



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C

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.cns.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. .

Data:

Prin contestația nr.7385/04.11.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.33742/04.11.2016, depusă de S.C. S.R.L., cu sediul în, având domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la punctul de lucru din, având CUI ..., reprezentată legal prin administrator și director general împotriva solicitării de clarificări nr.1909075/SAP/ML din 27.10.2016, emisă de , cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Pistoale calibru 9x19 mm”, cod CPV 35320000-3 – Arme de foc (Rev.2), s-a solicitat :

- Suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei;
- Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin contestație;
- Anularea adresei nr.1909075/1/SAP/ML din 27.10.2016;
- Renunțarea la solicitarea prezentării angajamentului în formă autentică, ea încălcând prevederile documentației de atribuire;
- După caz, stabilirea unei noi date de răspuns care să țină cont de complexitatea solicitării.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante nr.2975/17.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.35334/18.11.2016, S.C. S.R.L., cu sediul în, înmatriculată la Oficiul

Registrului Comerțului sub nr...., având Cod Unic de Înregistrare reprezentată legal prin administrator și convențional, indicat și ca sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, s-a solicitat respingerea contestației și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată, constând în onorariu de avocat.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, S.C. S.R.L. critică solicitarea de clarificări nr.1909075/1/SAP/ML din 27.10.2016, emisă de , în cadrul procedurii de licitație restrânsă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Pistoale calibru 9x19 mm”, cod CPV 35320000-3 – Arme de foc (Rev.2), solicitând:

- Suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei;
- Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin contestație;
- Anularea adresei nr.1909075/1/SAP/ML din 27.10.2016;
- Renunțarea la solicitarea prezentării angajamentului în formă autentică, ea încălcând prevederile documentației de atribuire;
- După caz, stabilirea unei noi date de răspuns care să țină cont de complexitatea solicitării.

În motivarea contestației sale, S.C. S.R.L. a prezentat argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației, iar, pe fond, a arătat că a îndeplinit procedura prealabilă a notificării, motivele de fapt și de drept ale contestației fiind următoarele:

Adresa nr.1909075/1/SAP/ML din 27.10.2016 prin care s-a solicitat prezentarea Angajamentului de susținere tehnică în formă autentică, fiind indicat și un termen extrem de scurt pentru prezentarea documentului, este nelegală, deoarece contravine prevederilor documentației de atribuire și clarificărilor emise de către autoritatea contractantă, având și un temei de drept nelegal.

Contestatorul susține că, prin clarificarea publicată în SEAP la data de 14.09.2016, s-a indicat faptul că *"autoritatea nu a stabilit un formular anume ce trebuie respectat, operatorii economici având libertatea de a stabili forma acestuia, cu condiția prezentării informațiilor solicitate. Situația mai sus prezentată este valabilă și în cazul Angajamentului ferm al terțului susținător"*.

În condițiile în care în documentația de atribuire, după cum se arată, nu a fost menționat un formular anume pentru angajamentul de susținere și nici forma în care acesta trebuie prezentat, iar, în răspunsul la solicitarea de clarificări nr.1907790/2/SAP/FF, s-a indicat că acesta poate fi prezentat în orice formă, atâta timp cât se prezintă informațiile

solicitate, se apreciază că nu mai are relevanță faptul că O.U.G. nr.114/2011 prevede că angajamentul trebuie prezentat *"de regulă, în formă autentică"*. Sintagma *de regulă* indică faptul că prevederea nu este imperativă și că autoritatea contractantă poate decide asupra formei.

Contestatorul arată că a întocmit candidatura în strictă conformitate cu prevederile O.U.G nr.114/2011 și cu prevederile documentației de atribuire, art.27 alin.1 instituind prevalența informațiilor din documentația de atribuire asupra oricăror alte informații, iar art.27 alin.2 lit.c) stabilind, în mod lipsit de echivoc, *"documentele care urmează să fie prezentate de ofertanți/candidați"*.

Față de prevederile art.32 din O.U.G. nr.114/2011, contestatorul învederează că, din moment ce în documentația de atribuire nu s-a menționat *"forma autentică"* pentru angajamentul ferm, nu se poate impune acum prezentarea angajamentului în această formă. Solicitarea excede prevederilor documentației de atribuire și nu i-a fost făcută cunoscută în perioada de elaborare a candidaturilor, precizează contestatorul care, totodată, subliniază faptul că documentația de atribuire necontestată constituie legea pentru autoritatea contractantă și pentru ofertanți.

Pe de altă parte, se arată că, în actul atacat, autoritatea contractantă nu justifică în niciun fel de ce este imperativă prezentarea angajamentului ferm la acest moment și de ce, de exemplu, dacă ar fi cu adevărat justificată această condiție a formei, ea nu se poate îndeplini la depunerea ofertei. Opinează contestatorul că forma autentică este necesară să întărească convingerea autorității contractante că terțul se va implica activ și efectiv în derularea contractului dacă operatorul economic susținut întâmpină dificultăți.

Or, un candidat calificat și selectat poate să nu mai participe la etapa a doua, de depunere a ofertelor, din diferite motive. În acest sens, după cum se arată, cerința este lipsită de finalitate juridică rezonabilă și este disproporționată ca cerință, mai ales având în vedere momentul procedurii, neexistând vreo angajare fermă și irevocabilă a candidaților în ofertare.

Conform actului normativ incident, doar depunerea ofertei creează obligații ferme operatorului economic, susține contestatorul, care, în plus, apreciază că solicitarea nu se încadrează între cele permise de lege, în sensul că nu este nici de confirmare și nici de completare a unui document deja depus/prezentat, ci este de înlocuire a acestuia.

Un alt viciu evident al actului menționat, în opinia contestatorului, este indicarea atât a temeiului de drept *"art.134 alin.5 din hotărâre"*, cât și a considerării *"ofertei"* drept inacceptabilă, nefiind clar la care *"hotărâre"* se referă autoritatea contractantă, H.G. nr.395/2016 nefiind aplicabil achizițiilor guvernate de O.U.G. nr.114/2011, iar candidaturile nu pot fi inacceptabile și/sau neconforme.

Pentru motivele enunțate, se solicită obligarea autorității contractante să renunțe la cerința prezentării angajamentului în forma

autentică în această etapă a procedurii, deoarece angajamentul prezentat în forma actuală este integral conform prevederilor documentației de atribuire și clarificării emise, el exprimând voința părților așa cum a fost ea asumată.

Pe de altă parte, termenul impus inițial, de 04.11.2016 și, ulterior, cel de 08.11.2016, nu este corelat cu complexitatea și volumul activității de emitere a unui nou act în formă autentică.

Mai mult, susține contestatorul, prelungirea termenului este doar de formă, având în vedere că se suprapune cu sfârșitul de săptămână, neaducând niciun sprijin efectiv candidatului.

Astfel, arată contestatorul, dată fiind natura actului și faptul că terțul susținător este de naționalitate străină – cehă – singurele persoane cu drept de semnătură în această speță sunt membri ai Consiliului de administrație al terțului susținător și nu se află în permanență în Republica Cehă, fiind imposibilă obținerea și transmiterea documentului în forma solicitată până la data impusă prin solicitarea de clarificare, chiar și până la cea de 08.11.2016.

Dacă Consiliul ar aprecia, prin absurd, că s-ar impune totuși prezentarea angajamentului în formă autentică, se solicită să se aibă în vedere motivele obiective și concrete expuse și să fie obligată autoritatea contractantă să stabilească o perioadă de răspuns de minim 10 zile lucrătoare.

În drept, documentația de atribuire, O.U.G nr.114/2011, Legea nr.101/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.1912235/SAP/ML/14.11.2016, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.34797/14.11.2016, a solicitat respingerea contestației având în vedere lipsa notificării, iar, în subsidiar, respingerea contestației, ca nefondată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, precizând că, la 30.09.2016, a avut loc deschiderea candidaturilor depuse de către cei 6 operatori economici participanți la procedură, iar, la data de 27.10.2016, conform procesului-verbal nr.1906391/2, au fost emise solicitări de clarificare ce au fost transmise candidaților, termenul limită de răspuns fiind 04.11.2016.

Acest termen a fost prelungit, după cum se arată, până la 08.11.2016, urmarea solicitării unui candidat participant.

Autoritatea contractantă susține că, la data de 07.11.2016, a primit contestația nr.7385/04.11.2016, din partea S.C. S.R.L.

Având în vedere că, deși contestatorul arată că a depus notificarea prealabilă prin e-mail, nu se regăsește actul transmis și dovada transmiterii acestuia, autoritatea contractantă apreciază, că în lipsa notificării prealabile, se impune respingerea contestației.

În legătură cu solicitarea de clarificări, precizează autoritatea contractantă că a fost emisă în conformitate cu prevederile art.165 alin.2 din O.U.G. nr.114/2011, al căror conținut îl redă, prin utilizarea

sintagmei "*de regulă*" apreciindu-se că legiuitorul a precizat modalitatea prin care operatorul economic dovedește susținerea de care beneficiază, respectiv prezentarea unui angajament ferm din partea persoanei respective, angajament care, potrivit textului de lege, trebuie încheiat doar în formă autentică.

De asemenea, se arată că solicitarea de clarificări a fost transmisă la data de 27.11.2016, astfel că termenul de răspuns, de 12 zile, nu este unul restrictiv, precum și că, față de susținerile contestatorului, se constată:

- reaua credință a acestuia, în sensul că la data de 03.11.2016, a înțeles să depună, la o procedură de atribuire cu obiect similar – Furnizare pistoale automate (anunț de participare nr.169695), angajamentul privind susținerea tehnică și/sau profesională în formă autentică, pentru același susținător tehnic, în termenul stabilit.

- prin depunerea contestației se urmărește obținerea unor avantaje față de ceilalți candidați, respectiv:

- prin accesul la dosarul achiziției publice există posibilitatea ca aceasta să afle informații cu privire la ofertele tehnice ce vor fi depuse, în funcție de terțul susținător al candidaților înscriși;

- prin suspendarea procedurii, decalarea calendarului acesteia și a termenului de atribuire, obținând, în aceste fel, în situația în care va fi declarat câștigător, imposibilitatea autorității contractante de a încheia contracte subsecvente, în baza acordurilor-cadru, în cursul anului bugetar 2016, fiind astfel degrevat de eventuale sincope ce pot apărea în derularea acestora;

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.35334/18.11.2016, S.C. S.R.L. a solicitat respingerea contestației și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată, constând în onorariu de avocat.

În motivarea cererii, cu titlu de chestiuni prealabile, au fost invocate argumente în susținerea admisibilității cererii de intervenție, precizându-se că aceasta a fost formulată în termenul de 10 zile prevăzut de art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016.

Pe fond, intervenientul prezintă un scurt istoric al procedurii, iar cu privire la susținerile contestatorului arată că sunt simple speculații, lipsite de suport legal, rezultat al abordării solicitării autorității contractante și a art.165 alin.2 din O.U.G. nr.114/2011, cu rea-credință.

Intervenientul susține că S.C. S.R.L. citează eronat textul legal menționat, prin alăturarea unor cuvinte și ignorarea celor dintre ele, utilizarea formulei „de regulă” semnificând faptul că candidatul/ofertantul de obicei demonstrează această susținere pentru a-și dovedi capacitatea tehnică și profesională, prin prezentarea angajamentului de susținere din partea terțului susținător, care trebuie să fie încheiat întotdeauna în formă autentică.

Sintagma „de regulă”, după cum se arată, este de natură să permită autorității contractante să stabilească și un alt tip de act pentru dovedirea susținerii mai sus menționată.

Aspectul în discuție, susține intervenientul, reflectă orientarea Directivei 2009/81/CE, transpusă în legislația românească prin O.U.G. nr.114/2011, interpretarea contestatorului fiind apreciată ca una contrară directivei și legii române.

Referitor la susținerea contestatorului privitoare la lipsa mențiunii din documentația de atribuire, cu privire la prezentarea în formă autentică a angajamentului de susținere, se subliniază că aceasta nu poate fi invocată în condițiile în care forma autentică a documentului de susținere este stabilită de legiuitor.

În drept, se invocă art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 și dispozițiile legale din conținutul contestației.

Ca mijloace de probă, se solicită înscrisuri, fiind anexată împuternicirea avocațială.

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, S.C. S.R.L. a depus concluzii scrise, înregistrate la C.N.S.C. sub nr.35397/18.11.2016.

În conținutul concluziilor scrise, contestatorul arată că afirmațiile autorității contractante din punctul de vedere nu fac decât să confirme susținerile sale.

Contestatorul precizează că și-a îndeplinit toate obligațiile prevăzute de Legea nr.101/2016 în ceea ce privește transmiterea notificării prealabile, respectiv notificarea prealabilă nr.7362/31.10.2016, a fost transmisă prin fax, la nr.0213174965, și e-mail, la adresele achizitii@politiaromana.ro și lucian.mares.dl@politiaromana.ro, sens în care depune dovada transmiterii.

Arată contestatorul că a mai transmis și alte documente la numărul de fax și adresele susindicate, iar autoritatea contractantă nu s-a „plâns” că nu le-a primit.

Pe fond, cotestatorul invocă argumente în susținerea punctului său de vedere.

În probațiune, s-a depus un set de documente.

Consiliul, relativ la cererea de intervenție accesorie formulate de S.C. S.R.L., ia act de faptul că acesta urmărește menținerea actelor emise de autoritatea contractantă.

În temeiul dispozițiilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, potrivit căroră *„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”, Consiliul constată că cererea de intervenție a fost depusă în termen. Astfel, autoritatea contractantă a postat contestația în SEAP la data de 08.11.2016, iar S.C. S.R.L. a înaintat cererea de intervenție către C.N.S.C., prin poștă, la data de 17.11.2016 – data poștei, în penultima zi înainte de împlinirea termenului.

Având în vedere dispozițiile art.68 din Legea nr.101/2016, art.61 alin.3, art.63, art.65 și art.67 din Codul de procedură civilă, precum și faptul că prin cererea de intervenție s-a solicitat respingerea contestației și menținerea actelor întocmite de autoritatea contractantă, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de S.C. S.R.L., acesta având un interes în a interveni în prezentul litigiu, fiind candidat selectat în cadrul procedurii de atribuire.

În considerarea dispozițiilor art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, deși autoritatea contractantă nu a invocat explicit excepția inadmisibilității contestației, ci s-a limitat la a formula susțineri ce se circumscriu acesteia, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției inadmisibilității contestației pentru lipsa notificării prealabile.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

S.C. S.R.L. critică, prin contestație, solicitarea de clarificări nr.1909075/1/SAP/ML din 27.10.2016, despre care a luat cunoștință la data de 27.10.2016, așa cum afirmă.

Consiliul reține ca elemente cu relevanță în soluționare, tipul contractului ce se va încheia, respectiv acord-cadru de furnizare și valoarea estimată a acestuia, de 4.333.333 lei, funcție de care stabilește incidența dispozițiilor art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, potrivit cu care *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiune, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, (...)”*

Față de dispozițiile legale susmenționate, rezultă că S.C. S.R.L. avea obligația de a notifica autoritatea contractantă, înainte de a depune contestația, în termen de 10 zile de la data la care a luat cunoștință de actul atacat, termen care, calculat conform art.5 din Legea nr.101/2016, s-a împlinit la data de 07.11.2016.

Autoritatea contractantă contestă primirea notificării prealabile, susținând că a primit din partea contestatorului, în data de 07.11.2016, doar contestația nr.7385/04.11.2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că S.C. S.R.L. a transmis notificarea prealabilă către autoritatea contractantă, prin e-mail și fax, la data de 31.10.2016, sens în care, ca dovezi, a anexat adresa de înaintare prin e-mail și un raport fax.

Analizând documentele depuse de contestator, Consiliul nu le poate reține ca reprezentând dovezi ale comunicării notificării prealabile, deoarece acestea pot face cel mult dovada unor transmiteri, iar nu a primirii certe a respectivului înscris.

Potrivit art.16 alin.5 din Legea nr.101/2016, *„Toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, **cu confirmare de primire.**”*

Actul normativ menționat permite, deci, transmiterea documentelor prin fax și/sau mijloace electronice, însă este obligatoriu ca expeditorul să se asigure de primirea acestora de către destinatar. Cum obligația dovedirii primirii documentelor transmise de contestator revine acestuia din urmă, obligația legală a transmiterii notificării prealabile către autoritatea contractantă, nu poate fi considerată ca fiind îndeplinită, dovezile susmenționate neputând constitui confirmarea de primire la care face referire articolul susmenționat.

Așadar, în lipsa unei confirmări de primire a notificării prealabile, care să emane de la destinatarul acesteia, Consiliul nu poate reține că autoritatea contractantă a primit notificarea prealabilă la data de 31.10.2016, contestatorul având obligația de a se asigura că autoritatea contractantă a primit înscrisul în discuție, prin solicitarea, spre exemplu, a retransmiterii lui purtând numărul de înregistrare. De altfel, în finalul adresei de înaintare transmisă prin e-mail, contestatorul a inserat mențiunea *„Vă rugăm să confirmați primirea și să ne comunicați nr.de înregistrare în evidențele dumneavoastră.”*, dar nu a mai urmărit, se pare, să primească respectivele informații.

În sensul că raportul fax, chiar dacă conține mențiunea „OK”, reprezintă o dovadă de transmitere, s-a pronunțat și practica judiciară, spre pildă în Decizia nr.52/CA/2008 din 07.02.2008, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, s-a reținut că „dovada expedierii, prin fax, nu este o dovadă suficientă” pentru a se aprecia că s-a adus la cunoștință conținutul documentului, aceeași opinie fiind întâlnită și în decizia nr.929 din 12.04.2010, pronunțată de Curtea de Apel București-Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, decizia nr.278/CA din 10.03.2008, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, precum și decizia nr.2455 din 03.11.2008, pronunțată de Curtea de Apel Cluj – Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în care s-a decis că raportul fax nu are forță probantă în condițiile în care se contestă primirea documentului.

Astfel, apărările contestatorului nu vor fi primite în soluționare, acesta, la rândul său, făcând vorbire în concluziile scrise despre anexarea dovezii de transmiterea, iar nu a celei de primire, noțiuni care nu se confundă.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează să admită excepția inadmisibilității contestației depusă de S.C. S.R.L.

Ca urmare a admiterii excepției susmenționată, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art.278 alin.1 din ordonanța de urgență, nu va mai proceda la analiza aspectelor legate de fondul cauzei.

Față de soluția pronunțată, cererea de intervenției accesorie în interesul autorității contractante, va fi respinsă.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

Admite excepția inadmisibilității contestației depusă de S.C. S.R.L., cu sediul în , în contradictoriu cu , cu sediul în și, pe cale de consecință, respinge contestația, ca inadmisibilă.

Respinge cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de S.C. S.R.L., cu sediul în

Obligatorie.

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