

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. 2779/C3/3169

Data: 30.12.2022

Prin contestația nr. 793 din data de 22.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 63327 din data de 23.12.2022, înaintată de SC S.R.L., cu sediul în și sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la reprezentantul convențional situat în, înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și convențional de SOCIETATEA DE AVOCAȚI "....."-SPARL, formulată împotriva procesului-verbal nr. 67842/19.10.2022 emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, în licitația deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect FURNIZARE ȘI MONTARE SISTEM DE ÎNCHIRIERE BICICLETE (BIKE-SHARING) AFERENTE INVESTIȚIEI: „REDUCEREA EMISIILOR DE CARBON ÎN PRIN INVESTIȚII BAZATE PE PLANUL DE MOBILITATE URBANĂ DURABILĂ, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului nr. CN1042988 din data de 25.05.2022, s-a solicitat anularea, în parte, a procesului-verbal nr. 67842/19.10.2022 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, precum și a actelor ulterioare întocmite în baza acestuia, în partea referitoare la declararea admisibilă a ofertei S.C. S.R.L., cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea acesteia.

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

SC S.R.L. atacă procesul-verbal nr. 67842/19.10.2022, emis de autoritatea contractantă, considerând că, în mod netemeinic, autoritatea contractantă a declarat admisibilă oferta S.R.L., având în vedere că nu respectă cerințele documentației de atribuire, respectiv propunerea tehnică nu conține metodologia de lucru, planul de lucru, personalul utilizat și organizării acestuia.

Contestatoarea susține că, în data de 07.11.2022, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii, prin care oferta sa a fost

declarată admisibilă și câștigătoare, iar oferta S.R.L., admisibilă și necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2.

De asemenea, contestatoarea arată că, la data de 12.12.2022, cu ocazia studierii dosarului nr. 2841/2022 având ca obiect contestația formulată de S.R.L, împotriva raportului procedurii, și punerii la dispoziție de către CNSC a documentelor aferente dosarului achiziției, a constatat, cu privire la ofertantul clasat pe locul 2, faptul că oferta acestuia nu respectă cerințele documentației de atribuire, autoritatea procedând în mod netemeinic la declararea acesteia admisibilă.

Respectiva ofertă trebuia respinsă ca neconformă, întrucât nu a prezentat metodologia de lucru, planul de lucru și personalul, iar răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificare trimisă de autoritate este insuficient.

Prin adresele nr. 63629 și 63631/C3/3169/27.12.2022, CNSC a cerut atât contestatoarei, cât și autorității contractante, opinia față de tardivitatea contestației, având în vedere data luării la cunoștință a actului atacat și data promovării acțiunii, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu completările și modificările ulterioare.

Prin adresa nr. 81673/27.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 63843/27.12.2022, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca tardivă, având în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și faptul că obiectul contestației îl reprezintă procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. 67842 din data de 19.10.2022.

Prin e-mailul înregistrat la CNSC sub nr. 63890/28.12.2022, în ceea ce privește tardivitatea contestației sale, SC S.R.L. solicită respingerea excepției, menționând că a luat la cunoștință despre conținutul actului atacat în data de 12.12.2022, când a studiat dosarul aflat anterior pe rolul CNSC, act prealabil raportului procedurii și la care nu avut acces.

Drept urmare, contestatoarea consideră că a formulat în termenul legal contestația sa.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 64015/28.12.2022, SC S.R.L. a transmis, în original, dovada constituirii cauțiunii aferente contestației sale.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, CNSC reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat o licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect FURNIZARE ȘI MONTARE SISTEM DE ÎNCHIRIERE BICICLETE (BIKE-SHARING) AFERENTE INVESTIȚIEI: „REDUCEREA EMISIILOR DE CARBON ÎN PRIN INVESTIȚII BAZATE PE PLANUL DE MOBILITATE URBANĂ DURABILĂ, prin publicarea, în SEAP, anunțului cu nr. CN1042988/25.05.2022

Preliminar, C.N.S.C. constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SC S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208696288/1, în valoare de 95.078,74 lei, de la CEC BANK – SUCURSALA, din data de 23.12.2022.

Împotriva procesului-verbal nr. 67842/19.10.2022 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, SC S.R.L. a înaintat contestația de față, solicitând anularea, în parte, a procesului-verbal nr. 67842/19.10.2022, precum și a actelor ulterioare întocmite în baza acestuia, în partea referitoare la declararea admisibilă a ofertei S.C. S.R.L., cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea acesteia.

Făcând analiza excepției de tardivitate puse în discuție din oficiu, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, CNSC constată că, în speță, raportat la valoarea estimată a prezentei proceduri, de 4.753.937 lei, fără TVA, sunt incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

"Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

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/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunșurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;"

Totodată, CNSC reține că, potrivit art. 16 alin. (1) din aceeași lege, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

CNSC constată că actul atacat, respectiv procesul-verbal nr. 67842 a fost încheiat la data de 12.10.2022 și înregistrat la data de 19.10.2022.

În cuprinsul lui, se menționează că sunt conforme ambele oferte (a SC S.R.L. și a SC S.R.L.).

Pe baza procesului-verbal nr. 67842/19.10.2022 a fost întocmit raportul procedurii de atribuire nr. 71051/07.11.2022, potrivit căruia ambele oferte sunt admisibile, respectiv a SC S.R.L. câștigătoare și a SC S.R.L.

Admisibilitatea acestor oferte și rezultatul evaluării au fost comunicate de prin adresele nr. 71053/07.11.2022.

Deci, ... S.R.L. cunoștea încă din 07.11.2022 că oferta concurentă a S.R.L. era admisibilă și necâștigătoare.

De altfel, chiar în cererea de intervenție din litigiul anterior (de soluționare a contestației S.R.L.), ... S.R.L. a declarat expres:

*"(3) În data de **07.11.2022**, Autoritatea contractantă a emis Raportului Procedurii prin care oferta subscrisei a fost declarată admisibilă și câștigătoare, iar oferta **S.C. S.R.L., admisibilă și necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2.**"*

Știind că oferta concurentă este admisibilă, respectiv că nu a fost respinsă, încă din 07.11.2022, când a primit comunicarea nr. 71053/07.11.2022 și a fost postat în SEAP raportul procedurii, ... S.R.L. a preferat să stea în pasivitate și nu a atacat admiterea ofertei S.R.L.

Chiar dacă nu a fost postat în SEAP procesul-verbal nr. 67842/19.10.2022, ... S.R.L. îl putea consulta din dosarul achiziției publice, conform art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016:

*"... după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, **într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii**, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale."*

Așadar, dacă ar fi depus o cerere de acces, ... S.R.L. putea consulta dosarul achiziției publice, inclusiv procesul-verbal nr. 67842/19.10.2022, chiar și la 08.11.2022.

Este doar vina S.R.L. că nu a efectuat demersuri imediate în acest scop, preferând să aștepte până la 28.11.2022 (20 de zile), când a depus cerere de intervenție la CNSC, în cuprinsul căreia a solicitat acces la dosarul cauzei.

În concluzie, consultarea dosarului achiziției publice la sediul CNSC în data de 12.12.2022 nu prezintă nicio relevanță, întrucât S.R.L. cunoștea încă din 07.11.2022 că oferta concurentă este admisibilă și a fost culpa exclusivă a ei că, știind acest aspect, nu a consultat dosarul achiziției publice în termenul de contestare a admisibilității ofertei S.R.L.

..... S.R.L. nu poate invoca studierea documentelor după o lună de zile (07.11.2022-12.12.2022) de la aflarea rezultatului evaluării ofertelor, pentru a ocoli astfel termenul legal de contestare a rezultatului.

Chiar jurisprudența pe care o invocă în punctul de vedere trimis CNSC în 27.12.2022 este în defavoarea S.R.L., CJUE statuând că termenul de contestare curge de la data la care reclamantul ar fi trebuit să ia cunoștință de pretinsa încălcare a dispozițiilor.

În plus, hotărârea din cauza C-532/20 stabilește că termenul în care adjudecatarul unui contract poate introduce o cale de atac împotriva unei decizii a entității contractante prin care se declară admisibilă (cum este și raportul procedurii nr. 71051/07.11.2022), în cadrul deciziei de atribuire a contractului respectiv, oferta unui ofertant necâștigător (cum este și S.R.L.) poate fi calculat luând ca punct de referință data primirii acestei decizii de adjudecare de către acest adjudecatar (cum este și S.R.L.).

Nimic nu l-a împiedicat pe S.R.L. să conteste raportul procedurii nr. 71051/07.11.2022, conform căruia oferta S.R.L. era admisibilă, chiar la data primirii lui, după cum nimic nu l-a împiedicat să consulte dosarul achiziției publice începând cu 08.11.2022 și să se încadreze în termenul legal.

Procesul-verbal nr. 67842/19.10.2022 nu poate fi folosit ca paravan pentru contestarea tardivă a raportului procedurii nr. 71051/07.11.2022.

În plus, procesul-verbal nr. 67842/19.10.2022 este doar un act **prealabil**, care nu produce efecte de unul singur și nu poate fi contestat decât împreună cu raportul procedurii nr. 71051/07.11.2022, singurul act aprobat de conducătorul autorității contractante.

Indiferent dacă CNSC ar anula acum procesul-verbal nr. 67842/19.10.2022, ar rămâne în vigoare raportul procedurii nr. 71051/07.11.2022 în partea legată de admisibilitatea concurenței, pe care S.R.L. nu l-a atacat niciodată, în termenul legal de 10 zile.

Cu alte cuvinte, contestarea doar a actului premergător, fără a fi contestat actul vătămător asumat de autoritatea contractantă **este inadmisibilă**, după cum chiar CJUE a stabilit.

Decizia anterioară a CNSC privește anularea raportului procedurii de atribuire nr. 71051/07.11.2022 strict în partea referitoare la evaluarea ofertei SC S.R.L. și la declararea necâștigătoare a ofertei contestatoarei anterioare SC S.R.L.

Deci, partea din raport care privea admiterea ofertei SC S.R.L. nu a fost modificată de către CNSC, nefiind atacată de nimeni.

Având în vedere data luării la cunoștință a admiterii acestei oferte (07.11.2022), precum și dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, se constată că, în speță, contestația a fost transmisă în afara termenului legal. Ultima zi în care admiterea ofertei SC S.R.L. se

putea ataca era 17.11.2022, și nu 22.12.2022, dată la care a înțeles contestatoarea să înainteze prezenta contestație.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de SC S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ca tardivă, fără a face analiza altor excepții sau a fondului cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată din oficiu și respinge, ca tardivă, contestația formulată de SC S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....