

În conformitate cu prevederile art. 14 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația datată 03.04.2023, transmisă prin e-mail în aceeași dată, și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de ... SA, cu sediul în localitatea ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având cod unic de înregistrare ..., reprezentată convențional prin SCA ..., cu sediul în ..., adresă indicată și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire întocmită de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„Contract de furnizare echipamente tehnologice pentru amenajarea CENTRULUI DE DATE SECUNDAR I cu servicii de instalare, configurare, punere în funcțiune, operaționalizare, instruire și acreditare incluse”*, cod CPV 42500000-1, s-au solicitat următoarele:

„(i) suspendarea Procedurii de atribuire în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016 până la soluționarea prezentei Contestații, cu consecința decalării termenului de depunere a ofertelor;

(ii) remedierea următoarelor neconformități din Documentația de atribuire:

(a) eliminarea activității de certificare a Centrului de Date Secundar I la nivel Tier III Uptime Institute din responsabilitatea contractantului (astfel cum aceasta este prevăzută în: cap. 3.2, cap. 3.3.4, cap. 3.3.5, cap. 4, cap. 8 și cap. 10 din Caietul de sarcini; Formularul nr. 6 - Formularul de Propunere tehnică; art. 13.11 și 13.12 din modelul contractului de furnizare), inclusiv eliminarea cerinței privind expertul acreditat Uptime Institute ATD (Accredited Tier Designer);

(b) dacă o astfel de eliminare a activității anterior menționate la punctul (a) din sarcina contractantului nu este posibilă, modificarea Documentației de atribuire în sensul menționării activității de certificare a Centrului de Date Secundar I la nivel Tier III Uptime Institute ca reprezentând un livrabil distinct al contractului (cu evidențierea prețului aferent), a cărui contravaloare să fie facturată și plătită distinct de

livrarea, instalarea, punerea în funcțiune, configurarea și operaționalizarea echipamentelor;

(c) modificarea Documentației de atribuire în sensul includerii serviciilor de instruire profesională prevăzute la cap. 6.2,1 din Caietul de sarcini ca reprezentând un livrabil distinct al contractului (cu evidențierea prețului aferent), a cărui contravaloare să fie facturată și plătită distinct de livrarea, instalarea, punerea în funcțiune, configurarea și operaționalizarea echipamentelor;

(d) completarea cap. 6.2.1 din Caietul de sarcini cu informații referitoare la: tematica pentru fiecare curs; numărul de persoane care vor fi instruite; îndeplinirea cerințelor de participare la cursuri de către personalul care va fi instruit;

(e) eliminarea cerințelor prevăzute la cap. 3.3.5 din Caietul de sarcini referitoare la: verficatorul de proiecte pentru domeniile A1 și A2; verficatorul de proiecte pe specialitatea instalații termice și de ventilație/climatizare; verficatorul de proiecte pe specialitatea instalații electrice;

(f) completarea Documentației de atribuire cu proiectul tehnic/ documente din conținutul proiectului tehnic cu privire la detecția și semnalizarea în caz de incendiu și la sistemul de stingere și limitare a incendiilor”.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat studierea dosarului format în cadrul Consiliului.

În luarea deciziei **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

... SA, prin reprezentantul convențional, formulează contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., împotriva documentației de atribuire întocmită de către ..., solicitând cele redate în partea introductivă și prezentând, pe fond, argumentele sale.

Susținând temeinicia contestației arată că:

- autoritatea contractantă a inclus în mod nelegal în documentația de atribuire specificații tehnice care nu sunt stabilite de un organism de standardizare internațional. Sistemul de certificare dezvoltat de Uptime Institute nu reprezintă un standard internațional în domeniu, în sensul reglementat de legislația privind achizițiile publice;

- prin stabilirea obligației de a obține certificarea Uptime Institute pentru centrul de date în numele autorității contractante, contractantului îi este transferat riscul ca infrastructurile ... deja construite în locația din ... să nu fie certificabile Uptime Institute. De asemenea, stabilirea acestei obligații este excesivă, în condițiile în care livrarea echipamentelor din prezenta procedură nu reprezintă totalitatea activităților necesare organizării unui centru de date, ci doar o parte a acestora. Astfel, menținerea acestei obligații în documentația de atribuire este neproportională și conduce la imposibilitatea contractantului de a

gestiona și duce la bun sfârșit contractul de achiziție publică, fără ca acest aspect să fie determinat de conduita sa culpabilă, ci de modalitatea defectuoasă a autorității contractante de a structura și organiza procedura de atribuire.

- documentația de atribuire publicată de ... cuprinde mai multe neclarități și inconsecvențe, nefiind elaborată astfel încât să asigure o informare completă, corectă și precisă a operatorilor economici cu privire la cerințele achiziției publice.

Totodată, ... SA a prezentat și argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

În drept au fost invocate prevederile art. 8 și art. 10 din Legea nr. 101/2016, precum și dispozițiile legale menționate în cadrul contestației.

În probațiune au fost solicitate înscrisuri, precum și „probe a căror necesitate rezultă în urma apărărilor formulate de Autoritatea contractantă”.

Deși în finalul contestației ... SA a indicat *„Precizăm că vom depune recipisa de consemnare a cauțiunii în valoare de 220.000 lei, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, potrivit dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016”*, prin adresa nr. ..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatorului să transmită la dosarul cauzei, *„în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, dovada constituirii cauțiunii în cuantumul legal”*.

Prin adresa nr. 372867/05.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... a transmis punctul de vedere referitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire, solicitând respingerea ca nefondată, a acesteia. În probațiune a atașat înscrisuri.

Dovada comunicării documentului către contestator a fost atașată.

Prin adresa nr. 372870/07.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... a transmis la dosarul cauzei punctul de vedere referitor la fondul contestației, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În dovedire a atașat, în copie, documente din dosarul achiziției publice. A fost atașată și dovada comunicării punctului de vedere către contestator.

Prin adresa nr. 171 din „10.04.2023”, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., contestatorul ... SA a depus la registratura Consiliului, în original, recipisa de consemnare nr. 209054942/1 din 11.04.2023, emisă de ..., în valoare de 220.000,00 lei.

Având în vedere data înregistrării la C.N.S.C. a contestației din prezenta cauză, respectiv 04.04.2023, precum și recipisa de consemnare nr. 209054942/1 din data de 11.04.2023, emisă de către ..., în valoare de 220.000,00 lei, document ce reflectă cauțiunea aferentă contestației, în considerarea dispozițiilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, **prin adresele nr. ... și nr. ... din 11.04.2023**, Consiliul a pus în discuția părților excepția inadmisibilității contestației formulate de

către ... SA, prin raportare la termenul de 5 zile prevăzut la art. 61¹ alin. (1), calculat potrivit art. 5 alin. (2) din același act normativ.

Ca răspuns la adresa Consiliului, prin adresa nr. 372875/12.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă ... a invocat excepția inadmisibilității contestației ... SA, solicitând respingerea acestei contestații, ca inadmisibilă, pentru constituirea tardivă a cauțiunii în dosarul nr. „.../04.04.2023”.

În acest sens se raportează la data la care a fost sesizat Consiliul de către contestator (04.04.2023), la cauțiunea ce a fost constituită în data de 11.04.2023 (recipisa de consemnare nr. 209054942/1), precum și la dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Consideră că ... SA a *„constituit cauțiunea cu depășirea termenului legal și imperativ de 5 zile calculate de la data sesizării CNSC”*.

Astfel, apreciază că ultima zi în care operatorul economic ar fi putut constitui cauțiunea era data de 10.04.2023.

Dovada comunicării acestui document către reprezentantul convențional al contestatorului a fost atașată.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SA, prin reprezentantul convențional, a solicitat respingerea excepției inadmisibilității contestației, deoarece și-a îndeplinit obligația de a constitui cauțiunea în termenul stabilit de art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101 /2016.

Raportându-se la prevederile anterior indicate, din care redă, consideră că obligația sa era de a constitui cauțiunea în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului. Constituirea propriu-zisă a cauțiunii nu se poate confunda cu dovada constituirii acesteia.

Precizează că, în situația de față, Consiliul a fost sesizat la data de 04.04.2023, iar ultima zi a termenului de 5 zile a fost 10.04.2023, în conformitate cu art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101 /2016.

Astfel, indică ordinul de plată nr. 7/10.04.2023, document ce a fost atașat, și susține că a procedat la consemnarea cauțiunii în data de 10.04.2023 (ultima zi a termenului legal), aceasta fiind ziua în care a ordonat plata cauțiunii în cuantum de 220.000 lei. Faptul că dovada consemnării acesteia (recipisa) a fost depusă la dosar în data de 11.04.2023 nu este de natură să conducă la concluzia că societatea sa nu și-a îndeplinit obligația de a constitui cauțiunea în termenul legal.

Contestatoarea invocă prevederile art. 190 din Legea nr. 209/2019 și arată că ordinul de plată reprezintă orice instrucțiune dată de plătitor către prestatorul său de servicii de plată prin care se solicită executarea unei operațiuni de plată. Consideră că, prin dispoziția de plată, și-a manifestat irevocabil intenția de a constitui, în termenul legal, cauțiunea aferentă contestației ce face obiectul prezentului dosar (intenție concretizată prin emiterea ordinului de plată nr. 7/10.04.2023).

Totodată, menționează că, prin calitatea de instrument de transfer de credit, ordinul de plată antrenează anumite operațiuni, care încep prin

dispoziția dată de plătitor băncii, de a pune la dispoziția unui beneficiar o sumă de bani și se finalizează prin acceptarea respectivului ordin de plată de către banca destinatară. Pe circuitul parcurs de ordinul de plată se pot interpune mai multe bănci, acestea efectuând, succesiv, operațiuni de recepție, autentificare, acceptare și executare a ordinului de plată, ceea ce nu înseamnă că ordinul de plată nu este valabil sau că plata nu a fost făcută.

Faptul că ordinul de plată a fost procesat a doua zi, iar recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209054942/1 are data de 11.04.2023, nu demonstrează încălcarea obligației societății sale de a constitui cauțiunea în termenul legal de 5 zile de la data sesizării Consiliului, apreciază contestatoarea.

Menționează că relevanța consemnării cauțiunii și diferența față de depunerea dovezii acesteia a fost arătată inclusiv în jurisprudența în materie, sens în care indică decizia CNSC nr. B02022_1928, din care citează.

În concluzie, ... SA solicită respingerea excepției inadmisibilității, precum și soluționarea contestației, astfel cum a fost formulată.

Dovada comunicării acestui document către autoritatea contractantă a fost atașată.

Urmare a primirii acestui răspuns al contestatorului, prin adresa nr. 372877/13.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă ... a comunicat faptul că își menține punctul de vedere cu privire la invocarea excepției inadmisibilității contestației formulate de către ... SA, față de constituirea tardivă a cauțiunii, solicitând respingerea contestației ca inadmisibilă.

Subliniază că ... SA a formulat contestația în data de 04.04.2023, iar cauțiunea a fost constituită în data de 11.04.2023 (recipisa de consemnare nr. 209054942/1), astfel că societatea a constituit cauțiunea cu depășirea termenului de decădere, de 5 zile, prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Consideră că acest termen vizează implicit emiterea recipisei de consemnare, instrumentul juridic care atestă depunerea/consemnarea sumelor, iar nu ordinul de plată invocat de către contestatoare.

Apreciază că ... SA nu a depus diligențele necesare în vederea constituirii cauțiunii în termenul legal.

Menționează că decizia C.N.S.C. invocată de către contestatoare nu este relevantă, deoarece problema de drept analizată în prezenta cauză este reprezentată de constituirea cauțiunii în afara termenului legal, nu de depunerea dovezii constituirii la C.N.S.C.

Dovada comunicării acestui document către reprezentantul convențional al contestatorului a fost atașată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat licitația deschisă, derulată online, în vederea atribuirii unui: „Contract de furnizare echipamente tehnologice pentru amenajarea CENTRULUI DE DATE SECUNDAR I cu servicii de instalare, configurare, punere în funcțiune, operaționalizare, instruire și acreditare incluse”, cod CPV 42500000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. ..., conform căruia valoarea estimată a contractului de furnizare este de 46.812.000 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate preț”, având următorii factori de evaluare: „prețul ofertei” – pondere 80% și „suplimentarea duratei de garanție/suport tehnic” – pondere 20%.

Contestația ... SA, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., vizează documentația de atribuire elaborată de către

Având în vedere data înregistrării la C.N.S.C. a contestației din prezenta cauză, respectiv 04.04.2023, precum și recipisa de consemnare nr. 209054942/1 din data de 11.04.2023, emisă de către ..., în valoare de 220.000,00 lei, document ce reflectă cauțiunea aferentă contestației, în considerarea dispozițiilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, **prin adresele nr. ... și nr. ... din 11.04.2023, Consiliul a pus în discuția părților excepția inadmisibilității contestației formulate de către ... SA, prin raportare la termenul de 5 zile prevăzut la art. 61¹ alin. (1), calculat potrivit art. 5 alin. (2) din același act normativ.**

Procedând la verificarea constituirii cauțiunii în termenul legal, de către ... SA, Consiliul reține că în cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale, în forma în vigoare la data la care a fost depusă contestația (04.04.2023):

- art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare:

„(1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează:

b) 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 pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv (...).”

Astfel, raportat la valoarea estimată a procedurii, în sumă de 46.812.000 lei, fără TVA, precum și la data sesizării Consiliului- **04.04.2023, ... SA avea obligația ca, în termen de maximum 5 zile**

de la data sesizării Consiliului, să constituie o cauciune în sumă de 220.000,00 lei.

Conform dispozițiilor art. 5 din Legea nr. 101/2016 „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, **termenul de 5 zile anterior indicat împlinindu-se la finalul zilei de 10.04.2023.**

Consiliul reține că părțile nu au contestat cuantumul cauciunii prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, și nici data la care s-a împlinit termenul pentru constituirea cauciunii.

Astfel, contestatorul avea obligația, ca până în data de 10.04.2023, să constituie o cauciune astfel cum a fost stabilită de lege.

Consiliul stabilește că termenul de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, prevăzut la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, este un termen de decădere, a cărui respectare nu este lăsată la aprecierea contestatorului.

Cu privire la aceste aspecte sunt relevante prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, respectiv „Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare” și cele ale art. 185 alin. (1) C.pr. civ. „Când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate”.

Continuând analiza, Consiliul urmează a stabili **data constituirii cauciunii** prin raportare la dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016, anterior citate, precum și cele ale art. 1497 din Codul civil, respectiv „**Dacă plata se face prin virament bancar, data plății este aceea la care contul creditorului a fost alimentat cu suma de bani care a făcut obiectul plății**”.

Totodată, reține că, în prezenta cauză, înscrisul ce face **dovada constituirii cauciunii** este **recipisa de consemnare nr. 209054942/1 din 11.04.2023, emisă de ...**, în valoare de 220.000,00 lei, document în care sunt menționate și următoarele elemente: „*Prin virament, Nr. OP:7 Data OP: 11.04.2023*”. Acest document a fost depus, în original, la dosarul cauzei de către

contestatorul ... SA prin adresa nr. 171 din „10.04.2023”, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.

Astfel, Consiliul constată că recipisa de consemnare nr. 209054942/1 din **11.04.2023**, emisă de ..., anterior prezentată, **a fost emisă după împlinirea termenului prevăzut la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, termen care s-a împlinit la finalul zilei de 10.04.2023.**

În aceste condiții, Consiliul va înlătura argumentele contestatorului prezentate prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., cu referire la data plății cauțiunii și data consemnării cauțiunii. Acesta avea obligația de a constitui cauțiunea în termenul legal (o obligație de rezultat), adică de a face dovada consemnării sumei de 220.000,00 lei, pe seama și la dispoziția Consiliului, până la finalul zilei de 10.04.2023, condiție neîndeplinită având în vedere dovada incontestabilă în acest sens, precizată anterior.

În acest context, Consiliul reține că **dovada datei constituirii cauțiunii este reprezentată de recipisa de consemnare nr. 209054942/1 din 11.04.2023, emisă de ..., în valoare de 220.000,00 lei, înscris care confirmă atât consemnarea sumei, cât și data acestei operațiuni**, și nu de ordinul de plată nr. 7 din 10.04.2023 emis de către ... SA, document atașat adresei ce a fost înregistrată la C.N.S.C. sub nr.

Obligația constituirii cauțiunii în termenul fixat de lege, de 5 zile de la sesizarea Consiliului, este o obligație imperativă, reglementată printr-o normă de ordine publică, relevantă în acest sens fiind și practica judiciară de dată recentă, respectiv decizia nr. 3/01.02.2023 pronunțată de Curtea de Apel București.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data depunerii contestației, Consiliul va respinge ca inadmisibilă contestația depusă de ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... pentru neconstituirea cauțiunii în termenul legal.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă contestația formulată de ... SA în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

...

PREȘEDINTE

...

Consilier de soluționare

...

Redactat practicaua deciziei,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... pagini.