). În speță, cele șapte zile statuate la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 sunt instituite tocmai pentru ca persoanele interesate să poată studia dosarul achiziției publice și să își motiveze o eventuală contestație. Ține de culpa exclusivă a (...) faptul că a preferat să ceară (...) SA accesul la dosarul achiziției publice abia la 01.02.2023, deși îi era cunoscut rezultatul competiției încă din 26.01.2023.

După cum a remarcat și Curtea Constituțională, în Decizia nr. 190 din 18 martie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 754 din 3 august 2021:

33. Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice.

[...]

36. Așadar, interesul public cere ca aceste proceduri să se desfășoare cu celeritate și să respecte exigențele care decurg din prevederile constituționale. De altfel, măsurile instituite prin Legea nr. 101/2016 sunt justificate prin chiar scopul întregului ansamblu legislativ în materia achizițiilor publice. Este vorba despre asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială [art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice], precum și despre 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 [art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016]. Se are în vedere că finalitatea acestor proceduri de achiziție este strâns legată și de anualitatea și execuția bugetară, de alocarea unor fonduri atât din bugetul național, cât și din fondurile Uniunii Europene. De asemenea, se ține cont că eventualele încălcări ale termenelor stabilite prin contractele de finanțare produc consecințe ce pot fi asimilate neregulilor și pot fi sancționate de autoritățile competente prin rezilierea contractelor de finanțare, aplicarea unor corecții financiare sau chiar suspendarea sau respingerea parțială sau totală la plată a cererilor pentru asemenea fonduri, fie că este vorba despre operațiuni anuale, fie despre operațiuni multianuale. Prin urmare, trebuie avut în vedere și interesul național, nu numai cel particular.

37. Toate aceste aspecte concură la realizarea cu transparență a procedurilor, desfășurarea **cu celeritate a proceselor în materia achizițiilor publice**, atât în scopul evitării tergiversării, cât și pentru realizarea obiectivului pentru care a fost adoptat cadrul legislativ respectiv, totodată avându-se în vedere antrenarea și responsabilizarea tuturor celor care au un interes în finalitatea procedurilor de achiziție publică, cu precădere a participanților la procedură - autoritatea contractantă, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

Elocventă este și Decizia nr. 533 din 2 iulie 2020, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1195 din 8 decembrie 2020:

19. În ceea ce privește principiul accesului liber la justiție consacrat de Legea fundamentală, acesta implică, între altele, adoptarea de către legiuitor a unor reguli de procedură clare, în care să se stipuleze cu precizie condițiile și **termenele** în care justițiabilii își pot exercita drepturile lor procesuale, inclusiv cele referitoare la căile de atac împotriva hotărârilor pronunțate de instanțele de judecată (Decizia Curții Constituționale nr. 189 din 2 martie 2006 [...]), astfel încât să fie reglementată respectarea pentru toate părțile a garanțiilor care caracterizează dreptul la un proces echitabil, inclusiv cu privire la posibilitatea de a fi contestate deciziile adoptate în procedura administrativ-jurisdicțională, astfel cum a reținut Curtea Constituțională cu privire la constituționalitatea acestor proceduri administrativ-jurisdicționale, condiționată de posibilitatea supunerii controlului judecătoresc.

20. Prin urmare, Curtea constată că, din această perspectivă, în materia achizițiilor publice nu este îngreunat dreptul de acces liber la justiție. Dimpotrivă, sunt prevăzute căi/posibilități alternative de contestare a întregii proceduri atât pe cale judiciară direct în fața instanței de judecată, cât și pe cale administrativ-jurisdicțională. Or, prevederile art. 16 din

Legea nr. 101/2016 reglementează o condiție de admisibilitate a unei acțiuni formulate pe cale administrativ-jurisdicțională, respectiv stabilesc faptul că, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului [...], cât și autorității contractante, dar **nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare**. În acest context, Curtea observă că se preconstituie chiar accesul la instanțele de judecată, respectiv calea de atac împotriva actului administrativ-jurisdicțional – decizia Consiliului [...].

21. Curtea reiterează faptul că accesul la justiție nu este un drept absolut, putând fi limitat prin anumite condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție. Stabilirea unor condiționări pentru introducerea acțiunilor în justiție nu constituie, în sine, o încălcare a accesului liber la justiție, el presupunând accesul la mijloacele procedurale prin care se înfăptuiește justiția, fiind de competența exclusivă a legiuitorului să instituie regulile de desfășurare a procesului în fața instanțelor judecătorești, soluție ce rezultă din dispozițiile art. 126 alin. (2) din Constituție (Decizia Plenumului Curții Constituționale nr. 1 din 8 februarie 1994 [...]). [...]

22. Or, aplicând considerentele de principiu în privința stabilirii anumitor condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție, nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit cerința comunicării contestației și autorității contractante, **care trebuie realizată până la expirarea termenului legal de contestare**, atunci când persoana interesată să promoveze o acțiune urmează calea contestației în fața Consiliului [...], mai ales că este vorba de o procedură administrativ-jurisdicțională facultativă, opțională și alternativă.

23. Mai mult, în această etapă, prin aceste cerințe și condiționări, autoritatea contractantă are tot interesul să cunoască cu maximă celeritate dacă se contestă rezultatele procedurii de atribuire a contractelor, pentru a putea adopta o conduită care să asigure garanția respectării legii[,] și să cunoască, în concret, căile de atac utilizate de [contestator], respectiv dacă a ales contestarea pe cale judiciară sau s-a adresat Consiliului [...], pentru a se evita folosirea concomitentă a acestora, întrucât legea permite numai folosirea alternativă (a se vedea în acest sens și Decizia nr. 701 din 27 noiembrie 2014 [...]). De asemenea, interesul public cere ca aceste proceduri să se desfășoare cu celeritate și să respecte exigențele care decurg din prevederile constituționale. De altfel, măsurile instituite prin Legea nr. 101/2016 sunt justificate prin chiar scopul întregului ansamblu legislativ în materia achizițiilor publice, respectiv asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială [art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice], precum și 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 [art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016], avându-se în vedere că finalitatea acestor proceduri de achiziție este strâns legată și de anualitatea și execuția bugetară, de alocarea unor fonduri atât din bugetul național, cât și din fondurile Uniunii Europene, mai ales că eventualele încălcări ale termenelor stabilite prin contractele de finanțare produc consecințe ce pot fi asimilate neregulilor și pot fi sancționate de autoritățile competente prin rezilierea contractelor de finanțare, aplicarea unor corecții financiare sau chiar suspendarea sau respingerea parțială sau totală la plată a cererilor pentru asemenea fonduri, fie că este vorba despre operațiuni anuale sau despre operațiuni multianuale. Prin urmare, trebuie avut în vedere și interesul național, nu numai cel particular.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, și va respinge ca atare contestația.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) din actul normativ anterior menționat.

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

Respinge, ca tardivă, contestația (...) nr. 239/ 03.02.2023, în contradictoriu cu (...).

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

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.