CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 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 Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația nr. 121/09.11.2018, depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 46687/09.11.2018, care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, IC ...AS, în calitate de lider al asocierii IC ...AS - ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Camera de Comerț ..., reprezentată statutar de ...- Președinte al Consiliului de Administrație și ... - Membru al Consiliului și convențional de Societatea Civilă de Avocați ..., cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în municipiul ..., a contestat adresa nr. 13B/5178/30.10.2018 denumită „Informare finalizare etapă reevaluare Propuneri Financiare", document întocmit în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Varianta de ocolire Bacău", coduri CPV 45233120-6, 45221111-3 și 71322500-6 (Rev.2), inițiată de ... SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul municipiul ... și a solicitat obligarea autorității contractante la anularea deciziei prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, comunicată prin adresa nr. 13B/5178/30.10.2018 și la anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii și a actelor subsecvente, inclusiv a adresei nr. 13B/5178/30.10.2018, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 209/26.11.2018, transmisă în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 49294/27.11.2018, care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, prin care IC ...AS, în calitate de lider al asocierii IC ...AS - ... SRL, având același date de identificare mai sus menționate, reprezentată

convențional de Societatea Civilă de Avocați ..., a contestat adresa nr. 78848/15.11.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a solicitat obligarea autorității contractante la anularea deciziei prin care oferta asocierii SC ...– SC ... SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, la anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, inclusiv a raportului procedurii și a adresei nr. 78848/15.11.2018 și reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea SC ...– SC ... SRL, de la verificarea admisibilității acesteia.

SC ...SRL, în calitate de lider al asocierii SC ...– SC ... SRL, ofertant declarat câștigător în procedură, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dna. ..., în calitate de administrator și convențional, de Cabinet de Avocat ..., cu sediul în municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a formulat cererea de intervenție nr. 190/13.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 47269/14.11.2018, în cauza care formează obiectul dosarului nr. **...**, completată prin adresa nr. 194/19.11.2018, transmisă prin mijloace electronice și în original, înregistrată la CNSC sub nr. 48135/20.11.2018, respectiv, sub nr. 48195/20.11.2018, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de IC ...AS.

SC ...SRL, în calitate de lider al asocierii SC ...– SC ... SRL, ofertant declarat câștigător în procedură, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dna. ..., în calitate de administrator și convențional, de Cabinet de Avocat ..., cu sediul în municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a formulat cererea de intervenție nr. 203/28.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 49674/28.11.2018, în cauza care formează obiectul dosarului nr. **...**, completată prin adresa nr. 216/06.12.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 50747/06.12.2018, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de IC ...AS.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor 2 (două) contestații.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, IC ...AS consideră ca fiind eronată încadrarea în drept a respingerii ofertei, respectiv dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. i) din Legea nr. 98/2016 nefiind de natură să fundamenteze o astfel de decizie.

De asemenea, contestatoarea consideră „nereală” afirmația ... din adresa nr. 13B/5178/30.10.2018 conform căreia comisia de evaluare ar fi procedat la punerea în aplicare a deciziilor CNSC anterioare prin reevaluarea propunerii financiare a asocierii sale, susținând că nu i-a fost adresată nicio solicitare de clarificări cu privire la ofertă ulterior Deciziei CNSC nr. .../13.08.2018.

În continuare, contestatoarea invocă dispozițiile art. 64 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 52 din HG nr. 395/2016, arătând că, raportat la conținutul solicitării de prelungire a valabilității ofertei și garanției de participare, nu poate fi incidentă nicio astfel de situație de excepție de la regula comunicării prin mijloace electronice a actelor emise de autoritatea contractantă.

Astfel, contestatoarea aduce la cunoștință că ... a inițiat un apel de tip fax către numărul +902123387124 ce nu a fost indicat de către societatea sa în cuprinsul ofertei pentru comunicarea cu autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, în cuprinsul DUAE, la rubrica „Informații privind operatorul economic" nefiind menționat niciun număr de fax, ci exclusiv un număr de telefon și o adresă de poștă electronică (email).

IC ...AS învederează că adresa nr. 68052/02.10.2018 la care face referire ... și care cuprinde solicitarea de prelungire a termenului de valabilitate a ofertei și a garanției de participare nu a fost recepționată de către societatea sa, din documentul „Raport Transmisie" al aparatului Xerox „VersaLinkC7030 Multifunction Printer" nerezultând decât finalizarea unei operațiuni și nicidecum recepția documentului de către aparatul de fax al numărului de destinație. Sub acest aspect, contestatoarea invocă practica CNSC și a instanțelor de judecată, potrivit cărora autoritatea contractantă este obligată să verifice primirea efectivă de către destinatar a documentelor transmise prin fax, nefiind suficient raportul aparatului prin care se confirmă exclusiv inițierea unei comunicații de tip fax.

Totodată, contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă omite să precizeze în adresa de comunicare a deciziei de respingere a ofertei că, la momentul adoptării respectivei decizii, oferta și garanția de participare erau valabile. Astfel, în lipsa unei solicitări de prelungire a acestora, societatea sa ar fi procedat voluntar la prelungirea valabilității respectivelor documente, situație de fapt „ignorată în mod abuziv de către ...".

Față de acest aspecte, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nesocotește scopul valabilității ofertei și a garanției de participare, în contextul în care nu a intervenit o situație care să impună executarea garanției de participare în perioada în care ... nu s-a aflat în posesia acesteia prelungite (fără întreruperea valabilității) și nici nu s-a aflat în poziția de a semna contractul de achiziție publică fără să existe o ofertă valabilă, fiind, evident, excesivă decizia de respingere.

Față de cele de mai sus, IC ...AS solicită admiterea contestației cu consecința obligării autorității contractante la anularea actelor criticate și la reevaluarea ofertei sale, urmând a se continua procedura de achiziție cu respectarea deciziei CNSC nr. .../13.08.2018.

În final, IC ...AS solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației sale, IC ...AS a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Contestația a fost însoțită de Recipisa de consemnare nr. 205031973/1 din 08.11.2018, în original, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000 lei.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 190/13.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 47269/14.11.2018, în cauza care formează obiectul dosarului nr. **...**, completată prin adresa nr. 194/19.11.2018, transmisă prin mijloace electronice și în original, înregistrată la CNSC sub nr. 48135/20.11.2018, respectiv, sub nr. 48195/20.11.2018, formulată de SC ...SRL, în calitate de lider al asocierii SC ...– SC ... SRL, ofertant declarat câștigător în procedură, reprezentată convențional de Cabinet de Avocat ..., prin care a solicitat respingerea contestației formulată de IC ...AS.

Intervenienta arată că societatea sa a fost declarată câștigătoare în cadrul procedurii ce face obiectul cauzei, solicitând accesul la dosarul achiziției publice în vederea motivării cererii sale de intervenție, respectiv la contestație și la actele anexate acesteia.

Prin adresa nr. 47601/3316 C5/15.11.2018, Consiliul a invitat intervenienta SC ..., la data de 16.11.2018, în vederea studierii dosarului cauzei, respectiv, a contestației și anexelor la aceasta.

Prin adresa nr. 92/79267/16.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 47845/16.11.2018, autoritatea contractantă ... a transmis documentele din dosarul achiziției publice, ulterioare emiterii Deciziei CNSC nr. .../20.09.2018.

Intervenienta asocierea SC ...SRL – SC ... SRL a comunicat, prin adresa nr. 194/19.11.2018, transmisă prin mijloace electronice și în original, înregistrată la CNSC sub nr. 48135/20.11.2018, respectiv, sub nr. 48195/20.11.2018, cererea de intervenție completată în fapt și în drept.

Intervenienta aduce la cunoștință că în cadrul prezentei proceduri, la prima solicitare a autorității contractante de prelungire a valabilității ofertei și a garanției de participare, transmisă pe același număr de fax (+90.212.338.71.24), autoarea contestației a „reacționat imediat”, transmițând către ..., tot prin intermediul aceluiași fax, adresa sa nr. 122/03.08.2018 de prelungire a ofertei sale până la data de 12.10.2018, iar cu adresa nr. 123/09.08.2018, prelungirea garanției de participare până la data de 12.10.2018.

Intervenienta consideră legală decizia autorității contractante, de a declara oferta contestatoarei ca fiind inacceptabilă.

Prin adresele nr. 48433/3316 C5/21.11.2018 și nr. 48434/3316 C5/21.11.2018, Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

Autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea CNSC nr. 48433/3316 C5/21.11.2018, prin adresa nr. 92/80374/22.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 48736/22.11.2018, susținând că SC ...SRL are un interes legitim în formularea cererii de intervenție, având în vedere că este declarată câștigătoare a procedurii.

Prin adresa nr. 92/80501/22.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 48677/22.11.2018, autoritatea contractantă ... SA a comunicat punctul de vedere referitor la contestația formulată de IC ...AS.

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință că, după primirea Deciziei CNSC nr. .../20.09.2018, ce o menține pe aceea emisă sub nr. .../13.08.2018, membrii comisiei de evaluare au procedat la reevaluarea propunerii financiare și a răspunsului la clarificările privind justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut în baza celor menționate în motivarea CNSC. De asemenea, comisia de evaluare a verificat valabilitatea ofertelor și a garanțiilor de participare ale ofertanților înscriși în procedură și a constatat faptul că IC ...AS nu a răspuns la solicitarea de extindere a acestora, acestea expirând la data de 12.10.2018.

Astfel, se arată că prin adresa nr. 92/68052/02.10.2018 i s-a solicitat ofertantului prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, până la data de 14.12.2018, fără ca acesta să dea curs solicitării, drept urmare comisia de evaluare declarându-i oferta inacceptabilă și, în consecință, nemaiavând posibilitatea de a pune în aplicare Decizia CNSC prin solicitarea unor clarificări suplimentare.

În ceea ce privește mențiunea contestatoarei, potrivit căreia „este eronată încadrarea în drept a respingerii ofertei, dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. i) din Legea nr. 98/ 2016 nefiind de natură să fundamenteze o astfel de decizie”, autoritatea contractantă menționează că aceasta reprezintă o eroare de redactare la nivelul informării transmise acestuia, atât în procesul verbal din timpul evaluării, cât și în raportul procedurii de atribuire, încadrarea legală fiind corect realizată.

Având în vedere că autoarea contestației a transmis prelungirea ofertei și a garanției de participare, prin adresa nr. 92/72845/ 22.10.2018, anexând Actul Adițional nr. 2 din 19.10.2018 la contractul de asigurare Seria M Nr. 000025141 din 09.02.2018 și garanția de participare revizuită în data de 19.10.2018 (ulterior datei de expirare de 12.10.2018), cu valabilitate 13.12.2018, autoritatea contractantă precizează că acestea nu au putut fi acceptate, întrucât răspunsul ofertantului a fost transmis la o distanță de 10 zile după expirarea acestora.

Autoritatea contractantă învederează că în cadrul Acordului de Asociere, încărcat de contestatoare împreună cu oferta, este indicat același număr de fax, respectiv 00212.338.71.24, acesta fiind utilizat „și în cadrul altor proceduri aflate în desfășurare la care ofertantul s-a conformat și a răspuns în termenul acordat”.

Având în vedere că orice act adițional produce efecte pentru viitor, autoritatea contractantă arată că acesta nu putea fi emis în data de 19.10.2018, în cadrul căruia să se menționeze că se prelungește valabilitatea instrumentului de garantare de la 13.10.2018 până la 13.12.2018.

... consideră că lipsa de organizare internă a contestatoarei nu poate fi imputată autorității contractante, solicitând în cele ce urmează admiterea excepției lipsei calității procesuale active, întrucât nu mai are

calitatea de ofertant în cadrul procedurii, dar și a lipsei de interes în promovarea acțiunii, motivat de faptul că, deși avea cunoștință de expirarea valabilității ofertei începând cu data de 12.10.2018, a înțeles să sesizeze CNSC și implicit instanța de judecată.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestatoarei, autoritatea contractantă subliniază că, și în situația în care oferta acesteia ar fi considerată valabilă și, ulterior clarificării aspectelor judecate deja de CNSC cu privire la propunerea financiară, oferta ar fi declarată admisibilă, aceasta s-ar clasa pe locul al doilea, după aplicarea criteriului de atribuire stabilit în documentația de atribuire.

Astfel, ... precizează că în ipoteza în care Consiliul ar admite contestația, iar urmare a reevaluării, conform Deciziei CNSC nr. ... din 13.08.2018, rămasă definitivă prin decizia CNSC nr. ...din 20.09.2018, oferta IC ...AS ar fi declarată admisibilă, clasamentul revizuit al ofertanților ar fi următorul:

- asocierea ...SRL - ... SRL:
  - propunere tehnică – 40 puncte;
  - propunere financiară – 668.330.294,63 lei (55,55 puncte), rezultând un punctaj total de 95,55 puncte;
- asocierea IC ...A.S - ... SRL:
  - propunere tehnică – 35 puncte;
  - propunere financiară – 618.765.357,00 lei (60 puncte), rezultând un punctaj total de 95 puncte.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă arată că oferta contestatoarei s-ar clasa pe locul al doilea în clasament.

Având în vedere cele mai sus precizate, ... solicită admiterea excepțiilor invocate și respingerea contestației.

Prin adresa nr. 48461/3316 C5/21.11.2018, Consiliul a invitat contestatoarea, la data de 22.11.2018, în vederea studierii dosarului achiziției publice.

Contestatoarea IC ...AS a comunicat, prin adresa nr. 200/23.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 49062/26.11.2018, concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, prin care a reiterat faptul că autoritatea contractantă a încălcat obligația de utilizare a mijloacelor electronice, invocând practica Consiliului.

În ceea ce privește cererea de intervenție, contestatoarea combate toate motivele invocate de asocierea ...SRL - ... SRL în aceasta.

Consiliul a solicitat autorității contractante ..., prin adresa nr. 49255/3316 C5/27.11.2018, transmiterea tuturor documentelor întocmite/primite începând cu data de 06.11.2018, precum și oferta depusă de IC ...AS, având în vedere că documentele care au stat la baza deciziei nr. .../20.09.2018 au fost înaintate la dosarul nr. 7411/2/2018 al Curții de Apel București, pentru soluționarea plângerii formulată de contestatoare împotriva deciziei CNSC nr. .../20.09.2018.

Autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea CNSC nr. 49255/3316 C5/27.11.2018, prin adresa nr. 92/81761/28.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 49616/28.11.2018, depunând documentele.

Prin adresa nr. 49266/3316 C5/27.11.2018, Consiliul a informat intervenienta despre faptul că poate transmite susțineri în referire la concluziile scrise formulate de contestatoare ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

...SRL a transmis, prin adresa nr. 200/28.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 49611/28.11.2018, concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, reiterând susținerile din cererea sa de intervenție.

În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, IC ...AS formulează critici cu privire la oferta depusă de ...SRL, în ceea ce privește următoarele aspecte:

- lipsa prezentării documentelor de calificare actualizate, conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016; încălcarea de către comisia de evaluare a dispozițiilor coroborate ale art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a principiului tratamentului egal prin solicitarea de prezentare și acceptarea unor noi documente de calificare;

- incidența motivelor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 raportat la existența unui document constatator negativ care nu a fost declarat de către subcontractantul CIS GAZ SA și care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale anterioare, fapt care a avut drept consecință producerea de prejudicii;

- neîndeplinirea cerinței privind experiența în executarea de lucrări similare, nefiind realizată dovada executării lucrărilor în perioada de referință menționată în documentația de atribuire;

- ofertarea unui preț neobișnuit de scăzut pentru activitățile de supraveghere arheologică, lucrările de poduri și consolidări terasamente, ca urmare a nerespectării cerințelor tehnice obligatorii ale documentației de atribuire.

În dovedirea contestației, autoarea acesteia a depus la dosar, în copie, actul atacat și dovada constituirii cauțiunii.

Prin adresa nr. 213/27.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 49525/28.11.2018, IC ...AS a transmis, în original, Recipisa de consemnare nr. 205072371/1 din 26.11.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000 lei.

Prin adresa nr. 49514/3422 C5/28.11.2018, Consiliul a solicitat IC ...AS să transmită, în original, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, completarea cuantumului cauțiunii cu suma de 660.000,00 RON, având în vedere faptul că s-a prezentat în copie, o recipisă de consemnare a cauțiunii, eliberată de Garanti Bank – Agenția Paris Centru Corporații, în valoare de 220.000 RON, cu mențiunea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, Consiliul a informat contestatoarea că în stabilirea valorii cauțiunii s-au avut în vedere dispozițiile art. 61^1 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018,

precum și valoarea ofertei desemnată câștigătoare, așa cum rezultă din adresa nr. 92/78848/15.11.2018, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, existentă în dosarul nr. ... (conexat cu ...).

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a formulat cererea de intervenție nr. 203/28.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 49674/28.11.2018, în cauza care formează obiectul dosarului nr. ..., completată prin adresa nr. 216/06.12.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 50747/06.12.2018, de către SC ...SRL, în calitate de lider al asocierii SC ...– SC ... SRL, ofertant declarat câștigător în procedură, reprezentată convențional de Cabinet de Avocat ..., prin care a solicitat respingerea contestației formulată de IC ...AS.

Intervenienta arată că societatea sa a fost declarată câștigătoare în cadrul procedurii ce face obiectul cauzei, solicitând accesul la dosarul achiziției publice în vederea motivării cererii sale de intervenție.

IC ...AS a răspuns la solicitarea CNSC nr. 49514/3422 C5/28.11.2018, prin adresa nr. 238/03.12.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 50160/03.12.2018, invocând dispozițiile art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016 și susținând că, raportat la acest text de lege, a constituit cauțiunea în cuantum de 220.000 lei, astfel cum a procedat și pentru toate celelalte contestații formulate anterior în cadrul procedurii de atribuire.

Contestatoarea consideră că interpretarea Consiliului, care adaugă la lege, este eronată în condițiile în care textul de lege invocat de CNSC nu echivalează valoarea ofertei câștigătoare cu „valoarea stabilită" a contractului de achiziție publică, această noțiune de „valoarea stabilită" fiind valabilă exclusiv în situația în care contractul de achiziție publică este încheiat în mod valabil, moment în care valoarea ofertei câștigătoare reprezintă prețul contractului. Sub acest aspect, se face trimitere la practica CNSC, precum și la Decizia Curții Constituționale nr. 2/2015.

Prin urmare, contestatoarea consideră că fiind legal constituită cauțiunea în cuantum de 220.000 lei.

În referire la răspunsul contestatoarei nr. 238/03.12.2018, Consiliul, prin adresa nr. 50345/3422 C5/04.12.2018, a comunicat IC ...AS faptul că în stabilirea valorii cauțiunii s-au avut în vedere dispozițiile art. 61^1 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, precum și valoarea ofertei desemnată câștigătoare (668.330.294,62 lei, fără TVA), așa cum rezultă din adresa nr. 92/78848/15.11.2018, privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, acest aspect fiind clarificat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, potrivit căreia: „(...) prevederile art. 61^1 alin. (1) lit. a) și c) din Legea nr. 101/2016 se referă la contestațiile ce vizează un act al autorității contractante produs înaintea stabilirii câștigătorului, în timp ce prevederile art. 61^1 alin. (1) lit. b) și d) din Legea nr. 101/2016 se referă la contestațiile ce vizează un act al autorității contractante produs după stabilirea câștigătorului și implicit a valorii contractului". Astfel, CNSC i-a precizat contestatoarei că are obligația să transmită, în original, în cadrul

termenului acordat, sub sancțiunea respingerii, ca inadmisibilă a contestației, completarea cuantumului cauțiunii cu suma de 660.000,00 RON.

IC ...AS a răspuns la solicitarea CNSC nr. 50345/3422 C5/04.12.2018, prin adresa nr. 261/06.12.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 50760/06.12.2018, prin care a reiterat faptul că societatea sa a constituit cauțiunea, în mod legal. Sub acest aspect, contestatoarea invocă Decizia ÎCCJ, potrivit căreia „contractul de achiziție publică ce urmează a fi încheiat are doar o valoare estimată, care nu este corespunzătoare valorii finale consemnate în contractul ce urmează a fi încheiat după finalizarea procedurii de atribuire”.

Astfel, contestatoarea interpretează faptul că valoarea stabilită este valabilă în situația în care contractul este încheiat în mod valabil, moment în care valoarea ofertei câștigătoare reprezintă prețul contractului, până la momentul semnării contractului neputând fi vorba decât de o valoare estimată a contractului, în funcție de care există obligația constituirii cauțiunii.

În ceea ce privește punctul de vedere al ANAP, invocat în adresă, contestatoarea subliniază că nu are cunoștință de conținutul acestuia, adăugând totodată, faptul că punctele de vedere emise de ANAP nu au caracter obligatoriu, acesta adăugând la lege, aspect ce este interzis.

În final, IC ...AS reiterează constatarea ca fiind legal constituită a cauțiunii în valoare de 220.000 lei.

Prin adresa nr. 216/06.12.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 50747/06.12.2018, intervenienta SC ...a comunicat motivarea în fapt și în drept a cererii de intervenție, prin care a combătut toate criticile aduse de contestatoare în conținutul contestației sale.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Prin actul de sesizare a Consiliului, IC ...AS a formulat critici cu privire la propunerea tehnică și financiară ofertată de asocierea SC ...– SC ... SRL și a solicitat acces la dosarul achiziției publice.

De asemenea, asocierea SC ...– SC ... SRL, intervenientă în prezentul dosar a solicitat accesul la dosarul achiziției publice.

Pentru a stabili care documente vor fi puse la dispoziția contestatoarei/intervenientei pentru a fi studiate la sediul CNSC, Consiliul a procedat la verificarea documentelor transmise de autoritatea contractantă.

Astfel, Consiliul reține următoarele:

- asocierea IC ...AS - ... SRL (contestatoarea) a declarat confidențială propunerea tehnică (integral), inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări și propunerea financiară (integral), inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări;
- asocierea SC ...– SC ... SRL (intervenienta) a declarat confidențiale propunerea tehnică (integral), propunerea financiară (integral).

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția părților, care și-au manifestat dorința de a studia dosarului cauzei, propunerea tehnică și financiară a contracandidatului.

Pentru a decide astfel, Consiliul a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând părții, care la rândul său a invocat caracterul confidențial al propunerii sale tehnice și financiare, accesul la documentele similare ale contracandidatului.

În consecință, Consiliul a decis să pună la dispoziția atât a contestatoarei, cât și a intervenientei întregul dosar al achiziției publice al cărui conținut este prevăzut de dispozițiile art. 148 din HG nr. 395/2016, inclusiv formularele de ofertă și răspunsurile la clarificări, care fac parte integrantă din dosarul achiziției publice [art. 148 lit. j) și l) din HG nr. 395/2016].

Din documentele depuse de părți la dosarul cauzei și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Varianta de ocolire Bacău", coduri CPV 45233120-6, 45221111-3 și 71322500-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul pentru primirea ofertelor la 12.02.2018, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț" și o valoare totală estimată, fără TVA, de 773.650.651 lei.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire au fost formulate următoarele contestații:

- contestațiile formulate de asocierea SC ...SRL - .../SRLU – ... SRL – ...-92 AD – ... SRL și asocierea SC ... SRL - ... SRL – ... SPA – SC ... – ... SRL, împotriva comunicărilor rezultatului etapei de evaluare tehnică, soluționate prin decizia nr. 1879/C5/1982/2044/04.07.2018, prin care au fost dispuse următoarele:

„Ia act de renunțarea la contestația formulată de SC ...SRL (Dosar nr. 1982/2018), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... SA.

Respinge contestația formulată de SC ... SRL (Dosar nr. 2044/2018), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... SA, ca inadmisibilă pentru neconstituirea cauțiunii conform prevederilor legale.

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

- contestația formulată de asocierea IC ...AS - ... SRL împotriva adresei nr. 13B/1731/12.07.2018 reprezentând comunicarea rezultatului etapei de evaluare financiară, soluționată prin decizia nr. .../13.08.2018, prin care au fost dispuse următoarele:

„Respinge, ca nefondată, excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de IC ...AS în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... SA.

Anulează, în parte, procesul verbal nr. 13B/1723/12.07.2018 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta contestatoarei, și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea acestei oferte, conform celor reținute în motivare, prevederilor documentației de atribuire și dispozițiilor legale în vigoare.

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

Decizia nr. .../13.08.2018 nu a fost atacată cu plângere la instanța de judecată.

- contestația formulată de asocierea IC ...AS - ... SRL împotriva adresei nr. 56373/09.08.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, soluționată prin decizia nr. .../20.09.2018, prin care au fost dispuse următoarele:

„Respinge, ca nefondată, contestația formulată de IC ...AS, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... SA.

Admite cererea de intervenție formulată de asocierea SC ...– SC ... SRL.

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

Decizia nr. .../20.09.2018 a fost atacată cu plângere de către contestatoarea IC ...AS, la Curtea de Apel București, formându-se dosarul nr. 7411/2/2018. Curtea de Apel București a soluționat plângerea, prin decizia nr. 6498/2018 din data de 22.11.2018, prin care aceasta a fost respinsă. Astfel, decizia CNSC a rămas definitivă.

În cauza care formează obiectul prezentelor dosare, asocierea SC ...– SC ... SRL a transmis Consiliului, la data de 19.11.2018, respectiv, data de 06.12.2018, cererile de intervenție înregistrate la CNSC sub nr. 48135/20.11.2018, respectiv, sub nr. 50747/06.12.2018, solicitând admiterea acestora și respingerea contestațiilor.

Analizând conținutul cererilor de intervenție, Consiliul apreciază că acestea prezintă natura juridică a unor cereri de intervenție accesorii, deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație*" și având în vedere faptul că la data de 12.11.2018, respectiv, 27.11.2018, autoritatea contractantă a încărcat în SEAP contestațiile formulate de IC ...AS, Consiliul constată că cererile de intervenție, transmise Consiliului la datele de 19.11.2018, respectiv, 06.12.2018, sunt formulate în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Cod proc.civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză asocierea SC ...– SC ... SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererile sale privesc menținerea deciziei autorității

contractante, Consiliul admite, în principiu, cererile de intervenție formulate de aceasta.

Preliminar analizării contestațiilor formulate de IC ...AS, Consiliul apreciază că autoarea contestației ar putea avea șansa de a i se atribui prezentul contract, doar în situația în care, atât criticile formulate cu privire la decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, cât și cele cu privire la decizia de a stabili ofertantul câștigător, s-ar dovedi a fi întemeiate. Numai în ipoteza în care Consiliul ar dispune reevaluarea celor două oferte, deci admiterea ambelor contestații, autoarea contestației ar avea șansa de a deveni ofertant câștigător. În situația în care una din cele două contestații formulate de IC ...AS va fi respinsă de Consiliu, nu va mai avea nicio finalitate analizarea celeilalte contestații, întrucât aceasta ar fi lipsită de interes.

În ceea ce privește contestația care formează obiectul Dosarului nr. ..., formulată de IC ...AS, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, Consiliul analizează inadmisibilitatea contestației, pentru neconstituirea cauțiunii, întrucât la data de **04.06.2018** a intrat în vigoare OUG nr. 45/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice, care a modificat Legea nr. 101/2016, în sensul că a introdus art. 61^1, potrivit căruia *„Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sau art. 49, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauțiune stabilită după cum urmează: (…)”.*

Prezenta contestație vizează rezultatul final al procedurii, respectiv decizia autorității contractante de stabilire a câștigătorului.

Atașat contestației, IC ...AS a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 205072371/1 din 26.11.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000 lei.

Prin adresele nr. 49514/3422 C5/28.11.2018 și nr. 50345/3422 C5/04.12.2018, Consiliul a pus în vedere contestatoarei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, să transmită, în original, completarea cuantumului cauțiunii cu suma de 660.000,00 RON, având în vedere dispozițiile art. 61^1 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, precum și valoarea ofertei desemnată câștigătoare, așa cum rezultă din adresa nr. 92/78848/15.11.2018, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, existent în dosarul nr. ... (conexat cu ...).

Contestatoarea a răspuns acestor solicitări, în cadrul termenului acordat de CNSC, prin adresele nr. 238/03.12.2018 și nr. 261/ 06.12.2018, înregistrate la CNSC sub nr. 50160/03.12.2018, respectiv sub nr. 50760/06.12.2018, fără a completa cauțiunea în cuantumul solicitat de Consiliu.

În soluționarea cauzei sunt relevante dispozițiile legale:

- art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2016, potrivit cărora:

„(1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sau art. 49, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauțiune după cum urmează:

a) 2% din valoarea estimată a contractului, în cazul în care aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 35.000 lei;

b) 2% din valoarea stabilită a contractului, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 88.000 lei;

c) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei;

d) 2% din valoarea stabilită a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 880.000 lei”*;*

- art. 12 alin. (2) din Legea nr. 24/2000, conform cărora:

„(2) Ordonanțele de urgență ale Guvernului intră în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, sub condiția depunerii lor prealabile la Camera competentă să fie sesizată, dacă în cuprinsul lor nu este prevăzută o dată ulterioară”.

Prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 16.12.2017, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 181487/16.12.2017, astfel că, potrivit art. 236 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, acesteia îi sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016. Procedurile de atribuire sunt expres și limitativ prevăzute de lege și reprezintă etapele ce trebuie parcurse de autoritatea contractantă și de ofertanți pentru ca acordul părților privind angajarea în contractul de achiziție publică să fie considerat valabil.

Pe de altă parte, potrivit prevederilor art. 69 alin. (2) 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, conform cărora *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai*

contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare", procedura de soluționare a contestației urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, în vigoare la data depunerii prezentei contestații. Ori, prin OUG nr. 45/2018 au fost completate dispozițiile Legii nr. 101/2016, în sensul introducerii unei cauțiuni pentru soluționarea contestației formulată în temeiul dispozițiilor art. 8 din legea anterior invocată.

Din paragrafele anterioare rezultă faptul că procedura de atribuire a contractului de achiziție publică și procedura de soluționare a contestației sunt proceduri distincte, fiind reglementate de acte normative distincte.

Anterior apariției noului cadru legislativ, respectiv a Legii nr. 98/2016 și a Legii nr. 101/2016, legiuitorul a inclus în cadrul aceluiași act normativ, respectiv OUG nr. 34/2006, atât procedura de atribuire a contractului de achiziție publică cât și procedura de soluționare a contestației. Ulterior, prin Legea nr. 98/2016, legiuitorul a stabilit reglementări aferente desfășurării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice [art. 1 alin. (1) - „*Prezenta lege reglementează modul de realizare a achizițiilor publice,* ***procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică*** *și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziție publică*"], iar prin Legea nr. 101/2016 a stabilit reglementări aferente procedurii de soluționare a contestației [art. 1 alin. (1) - *Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor*"].

În prezenta cauză se constată că IC ...AS a formulat și înaintat Consiliului contestația la data de 27.11.2018, fiind înregistrată sub nr. 49294/27.11.2018, deci după intrarea în vigoare a OUG nr. 45/2018, astfel încât, acesteia nu îi sunt incidente prevederile art. VIII potrivit cărora „*Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să se judece în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost începute*".

În aceste condiții, Consiliul apreciază că IC ...AS avea obligația constituirii cauțiunii, întrucât a sesizat CNSC ulterior intrării în vigoare a OUG nr. 45/2018.

Întrucât autoarea contestației nu a constituit cauțiunea cu respectarea dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a manifestat un rol activ și i-a solicitat acesteia completarea cuantumului cauțiunii cu suma de 660.000 RON. Autoarea contestației nu s-a conformat acestei obligații, susținând că a constituit cauțiunea la valoarea de 220.000 RON întrucât noțiunea de „valoare stabilită" este valabilă exclusiv în situația în care contractul de achiziție publică este

încheiat în mod valabil, moment în care valoarea ofertei câștigătoare reprezintă prețul contractului.

Consiliul nu poate reține susținerile contestatoarei, având în vedere următoare adresă a ANAP transmisă CNSC:

«Scurtă prezentare a situației de fapt

Din adresa dumneavoastră înțelegem că ne solicitați consiliere metodologică cu privire la modul de aplicare a art. 61[1] alin. (1) lit. b) și d) din Legea nr. 101/2016 și cu privire la modul de stabilire a datei în care încep să curgă termenele stabilit la art. 8 alin. (1) din același act normativ în situația contestării conținutului documentației de atribuire.

1. *Sediul materiei*

Art. 61[1] și art. 8 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;

2. *Consiliere metodologică*

Pentru început, vă informăm că pe website-ul www.achizitiipublice.gov.ro, la secțiunea „Interactivitate" - căsuța „Biblioteca de spețe/întrebări frecvente", se regăsesc răspunsurile instituției noastre la întrebări adresate de autorități/entități contractante și operatori economici.

În continuare, referitor la aspectele punctuale descrise în adresa dumneavoastră, precizăm următoarele:

în conformitate cu art. 61[1] alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sau art. 49, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauțiune stabilită după cum urmează:

*a) 2% din **valoarea estimată** a contractului, în cazul în care aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 35.000 lei;*

*b) 2% din **valoarea stabilită** a contractului, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 88.000 lei;*

*c) 2% din **valoarea estimată** a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei;*

*d) 2% din **valoarea stabilită** a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 880.000 lei".*

După cum desigur cunoașteți, un act al autorității contractante ce poate face obiectul unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională sau pe cale judiciară, se poate produce fie înaintea desemnării câștigătorului, când valoarea contractului este estimată, fie ulterior desemnării câștigătorului, când valoarea contractului este stabilită.

Astfel, prevederile art. 61[1] alin. (1) lit. a) și c) din Legea nr. 101/2016 se referă la contestațiile ce vizează un act al autorității contractante produs înaintea stabilirii câștigătorului, în timp ce prevederile art. 61[1] alin. (1) lit. b) și d) din Legea nr. 101/2016 se referă la contestațiile ce vizează un act al autorității contractante produs după stabilirea câștigătorului și implicit a valorii contractului.»

A admite punctul de vedere al contestatoarei ar însemna inaplicabilitatea dispozițiilor art. 61[1] alin. (1) lit. b) și d) din Legea nr. 101/2016, texte care folosesc sintagma „2% din valoarea stabilită a contractului". În situația în care contractul de achiziție publică este încheiat în mod valabil, astfel cum susține contestatoarea, procedura de atribuire este finalizată conform dispozițiilor art. 10 din HG nr. 395/2016, care stipulează că „*Etapa de organizare a procedurii și atribuire a contractului/acordului-cadru începe prin transmiterea documentației de atribuire în SEAP și se finalizează odată cu intrarea în vigoare a contractului de achiziție publică/acordului-cadru*", astfel încât nu mai pot fi formulate contestații conform dispozițiilor art. 8 și art. 49 din Legea nr. 101/2018.

În ceea ce privește practica CNSC, invocată de contestatoare, Consiliul o apreciază ca nerelevantă având în vedere că în dreptul românesc precedentul nu constituie izvor de drept.

În consecință, întrucât contestatoarea nu s-a conformat solicitării CNSC, contestația sa nu poate fi soluționată, fapt pentru care, în conformitate cu dispozițiile art. 61[1] din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de IC ...AS (Dosar ...), în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru neconstituirea cauțiunii.

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

Față de soluția ce se va pronunța, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de asocierea SC ...SRL - ... SRL.

În ceea ce privește contestația care formează obiectul Dosarului nr. ..., formulată de IC ...AS, Consiliul reține că actul atacat îl reprezintă adresa nr. 13B/5178/30.10.2018 denumită „Informare finalizare etapă reevaluare Propuneri Financiare", situație în care cauțiunea datorată de contestatoare este cea stipulată de art. 61[1] alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, întrucât la acel moment nu se stabilise oferta desemnată câștigătoare, situație în care valoarea cauțiunii se calcula în raport de valoarea estimată a procedurii.

De asemenea, Consiliul reține că la data de 09.11.2018, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 46687/09.11.2018, contestatoarea a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare

nr. 205031973/1 din 08.11.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000 lei.

Cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia* ***cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”*], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o,* ***nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”].

Analizând excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere comunicat și contestatoarei, conform dispozițiilor legale în vigoare, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, având în vedere, în primul rând, respingerea ca inadmisibilă a contestației nr. 209 din 26.11.2018 (dosar nr. ...). Pe de altă parte, prin contestația nr. 209 din 26.11.2018 (dosar nr. ...) IC ...A.S a adus critici ofertantului declarat câștigător. Admiterea acestei contestații era singura șansă pentru contestator de a câștiga contractul, deoarece dacă o singură critică ar fi fost întemeiată și ar fi dus la eliminarea asocierii SC ...SRL - ... SRL UMB, contestatorul avea șansa de a fi declarat câștigător. Prin respingerea acestei contestații ca inadmisibilă, criticile privind asocierea SC ...SRL - ... SRL nu au mai fost analizate pe fond, aceasta păstrându-și calitatea de ofertant câștigător.

Dacă ar fi admisă contestația nr. 121 din 09.11.2018 (dosar nr. ...), contestatorul nu ar obține niciun avantaj, deoarece acesta ar fi reintrodus în procedură, recâștigând calitatea de ofertant, situație în care autoritatea contractantă ar fi obligată să-l reevalueze de la etapa financiară, adică să pună în aplicare decizia CNSC nr. ... din 13.08.2018, decizie pe care autoritatea contractantă nu a pus-o în aplicare, potrivit susținerilor acesteia, având în vedere neprelungirea garanției de participare de către ofertantul în discuție.

Dacă oferta contestatorului, ulterior clarificării aspectelor judecate deja de CNSC cu privire la propunerea financiară a acestuia, ar fi declarată admisibilă, aceasta s-ar clasa pe locul 2, după aplicarea criteriului de atribuire stabilit în documentația de atribuire.

Astfel, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit criteriul de atribuire ca fiind „Cel mai bun raport calitate-preț”, ponderea propunerii financiare fiind de 60%, iar cea a propunerii tehnice de 40%.

În data de 22.05.2018, comisia de evaluare a finalizat etapa de evaluare a propunerilor tehnice, acordând următoarele punctaje:
1. Asocierea IC ...A.S - ... SRL 35 puncte,
2. Asocierea ...SRL - ... SRL 40 puncte.

În aceeași dată, 22.05.2018, comisia de evaluare a informat toți ofertanții cu privire la punctajele acordate propunerii tehnice, precum și cu privire la motivele ce au stat la baza acordării acestor punctaje.

La data de 22.05.2018, niciunul dintre ofertanți nu a contestat rezultatul etapei de evaluare a propunerilor tehnice și implicit punctajele obținute.

În ipoteza în care Consiliul ar admite contestația nr. 121 din 09.11.2018 (dosar nr. ...), iar urmare a reevaluării, conform Deciziei CNSC nr. ... din 13.08.2018, rămasă definitivă, oferta IC ...AS ar fi declarată admisibilă, clasamentul revizuit al ofertanților ar fi următorul:
1. asocierea ...SRL - ... SRL:
- punctaj propunere tehnică – 40 puncte;
- punctaj propunere financiară – 55,55 puncte (preț ofertă: 668.330.294,63 lei fără TVA), rezultând un punctaj total de 95,55 puncte;
2. asocierea IC ...A.S - ... SRL:
- punctaj propunere tehnică – 35 puncte;
- punctaj propunere financiară – 60 puncte (preț ofertă: 618.765.357,00 lei fără TVA), rezultând un punctaj total de 95 puncte.

Astfel, după cum se poate observa, ofertantul asocierea IC ...A.S - ... SRL s-ar clasa pe locul 2 după aplicarea criteriului de atribuire, clasamentul final, respectiv oferta câștigătoare rămânând neschimbată.

Referitor la punctajul acordat, de membrii comisiei de evaluare, propunerii tehnice a contestatoarei, se reține că prin Decizia nr. ...din 20.09.2018, Consiliul a respins, ca tardivă, această critică, deoarece contestatorul a luat la cunoștință de acest rezultat de la data de 22.05.2018, această decizie fiind menținută și de Curtea de Apel București.

Totodată, Consiliul are în vedere că motivarea contestației nr. 121 din 09.11.2018 (dosar nr. ...), depusă de asocierea IC ...A.S - ... S.R.L., se referă doar la faptul că autoritatea contractantă, analizând oferta depusă de societatea contestatoare, a respins-o ca inacceptabilă, întrucât nu a prelungit perioada de valabilitate a ofertei și a garanției de participare, fără a fi formulată nicio critică cu privire la oferta declarată câștigătoare.

Prin urmare, deși motivele de inacceptabilitate, reținute de comisia de evaluare, au fost contestate în prezenta cauză, Consiliul nu le va analiza, apreciind că și în situația admiterii acestora, clasamentul nu ar fi modificat, contestatoarea, urmare a aplicării criteriului de atribuire stabilit în anunțul de participare, respectiv „cel mai bun raport calitate-preț”, s-ar situa în continuare pe locul 2.

În soluționarea excepției, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia *„În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:*

(...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

Deși, nici Legea nr. 101/2016 și nici Codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța analizată, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

Astfel interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ

anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestațiilor să aparțină celui care recurge la formularea contestației și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

De asemenea, Consiliul reține faptul că în literatura de specialitate se precizează că interesul este actual, în sensul că dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

Pentru motivele mai sus indicate, criticile cu privire la inacceptabilitatea ofertei depusă de către ofertantul contestator, nu sunt de natură să înlăture caracterul admisibil al ofertei asocierii ...SRL - ... SRL, aceasta ocupând locul I în clasamentul stabilit de comisia de evaluare.

În consecință, având în vedere:

- textele legale incidente menționate la pag. 20 a prezentei decizii;
- criteriul de atribuire precizat în anunțul de participare „cel mai bun raport calitate-preț”;
- respingerea, ca inadmisibilă, a contestației referitoare la ofertantul desemnat câștigător (dosar ...);
- respingerea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă, dar și criticile formulate în contestație care vizează exclusiv oferta sa, Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual.

În aceste condiții, chiar și în ipoteza în care s-ar admite contestația formulată de IC ...AS, aceasta nu ar obține niciun folos practic și actual, dat fiind faptul că, în raport de criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, soluția ar avea drept consecință câștigarea procedurii de atribuire de către același ofertant, respectiv asocierea SC ...– SC ... SRL.

Un interes eventual nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerința actualității, practica CNSC și a instanțelor judecătorești fiind constantă în acest sens (a se vedea, în acest sens, de exemplu, Decizia civilă nr. 4906/27.07.2015 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara – Secția Contencios Administrativ și Fiscal).

De asemenea, Consiliul apreciază că pronunțarea de către Consiliu a unei decizii de anulare a raportului procedurii și reluarea procedurii de atribuire, nu ar aduce beneficii în niciun fel societății contestatoare, aceasta neavând șansa reală de a i se atribui contractul de achiziție publică în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” ofertelor declarate admisibile. În această situație, este evident că interesul societății contestatoare în promovarea cererii sale în legătură cu această procedură de achiziție publică nu există și nici nu poate fi dovedit.

Aplicând aceste considerente la speța analizată, Consiliul constată că prezentele critici formulate cu privire doar la oferta sa nu sunt justificate de existența unui interes actual, întrucât o eventuală admitere

a acestora nu ar conduce la declararea câștigătoare a ofertei contestatoarei, criticile contestatoarei referitoare la respingerea ofertei sale, fiind, astfel, lipsite de interes.

În sensul celor de mai sus, s-a pronunțat Curtea de Apel Cluj prin decizia civilă nr. 1491/2017, precum și Curtea de Apel București prin decizia nr. 1794/2017.

Neavând șansa reală de a câștiga contractul de achiziție publică, așa cum s-a stabilit anterior, IC ...AS nu are interesul legitim, în legătură cu această procedură de atribuire, necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Date fiind cele evocate, Consiliul stabilește că, în cauza supusă soluționării, IC ...AS nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și va respinge ca, lipsită de interes, contestația formulată de IC ...AS.

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

Față de soluția ce se va pronunța, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de asocierea SC ...– SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, contestația nr. 209 din 26.11.2018 (dosar nr. **...**) formulată de IC ...AS, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... SA.

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă privind lipsa de interes a contestatoarei în dosarul nr. ... și respinge, ca lipsită de interes, contestația nr. 121 din 09.11.2018 (dosar nr. **...**), formulată de IC ...AS), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... SA.

Admite cererile de intervenție formulate de asocierea SC ...– SC ... SRL.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **...**

Redactat în 5 exemplare originale, conține 23 pagini.