

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. /, înaintată de SC SA, cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin – Director general și convențional prin av., cu sediul pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în, formulată împotriva măsurilor de remediere nr. 237666/31.05..... de punere în executare a Deciziei CNSC nr. 895/..... / din data de publicate în SEAP în data de prin erata nr. 90258/03.06..... și erata nr. 90267/02.06....., emise de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....” cu anunț de concesiune nr. /, s-a solicitat Consiliului:

- anularea/eliminarea măsurii de remediere nr. 237666/31.05..... și formularul publicate în SEAP în data de prin erata nr. 90258/03.06..... și erata nr. 90267/02.06..... din documentația de atribuire;

- eliminarea în totalitate a punctului 1 din măsurile de remediere nr. 237666/31.05....., respectiv a paragrafului completării punctului III.1.1.1 a) – garanția de participare din fișa de date și din cadrul formularului din documentația de atribuire, respectiv Scrisoarea de garantare emisă în cond. legii, trebuie să prevadă faptul că plata se va face condiționat/necon condiționat, în urma situații de culpă ale celui care o const. [...] b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze

contractul în perioada de valabilitate a ofertei, iar situația de neîndeplinire a obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini este considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului, atât din cadrul măsurii de remediere, cât și din cadrul oricăror înscrisuri aferente documentației de atribuire (cum este cazul Formularului ce a fost de asemenea modificat fără nicio justificare);

- obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în sensul celor menționate;

- în temeiul art. 26 din Legea nr. 101/....., obligarea autorității contractante la evaluarea ofertelor fără a ține cont de dispoziția de la pct. 1 din măsurile de remediere nr. 237666/31.05..... și să dispună/permită ofertanților modificarea garanției de participare astfel încât să corespundă cu prevederile legislației privind achizițiile publice, respectiv să elimine din garanția de participare paragraful susmenționat sau să se constate inaplicabilitatea acestor prevederi pe perioada evaluării și executării contractului.

- acordarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge excepțiile invocate în speță de către autoritatea contractantă.

Admite contestația depusă de SC SA.

Obligă autoritatea contractantă ca, în activitatea desfășurată, să rețină ca eventuală clauză de executare a garanției de participare sintagma „*b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei*”, urmând a fi considerată neexistentă sintagma „*iar situația de neîndeplinire a obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini este considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului*” din cadrul aceleiași clauze de reținere a garanției de participare.

Respinge ca nedovedită cererea contestatoarei vizând obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SA atacă măsurile de remediere nr. 237666/31.05..... de punere în executare a Deciziei CNSC nr. 895/...../..... din data de publicate în SEAP în data de prin erata nr. 90258/03.06..... și erata nr. 90267/02.06....., emise de, în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, susținând că autoritatea contractantă a făcut mai mult decât a impus soluția dispusă de Consiliu.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă avea obligația de a pune în executare decizia CNSC fără a modifica alte prevederi din documentația de atribuire, ci doar prin eliminarea articolelor la care a făcut trimitere Consiliul, întrucât contestația anterioară se referea doar la anumite clauze/articole din caietul de sarcini și modelul de contract, obiectul contestației nefăcând trimitere la garanția de participare.

Or, prin măsurile de remediere nr. 237666/31.05..... pe care le-a dispus autoritatea contractantă, cât și prin publicarea formularului într-o nouă variantă, nu numai că nu a fost respectată decizia CNSC (prin care s-a dispus DOAR ELIMINAREA respectivelor cerințe), ci se impunea o condiție în ceea ce privește constituirea garanției de participare care nu a făcut obiectul judecății contestației și nici a deciziei CNSC și care încalcă legislația în domeniul achizițiilor publice, întrucât se condiționează încheierea contractului de o obligație care trebuie să fie realizată ulterior încheierii contractului.

Mai arată contestatoarea că, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2006, cât și art. 280 din OUG nr. 34/2006, decizia Consiliului este obligatorie pentru părți și ea trebuie pusă în executare în termenul indicat în decizie, respectând întocmai ce s-a dispus în cadrul deciziei.

Or, în cazul de față, în loc să elimine cerințele restrictive din documentația de atribuire, autoritatea contractantă a modificat-o prin impunerea unor condiții suplimentare care nu se regăseau înainte de formularea contestației și nici înainte de emiterea deciziei CNSC.

Pe de altă parte, contestatoarea sesizează o altă neregulă, respectiv paragraful pe care autoritatea contractantă l-a impus prin măsurile de remediere nr. 237666/31.05....., cât și prin Formularul publicat în data de, respectiv: "Scrisoarea de garantare emisă în condițiile legii, trebuie să prevadă faptul că plata se va face condiționat/necon condiționat, în următoarele situații de culpă ale celui care o constituie [...] b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei, iar situația de neîndeplinire a obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini este considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului".

Contestatoarea arată că această condiție suplimentară care a fost impusă pentru constituirea garanției de participare este în afara cadrului legal întrucât condiționează încheierea contractului (fapt interzis de

legislația achizițiilor publice) și impune reținerea garanției de participare de obligații care sunt specifice executării contractului.

Așadar, realizarea investițiilor de la art. 9 din caietul de sarcini sunt obligații contractuale care urmează a fi executare ulterior încheierii contractului cu atât mai mult cu cât doar de la momentul semnării contractului există acordul de voință al părților cu privire la intrarea în vigoare a contractului și a executării acestuia.

Contestatoarea mai susține că, potrivit art. 43 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, "garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului".

Or, obligația menționată la art. 9 din caietul de sarcini este o obligație contractuală care urmează a fi executată ulterior încheierii contractului, pe parcursul derulării acestuia.

Așadar, condiția impusă este absurdă și încalcă scopul pentru care se poate solicita garanția de participare întrucât se extinde nejustificat o garanție peste perioada impusă de lege.

Astfel, dacă în mod normal garanția de participare trebuie să se refere la perioada cuprinsă între momentul depunerii ofertei și încheierea contractului (protejând autoritatea de riscul unui eventual abuz realizat de ofertant pe perioada de derulare a procedurii de atribuire), prin modificarea pe care a realizat-o autoritatea contractantă, s-a ajuns ca această garanție de participare să se extindă asupra unor obligații contractuale care fac obiectul contractului și care pot fi executate doar după încheierea acestuia.

Pe de altă parte, contestatoarea menționează că nici nu se poate pune în aplicare ce dorește autoritatea contractantă prin impunerea acestei condiții, întrucât potrivit art. 44 alin. (1) din HG nr. 71/2007 "garanția de participare, constituită de ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data semnării contractului".

Așadar, contestatoarea susține că, pe de o parte, este imposibil de realizat condiția impusă de autoritatea contractantă întrucât investițiile de la art. 9 din caietul de sarcini trebuie să fie realizate în termen de 45 de zile de la momentul încheierii contractului astfel încât aceste obligații nu pot face obiectul unui refuz al ofertantului de a încheia contractul.

Pe de altă parte, garanția de participare oricum trebuie să fie eliberată în termen de 3 zile de la momentul încheierii contractului.

Astfel, autoritatea contractantă impune ca ofertantul declarat câștigător să realizeze investițiile de la art. 9 din caietul de sarcini într-un termen de 3 zile de la încheierea contractului aferent termenului în care autoritatea contractantă este obligată să elibereze garanția de participare, ca să aibă timp să rețină garanția de participare dacă în acest termen nu se regizează investițiile.

În atare condiții, contestatoarea consideră că impunerea unei astfel de precizări în cadrul documentației de atribuire și a formularului

garanției de participare este o măsură restrictivă întrucât se impun obstacole nejustificate care îngreșesc participarea la procedură și care nici nu pot fi îndeplinite.

Astfel, se încalcă principiul proporționalității, a nediscriminării și a promovării concurenței prin impunerea unor condiții suplimentare față de decizia CNSC, condiții care încalcă dispozițiile legislației privind achizițiile publice și care nici nu pot fi respectate în niciun moment.

În considerarea celor ce preced, contestatoarea solicită admiterea cererii sale așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 282587/....., înregistrată la CNSC sub nr. 20000/....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea contestației, ca fiind nefondată, cu menținerea procedurii de atribuire în forma stabilită de autoritatea contractantă, ca urmare a implementării deciziei CNSC nr. 895/.....

Autoritatea contractantă susține că prin decizia sa, Consiliul a obligat-o ca, în termen de zile de la primirea deciziei, să modifice documentația în sensul celor arătate în motivare, să aducă modificările efectuate la cunoștință operatorilor economici interesați și să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor.

Astfel, autoritatea contractantă arată că solicitarea inițială a petentei ... a fost de a prelungi termenul de realizare investiții conform art. 9 din caietul de sarcini, la 90 de zile și de a elimina garanția prevăzută în scopul realizării investițiilor, reținută în contract și caietul de sarcini în cuantum de 1.000.000 lei/lot.

Dar CNSC, admițând, în parte, contestația ... formulată la documentația de atribuire, a dispus prelungirea termenului de realizare investiții de la 30 de zile, la 45 de zile și eliminarea garanției de 1.000.000 lei/lot, cu argumentația faptului că sancțiunea nerealizării investițiilor nu poate fi aplicată de două ori, existând deja o sancțiune în acest sens, respectiv reținerea garanției de participare - în același cuantum de 1.000.000 lei/lot.

În sensul celor arătate, autoritatea contractantă precizează că a luat măsuri de remediere conform deciziei CNSC, publicându-le în SEAP, în data de, prin adresa cu nr. 237666/31.05..... și prelungind termenul limită de depunere a ofertelor, prin anunț de tip erată cu nr. 90258/03.06.....

În continuare, autoritatea contractantă redă textul măsurilor de remediere publicat în SEAP și precizează că termenul de depunere a ofertelor a fost stabilit la data de

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, prin faxul instituției, la orele 14:28 și respectiv 15:21, i-au fost comunicate prima data "notificarea" privind solicitarea de măsuri de remediere, iar apoi o plângere împotriva deciziei CNSC ce face obiectul dosarului cu nr. 750/33/..... aflat pe rolul Curții de Apel, în cadrul căreia instanța a amânat pronunțarea pentru data de

Precizează autoritatea contractantă că obiectul dedus judecății în cadrul dosarului amintit vizează doar aspectul că CNSC a admis doar în

parte contestația în privința termenului acordat pentru angajarea personalului, respectiv a acordat doar 45 de zile și nu 90 astfel cum a solicitat contestatoarea, restul dispozițiilor cuprinse în decizia CNSC fiind acceptate de către ..., prin necontestare.

Astfel, față de modalitatea în care a înțeles să conteste decizia CNSC, autoritatea contractantă consideră că restul dispozițiilor cuprinse în aceasta au autoritate de lucru judecat și, în consecință, la aceasta oră, un atac disimulat - așa cum este cel de față - cu privire la reținerile din cadrul deciziei CNSC va trebui să fie sancționat de către Consiliu prin respingerea acestuia, pe calea excepției autorității de lucru judecat, fără a fi soluționat pe fond.

Autoritatea contractantă arată că relevanța susținerilor anterioare constă în faptul că prin documentația inițială contestată s-a solicitat din partea ofertanților depunerea unei garanții - fără a purta un alt titlu, de ex. garanție de bună execuție - pentru îndeplinirea obligațiilor în termenul stipulat de 30 de zile privind investițiile minime ce trebuie realizate în vederea prestării efective a serviciilor de salubritate stradală, în cuantum de 1.000.000 lei.

Constituirea acestei garanții a fost contestată de către actuala contestatoarea, ... prin contestația inițială, CNSC dispunând în sensul eliminării acestei garanții, ce trebuia constituită în mod separat față de garanția de participare, dar în motivarea eliminării acestei garanții, a reținut în mod clar, concis și cu putere de lucru judecat, în cadrul deciziei emise astfel: "mai mult, executarea garanției pentru neîndeplinirea obligației contractantului de a realiza investițiile și dotările minime cu personal și utilaje se suprapune sancțiunii lipirii de efecte a contractului, caz în care există o dublă sancționare a contractantului pentru o faptă unică [...] potrivit art. 25 alin. din capitolul V dispoziții finale din cadrul caietului de sarcini, neconstituirea acestei garanții (cea criticată prin contestație) în termenul precizat mai sus (la data semnării contractului de delegare) va fi considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului".

Față de acestea și având în vedere prevederile art. din HG 71/2007, unde sunt prevăzute motivele pentru care autoritatea are dreptul de a reține garanția de participare și, conform interpretării asupra garanției de participare făcută de către CNSC, autoritatea contractantă consideră că reținerea sa din cadrul măsurilor de remediere este corectă și legală. Reținerea nu reprezintă o extindere nejustificată a garanției peste perioada impusă de lege și nici nu excede cadrului legal, ci reprezintă strict o definire a semnificației sintagmei "refuzului de a semna contractul". În acest sens a statuat și CNSC, care practic a interpretat prevederile fișei de date și ale legislației în domeniu și a ajuns la această soluție de punere în aplicare a celor stabilite de către autoritatea contractantă.

În plus, autoritatea contractantă susține că prezenta contestație este rămasă fără obiect și lipsită de interes - ca și condiții de exercitare a acțiunii - deoarece, obiectul juridic dedus judecății, practic dreptul subiect care este țintit de către contestatoare nu mai este în ființă, deși

conform condițiilor de exercitare a acțiunii, acesta trebuie să existe, să fie determinat/determinabil, licit și moral. Ori, în situația de față, în care, deschiderea ofertelor s-a făcut în și toți ofertanții au depus scrisoarea de garanție conform solicitărilor autorității contractante, ... consideră că aceștia au achiesat la prevederile documentației de atribuire și că obiectul dedus judecății nu mai există. În aceeași ordine de idei, autoritatea contractantă consideră că nu mai exista nici interesul pentru promovarea unei astfel de contestații, care din punctul său de vedere, este făcută pentru tergiversarea derulării procedurii.

Cu privire la solicitarea de a evalua ofertele fără a se ține cont de această prevedere, autoritatea contractantă susține că și aceasta este rămasă fără de obiect și lipsită de interes, deoarece toți ofertanții au depus modelul impus prin documentație și în aplicarea tratamentului egal niciun ofertant nu a fost respins la deschidere sub acest aspect. Totodată, o altă influență asupra evaluării ofertelor nu o are forma garanției de participare. La semnarea contractului tratamentul egal urmând să fie aplicat în sensul reținerii acestei garanții în aceleași condiții la oricare ar fi stabilit ca fiind câștigător dintre ofertanți.

Având în vedere prevederile art. 80¹ din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă solicită Consiliului să pronunțe o decizie anterior termenului maxim stabilit de lege pentru posibilitatea de evaluare a ofertelor.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de concesiune având ca obiect „.....”, cod CPV 32330000-..... Aparate audio și video de înregistrare și de redare (Rev.2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesiune nr. din, la care a atașat documentația de atribuire.

Prin decizia nr. 895/...../..... din, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a soluționat contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliu cu nr. 12241/....., formulată de SC SA împotriva documentației de atribuire întocmite de, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Concesiunea serviciului de salubritate stradală și deszăpezire din” cu anunț de concesiune nr. Prin aceasta decizie, printre altele, Consiliul a admis capetele de cerere principale din contestație, a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de zile de la primirea deciziei, să modifice documentația de atribuire în sensul celor arătate în motivare, să aducă modificările efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire și să stabilească o nouă data de depunere a ofertelor, cu respectarea art. 71 din OUG nr. 34/2006 și a dispus continuarea procedurii.

În motivarea deciziei sale nr. 895/...../..... din, Consiliul reține următoarele:

«Consiliul reține că una dintre critici vizează obligația, impusă de către autoritatea contractantă, de constituire a unei garanții pentru realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, prevăzută la art. 25 alin. (.....), (7), (8), (9) și (10) din Capitolul V Dispoziții Finale din cadrul caietului de sarcini, precum și la art. 6, art. 10 alin. (13), art. 16 alin. (10) și (.....) din contract.

Din susținerile autorității contractante rezultă că această garanție este una de bună execuție, însă din prevederile caietului de sarcini și din clauzele contractuale stabilite de autoritate rezultă contrariul.

Astfel, garanția de bună execuție are ca scop asigurarea entității achizitoare de îndeplinirea întregului obiect al contractului la nivelul cantitativ, calitativ stabilit prin documentația de atribuire și urmărit de autoritate, precum și în perioada convenită a contractului. Rezultă că garanția de bună execuție este valabilă pentru întreaga durată de derulare a contractului și poate face obiectul pretențiilor autorității achizitoare, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu își îndeplinește obligațiile pe care și le-a asumat prin contract.

Or, în contradicție cu aceste caracteristici ale garanției de bună execuție, garanția solicitată de autoritatea contractantă este cerută doar pentru asigurarea conduitei contractantului legată de realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, conform art. 25 alin. (3) și (4) din Capitolul V Dispoziții Finale din cadrul caietului de sarcini și este executată, parțial, în cazul în care contractantul îndeplinește această obligație în termen de 30 zile de la expirarea celor 30 stabilite pentru realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, și total, dacă nici în aceste 30 de zile suplimentare obligația nu este respectată. Rezultă din această regulă că garanția instituită de autoritatea contractantă nu are ca scop asigurarea sa asupra îndeplinirii integrale, de către contractant, a obiectului contractului, așa cum este cazul garanției de bună execuție.

Mai mult, executarea garanției pentru neîndeplinirea obligației contractantului de a realiza investițiile și dotările minime cu personal și utilaje se suprapune sancțiunii lipsirii de efecte a contractului, caz în care există o dublă sancționare a contractantului pentru o faptă unică, ceea ce încalcă principiul proporționalității, consacrat la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Potrivit art. 25 alin. (.....) din Capitolul V Dispoziții Finale din cadrul caietului de sarcini, neconstituirea acestei garanții (cea criticată prin contestație) în termenul precizat mai sus (la data semnării contractului de delegare), va fi considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului.

Or, potrivit punctului III.1.1.a) „Garanție de participare” din fișa de date a achiziției, scrisoarea de garantare emisă în condițiile legii trebuie să prevadă faptul că plata se va face condiționat/necon condiționat, în

situația în care oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei.

Coroborând cele două prevederi, Consiliul stabilește că, în cazul neconstituirii garanției criticate, autoritatea contractantă, prin prisma interpretării sale asupra acestei neconstituirii, ar fi în situația de a executa garanția de participare, deși contractantul nu își manifestă expres intenția de a nu semna contractul în cauză.

Din economia textelor din OUG nr. 34/2006, aplicabile integral procedurii de atribuire a contractului în cauza, și din HG nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, nu rezultă posibilitatea legală a autorității contractante de a institui obligația unui alt tip de garanție decât cele de participare și/sau bună execuție.

Totodată, potrivit art. 44 alin. (1) și (2) din Procedura cadru privind organizarea, derularea și atribuirea contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice din 02.07.2008, aprobată prin HG nr. 717/2008, delegatarul poate solicita delegatului ca în termen de cel mult 90 de zile de la data semnării contractului de delegare să depună, cu titlu de garanție, o sumă fixă reprezentând o cotă-parte în procent de-10% din suma obligației de plată datorate de către delegat pentru primul an de exploatare, valabilă pe toată durata contractului, din această sumă fiind reținute, dacă este cazul, sumele exigibile datorate de către delegat delegatarului.

Deși autoritatea contractantă invocă această prevedere în apărarea sa, este lesne de observat ca garanția supusă cenzurii Consiliului nu este una de natura celei descrise de legiuitor la art. 44 alin. (1) și (2) din procedura cadru aprobată prin HG nr. 717/2008.

Date fiind toate argumentele invocate, Consiliul reține caracterul nelegal al garanției în valoare de 1.000.000 lei/lot, așa cum aceasta este prevăzută și reglementată la art. 25 alin. (.....), (7), (8), (9) și (10) din Capitolul V Dispoziții Finale din cadrul caietului de sarcini, precum și la art. 6, art. 10 alin. (13), art. 16 alin. (10) și (.....) din contract.

În aceste condiții, urmează ca autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire în sensul eliminării prevederilor referitoare la această garanție, urmând ca remedierea să fie incidentă oricăror mențiuni din documentația de atribuire, altele decât cele evocate în contestație și care au legătură cu garanția examinată.»

În vederea punerii în executare a deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de, prin erata nr. 90258/03.06..... și erata nr. 90267/02.06....., măsurile de remediere nr. 237666/31.05.....

Împotriva acestor măsuri de remediere, SC SA a înaintat Consiliului prezenta contestație (îndeplinind procedura notificării

prealabile stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/.....), solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/....., Consiliul cercetează cu întâietate excepțiile invocate în speță de către autoritatea contractantă.

O primă excepție vizează autoritatea de lucru judecat a chestiunilor supuse analizei în prezenta cauză. Aceasta va fi respinsă de Consiliu, deoarece, din motivarea deciziei nr. .../...../..... din rezultă că nu a făcut obiectul analizei sale anterioare considerarea ca refuz de încheiere a contractului, din partea delegatului, neîndeplinirea obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini, astfel încât nu poate fi invocată în speță autoritatea de lucru judecat.

O altă excepție invocată de autoritatea contractantă se referă la faptul că demersul contestatoarei este rămas fără obiect, având în vedere că operatorii economici care au depus oferte au respectat condiția criticată a modului de constituire a garanției de participare, achiesând la condițiile autorității contractante, obiectul dedus judecății nemaexistând.

În acest context, Consiliul reține că a stabili rămânerea fără obiect a demersului de contestare ar fi însemnat ca faptul criticat să nu mai existe, respectiv ca autoritatea contractantă să fi remediat actul considerat nelegal în sensul indicat de autoarea contestației, fapt ce nu s-a petrecut, astfel încât nu se poate afirma că actul de investiția a Consiliului, contestația, a rămas fără obiect. Faptul că o serie de operatori economici au înțeles să se conformeze pretenției autorității contractante nu conduce la legalitatea condițiilor impuse de aceasta și nu înlătură posibilitatea eliminării acestora, în măsura în care încalcă prevederile legale.

O ultimă excepție ridicată de autoritatea contractantă se referă la lipsa de interes a contestatoarei în derularea demersului acesteia, lipsă care derivă din faptul că, în opinia autoarei excepției, contestația este rămasă fără obiect pentru considerentele expuse mai înainte.

Data fiind ipoteza pe care își bazează autoritatea contractantă excepția invocată, analizată mai sus, Consiliul stabilește caracterul nefondat al acesteia.

Mai mult, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. .../....., „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.”

La art. 3 alin. (1) din lege sunt definite următoarele noțiuni:

„a) act al autorității contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice,

neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire; [...]

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.”

În conformitate cu dispozițiile legale citate anterior, calitatea procesuală activă a contestatorului este condiționată de existența și dovedirea interesului legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire; interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual, astfel cum dispune art. 33 din Codul de procedură civilă. Dar, potrivit aceluiași art. 33 din Codul de procedură civilă, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritatea 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.

Exercitarea 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 ori chiar viitor.

Consiliul apreciază că, în speță, autoarea contestației îndeplinește condiția de fond esențială în formularea contestației, și anume interesul de a participa cu o ofertă la procedura de atribuire în cauză și de a nu îi fi impuse condiții în egală măsură nelegale și împovărătoare.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că prin demersurile făcute de contestatoare în vederea modificării unor aspecte ale documentației de atribuire, interesul acesteia este „legitim, personal, direct și actual”. În plus, Consiliul constată că, în situația în care actul contestat este documentația de atribuire, orice operator economic care are interesul de a participa în respectiva procedură de atribuire prin depunerea de ofertă este îndreptățit să formuleze contestație în condițiile în care consideră că riscă să sufere un prejudiciu.

Astfel, Consiliul respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă și va examina cauza pe fondul său.

Din cuprinsul contestației, rezultă că autoarea acesteia critică mențiunea autorității contractante, din măsurile de remediere contestate, referitoare la constituirea garanției de participare:

«1. Cu privire la punctul III.1.1.1. a) – garanția de participare – Fisa de date a achiziției se completează următoarele: "Scrisoarea de garantare emisă în condițiile legii, trebuie să prevadă faptul că plata se va face condiționat/necon condiționat, în următoarele situații de culpă ale celui care o constituie. [...] b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei, iar situația de neîndeplinire a obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini este considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului" – conform pag. 12 din Decizia CNSC cu nr. 895/..... Aveți anexat și modelul de formular conform celor anterioare.»

O primă chestiune evocată de contestatoare constă în aprecierea acesteia că modificarea citată mai sus este nelegală, deoarece exprimă voința proprie a autorității contractante și nu reprezintă o modificare a documentației impusă prin decizia anterioară a Consiliului, acest aspect nefăcând nici obiectul actului de contestare anterior examinat de Consiliu.

Față de această chestiune, Consiliul stabilește că susținerea contestatoarei este nefondată, deoarece, chiar și în lipsa intervenției unei terțe părți în procedura de atribuire, autoritatea contractantă are posibilitatea legală de a reveni asupra propriilor acte, în sensul anulării, modificării, completării acestora.

Cât privește susținerea autorității contractante, atât din cuprinsul măsurii de remediere adoptate, cât și din punctul sau de vedere cu privire la contestație, că remedierea citată este luată conform deciziei Consiliului, fiind indicată pagina 12, acesta din urma stabilește că reprezintă o interpretare proprie a autorității contractante, fără legătură cu textul din motivarea organismului administrativ-jurisdicțional.

Astfel, în punctul său de vedere înaintat în prezenta cauză, autoritatea contractantă citează următoarele considerente din decizia anterioară a Consiliului, care, în opinia sa, au stat la baza măsurii de remediere criticate în prezent:

"mai mult, executarea garanției pentru neîndeplinirea obligației contractantului de a realiza investițiile și dotările minime cu personal și utilaje se suprapune sancțiunii lipsirii de efecte a contractului, caz în care există o dublă sancționare a contractantului pentru o faptă unică [...] potrivit art. 25 alin. din capitolul V dispoziții finale din cadrul caietului de sarcini, neconstituirea acestei garanții (cea criticată prin contestație) în termenul precizat mai sus (la data semnării contractului de delegare) va fi considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului".

După cum se poate observa din motivarea anterioară a Consiliului, citată mai sus integral în ceea ce privește chestiunea analizată, acesta a examinat exclusiv impunerea suplimentară de către autoritatea contractantă a constituirii unei garanții, alta decât cele reglementate

expres în legislația privind achizițiile publice, respectiv garanția de participare și cea de bună execuție.

Tot în cauza anterioară, în a stabili nelegalitatea garanției solicitată de autoritatea contractantă, Consiliul reținea că pentru o faptă unică, „neîndeplinirea obligației contractantului de a realiza investițiile și dotările minime cu personal și utilaje”, era dublu sancționată, respectiv cu executarea garanției eliminată prin decizia Consiliului și cu lipsirea de efecte a contractului. De asemenea, tot în decizia sa, Consiliul stabilea că «potrivit art. 25 alin. (.....) din Capitolul V Dispoziții Finale din cadrul caietului de sarcini, neconstituirea acestei garanții (cea criticată prin contestație) în termenul precizat mai sus (la data semnării contractului de delegare), va fi considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului», prevedere care coroborată cu faptul că «potrivit punctului III.1.1.a) „Garanție de participare” din fișa de date a achiziției, scrisoarea de garantare emisă în condițiile legii trebuie să prevadă faptul că plata se va face condiționat/necon condiționat, în situația în care oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei» a condus Consiliul la concluzia că «în cazul neconstituirii garanției criticate, autoritatea contractantă, prin prisma interpretării sale asupra acestei neconstituiri, ar fi în situația de a executa garanția de participare, deși contractantul nu își manifestă expres intenția de a nu semna contractul în cauză».

Așa cum se desprinde din considerentele Consiliului, care au stat la baza aprecierii necesității modificării documentației elaborate de autoritatea contractantă, acesta a analizat exclusiv legalitatea respectivei garanții suplimentare cerută de autoritate, prin examinarea acelor prevederi din documentație care o cuprindeau sau care făceau trimitere la ea.

Nu rezultă din textul deciziei Consiliului, faptul că acesta ar fi statuat că situația de neîndeplinire a obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini este considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului, așa cum a înțeles și cum susține autoritatea contractantă. Consiliul a reținut anterior că, potrivit art. 25 alin. (.....) din Capitolul V Dispoziții Finale din cadrul caietului de sarcini (în forma sa inițială), urma a fi considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului neconstituirea garanției (considerată nelegală de Consiliu) în termenul precizat de autoritate (la data semnării contractului de delegare).

În acest context, Consiliul stabilește că măsura de remediere atacată în prezenta cauză nu este rezultatul punerii în aplicare a deciziei sale nr. 895/...../..... din, ci exprimă voința proprie a autorității contractante a cărei legalitate va fi examinată în continuare.

Astfel, așa cum se observă din textul citat al măsurii de remediere, autoritatea contractantă condiționează executarea garanției de participare de următoarea situație:

"Scrisoarea de garantare emisă în condițiile legii, trebuie să prevadă faptul că plata se va face condiționat/necon condiționat, în următoarele situații de culpă ale celui care o constituie. [...] b) oferta sa

fiind stabilită câştigătoare, refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei, iar situația de neîndeplinire a obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini este considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului".

În a statua asupra legalității unei astfel de clauze impuse a fi cuprinsă în documentul de constituire a garanției de participare, Consiliul reține următoarele dispoziții din HG nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii:

- art. 43: „Autoritatea contractantă are dreptul de a reține garanția de participare, ofertantul pierzând astfel suma constituită, atunci când acesta din urmă se află în oricare dintre următoarele situații:

a) își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b) oferta sa fiind stabilită câştigătoare, refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei.”

- art. 44 alin. (1): „Garanția de participare, constituită de ofertantul a cărei ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare, se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data semnării contractului.”

După cum se observă din textele de reglementare, legiuitorul a avut ca scop al constituirii garanției de participare protejarea autorității contractante față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ofertantului pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului. În atare situație, a condiționa executarea garanției de participare de conduite ale ofertantului ulterioare momentului semnării contractului, reprezintă o încălcare a însăși scopului pentru care a fost prevăzută această măsură de prevenție, constituirea garanției de participare.

Or, potrivit deciziei Consiliului nr. 895/...../..... din, realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini urmează să se facă în termen de 45 de zile de la data semnării contractului de către ambele părți.

Rezultă așadar, că, așa cum înțelege autoritatea contractantă condiția de executare a garanției de participare, contestată, ofertantul refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei, fiind asimilata refuzului de încheiere a contractului neîndeplinirea obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini, aceasta în condițiile în care realizarea acestor investiții este condiționată de semnarea contractului, contractantul având la dispoziție un termen de 45 de zile de la acest moment (semnarea contractului) pentru a-și îndeplini această obligație. În situația reglementată de teza a doua a condiției de executare a garanției de participare, pe lângă contradicția evidentă legată de semnarea contractului, care contravine tezei prime ce privește refuzul de încheiere a contractului, mai este

necesară și curgerea unui termen de 45 de zile, la epuizarea căruia autoritatea contractantă are certitudinea că ofertantul nu și-a îndeplinit obligația de realizare a investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini.

O astfel de ipoteză contravine cu prevederea legală de la art. 44 alin. (1) din HG nr. 71/2007, potrivit căreia garanția de participare, constituită de ofertantul a căruia ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data semnării contractului.

Rezultă așadar faptul că autoritatea contractantă este ținută la a restitui garanția de participare ofertantului a căruia ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare în termen de cel mult 3 zile lucrătoare de la data semnării contractului, termen insuficient pentru să constate că ofertantul și-a îndeplinit sau nu obligația de a realiza investițiile minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini, pentru care i s-au acordat 45 de zile.

În concluzie, Consiliul stabilește că este nelegală și imposibil de pus în practică, rămânând, în final, fără efect, situația expusă în teza a doua a clauzei de executare a garanției de participare, așa cum a fost adoptată de autoritatea contractantă prin măsurile de remediere nr. 237666/31.05.....

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. ../..... 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 urmează să admită contestația depusă de SC SA.

În baza art. 26 alin. (2) și (.....) din lege, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în activitatea desfășurată, să rețină ca eventuală clauză de executare a garanției de participare sintagma „b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei”, urmând a fi considerată neexistentă sintagma „iar situația de neîndeplinire a obligației privind realizarea investițiilor minime prevăzute de art. 9 din caietul de sarcini este considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului” din cadrul aceleași clauze de reținere a garanției de participare.

În baza art. 26 alin. (9) din lege, Consiliul va respinge ca nedovedită cererea contestatoarei vizând obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, deoarece la dosar nu au fost depuse acte doveditoare ale respectivelor cheltuieli.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/....., dar și că pot formula plângere împotriva ei, în conformitate cu dispozițiile art. 29 alin. (1) din lege.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

....