CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1466/04.04....., emis de ....., cu sediul în ....., str. ..... nr. 186, județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Înființare sistem de alimentare cu apă în comuna Alexandru Vlahuță, județul .....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului:

- „(...) anularea actului autorității contractante nr. 1466/04.04..... (comunicare anulare procedură), prin care suntem informați de anularea procedurii (...) în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 124 din HG nr. 395/2016, motivat de expirarea perioadei de valabilitate a ofertelor și a garanțiilor de participare (...);
- anularea raportului procedurii întocmit de către autoritatea contractantă (...);
- continuarea procedurii de atribuire a contractului (...);
- anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii şi anularea tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza luării deciziei menționate anterior, precum şi a actelor subsecvente ce au legătură cu aceasta, inclusiv a răspunsului la notificarea prealabilă (...);

- (...) reevaluarea ofertei depuse de noi în cadrul procedurii, în conformitate cu prevederile legale din domeniul achiziției publice și a tuturor prevederilor legale aplicabile situației în fapt (...);

- întocmirea comunicărilor privind rezultatul procedurii (...)".

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de fată, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestaţia de față, prin care SC ..... SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 1466/04.04....., emis de ....., în calitate de autoritate contractantă, potrivit căruia procedura de atribuire în discuție a fost anulată în baza prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 124 din HG nr. 395/2016, motivat de expirarea perioadei de valabilitate a ofertelor şi a garanțiilor de participare.

În opinia contestatoarei, hotărârea autorității contractante - de anulare a procedurii - este netemeinică și nelegală, indicând, în principal, modalitatea incorectă de aplicare a celor două texte de lege, care ar constitui temeiul acestei decizii.

Astfel, contestatoarea susține că dispozițiile art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016 stabilesc, în mod imperativ, în sarcina autorității contractante, obligația precizării perioadei de valabilitate a ofertelor depuse în cadrul procedurii, de obicei, în cadrul documentației de atribuire (fișei de date a achiziției). În prezenta cauză, autoritatea contractantă a stabilit o anumită perioadă de valabilitate a ofertelor, care, cu certitudine, trebuie estimată și în funcție de perioada de timp pe care, tot autoritatea, o antamează, în scopul evaluării ofertelor și obținerea unui .....; rezultă că, în legătură cu această perioadă, din acest alineat, se impun, strict, obligații în sarcina autorității contractante, exclusiv, cu privire la cine stabilește perioada de valabilitate a ofertelor.

De asemenea, dispozițiile amintitului art. 124 alin. (2) impun și niște criterii în funcție de care se stabilește această perioadă, respectiv *perioada de valabilitate a ofertelor (...) trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului cadru*; prin urmare, se impun obligații strict în sarcina autorității contractante, cu privire la limita în timp a acestei perioade de valabilitate a ofertelor ce o stabilește.

Iar alin. (3) al art. 124 impune, din nou, în mod imperativ, în sarcina autorității contractante, o serie de obligații care au drept scop o mai bună estimare a perioadei, o cât mai reală prevedere a perioadei, în scopul asigurării transparenței și tratamentului egal. În partea a doua a textului, legiuitorul a înțeles să reglementeze în mod expres dacă apar situații excepționale care impun o prelungire a perioadei de evaluare,

obligația în sarcina autorității contractante de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare.

Rezultă, din toată această interpretare a textelor de lege, că obligația expres stabilită de legiuitor este, cu certitudine, a autorității contractante. Astfel, Comuna Alexandru Vlahuță trebuia să iasă din pasivitate, văzând că nu reușește să evalueze ofertele în perioada stabilită anterior, și să solicite, prin intermediul unor adrese, prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare.

Or, conduita autorității contractante a condus la crearea unor condiții artificiale de anulare a procedurii, fiind încălcate astfel dispozițiile art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Pe de altă parte, contrar opiniei autorității contractante, potrivit căreia nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, contestatoarea susține că, la momentul emiterii raportului de anulare a procedurii, existau oferte admisibile (inclusiv a sa).

De altfel, autoritatea contractantă nu își poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudine allegans*, izvorâtă din pasivitatea sa, în privința îndeplinirii atribuțiilor în cadrul procedurii de atribuire, după o perioadă lungă de timp, înlăuntrul căreia s-au consumat, în bună parte, etape importante ale procedurii. Mai mult, procedura de atribuire a fost contestată în repetate rânduri, organele abilitate (atât CNSC, cât și Curtea de Apel Iași) soluționând favorabil cauzele deduse judecății, stabilindu-se culpa în partea autorității contractante (aspect constatat definitiv atât de CNSC, cât și de Curtea de Apel Iași).

În scopul de a facilita obligația autorității contractante de a solicita prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, arată contestatoarea, a transmis acesteia:

- Angajamentul nostru de a ne menține oferta depusă ca fiind valabilă pe toată perioada de la depunere și până la semnarea contractului, precum și toate documentele depuse în susținerea acesteia și a tuturor documentelor ce stau la baza contractului și constituie anexe la acesta; Astfel prin prezenta declarăm a prelungi perioada de valabilitate a ofertei depuse în cadrul prezentei proceduri până la cel puțin data de 31.05....., şi ne angajăm a prelungi în continuare valabilitatea ofertei la orice solicitare în acest sens, venită din partea autorității contractante, conform obligației legale ce-i revine în acest sens;

- Actul adițional nr. 05/05.04..... la polița seria AX nr. 056140/09.01.2017, prin care se prelungește perioada de valabilitate a garanției de participare de la data de 17.02..... la data de ....., precum şi angajamentul nostru de a prelungi în continuare valabilitatea garanției de participare la orice solicitare în acest sens, venită din partea autorității contractante, conform obligației legale ce-i revine în acest sens.

Drept urmare, având în vedere toate neregulile prezentate și argumentele expuse, contestatoarea solicită Consiliului admiterea cererii, conform obiectului identificat mai sus, anularea deciziei de anulare a procedurii și dispunerea continuării ei.

Prin adresa nr. 1603/20.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 16343/23.04....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca fiind introdusă de o persoană lipsită de calitate procesuală activă.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că, la momentul înaintării notificării prealabile şi a contestației, SC ..... SRL nu avea calitate de ofertant în procedura de atribuire, motivat de faptul că valabilitatea ofertei sale şi a garanției de participare au expirat la data de 16.02..... Pe cale de consecință, SC ..... SRL nu are calitate procesuală activă.

În acest context, raportat la dispozițiile art. 3 lit. f) şi ale art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă apreciază că SC ..... SRL nu justifică nici interesul în prezenta procedură de atribuire, acesta din urmă trebuind a fi născut, actual şi direct.

De altfel, arată autoritatea contractantă, potrivit dispozițiilor art. 124 din HG nr. 395/2016, depunerea garanției constituie o condiție de participare a unei persoane juridice la o procedură de atribuire și, drept urmare, expirarea perioadei de garanției conduce la constatarea unui comportament necorespunzător al ofertantului, ceea ce echivalează în fapt cu o renunțare la participarea în procedura de atribuire.

În replică, prin adresa nr. 5902/25.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 16787/25.04....., SC ..... SRL a transmis Consiliului răspunsul la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care solicită respingerea excepției lipsei calității sale procesuale active, invocate de autoritatea contractantă, ca neîntemeiată.

Prin calitate procesuală se înțelege interesul îndreptățit al unei persoane de a cere concursul justiției, ce izvorăște din încălcarea unui drept propriu sau dintr-un raport — recunoscut de lege — de conexitate cu acel drept.

Pe plan juridic, interesul de a acționa în justiție apare ca fiind determinat de încălcarea, violarea, negarea unui drept, sau de starea sa de incertitudine, înfăţişându-se ca o nevoie de a acționa către atingerea unui scop, ori realizarea unui folos, care poate consta în înlăturarea încălcării, obligarea unor persoane la a recunoaște un drept, acoperirea unei pagube, refacerea unui act procesual, anularea lui etc. În cauza de față, exista o atare nevoie, fapt care dă contestatoarei dreptul de a acționa în justiție, ea având deci calitate procesuală. Accepția dată, așadar, în literatura juridică, noțiunii de interes realizează o deplasare a sensului său către scopul, finalitatea urmărită, deși mai degrabă interesul trebuie privit ca reprezentarea conștientă a nevoii de a acționa, ca stimul

către atingerea unui ....., folos etc. În cauză, părțile din procesul civil se suprapun cu părțile din raportul juridic de drept substanțial dedus judecății.

În continuare, contestatoarea susține că autoritatea contractantă interpretează greșit dispozițiile art. 124 din HG nr. 395/2016, fără să facă distincție între consecințele de la momentul depunerii garanțiilor și a ofertelor în procedură cu condițiile/consecințele de la data prelungirii lor (obligații care sunt în sarcina sa și pe care textul legal le impune, în mod imperativ, prin emiterea de către autoritatea contractantă a unei solicitări către ofertanți, în acest sens).

Analizând susținerile părților și documentele înaintate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Înființare sistem de alimentare cu apă în comuna Alexandru Vlahuță, județul .....", ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură, licitație deschisă, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Consiliul constată că, în cadrul procedurii, au mai fost formulate contestațiile aparținând SC ... SRL (soluționată prin Decizia nr. ..../...../..../09.06.2017) și SC ..... SRL, în calitate de asociat în cadrul Asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL (soluționată prin Decizia nr. ..../...../.... din 24.08.2017, în sensul respingerii ei, ca nefondată). Această din urmă decizie a fost atacată la Curtea de Apel Iași, soluționată prin Decizia nr. ..../02.10.2017, în sensul admiterii plângerii SC ..... SRL, ce modifică decizia Consiliului nr. .... din 24.08.2017 și dispune reevaluarea ofertei depuse de petent.

După reluarea procesului de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a emis un nou ..... al procedurii, ce a fost atacat de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – SC ..... SRL, contestație ce a fost admisă de Consiliu prin Decizia nr. ..../...../...../2017 din 01.02.....

La 04.04....., autoritatea contractantă a emis ultimul ..... al procedurii, comunicând Asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL decizia de anulare a procedurii, ca urmare a expirării perioadei de valabilitate a ofertelor și a garanțiilor de participare aferente (adresa nr. 1466 din 04.04.....)

Împotriva deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire în dispută, SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (după ce a îndeplinit și procedura de notificare prealabilă, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea actelor ce conțin măsura de anulare și obligarea la continuarea procedurii, prin reevaluarea ofertei sale.

Având în vedere că autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, pe calea excepției (lipsă de calitate procesuală activă și lipsă interes), Consiliul face analiza lor cu întâietatea impusă la alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016.

În privința calității procesuale, ca și condiție de exercitare a dreptului de a înainta contestație, Consiliul face analiza coroborată a prevederilor art. 2 alin. (1) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 32 și 36 din Codul de procedură civilă, constatând netemeinicia excepției invocate.

Astfel, prevederile amintite ale Legii 101 au următorul conținut:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 68. - Dispoziţiile prezentei legi se completează cu prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, şi cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare.

Or, conform art. 36 din Codul de procedură civilă, *calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății. Existența sau inexistența drepturilor și a obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond*.

Întrucât SC ..... SRL a făcut parte din asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL, ce a înaintat ofertă în procedura amintită, iar prevederile alin. (2) al art. 2 din Legea nr. 101/2016 permit formularea contestației de către orice membru al unei asocieri, Consiliul consideră că aceasta era îndreptățită să promoveze un astfel de demers (Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege.).

Privind pretinsa absență a interesului contestatoarei de a formula contestație, Consiliul constată că autoarea excepției invocă dispozițiile art. 3 lit. f) şi ale art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, pretextând că oferta contestatoarei a expirat (inclusiv garanția de participare).

Consiliul consideră că aprecierea autorității contractante că SC ..... SRL nu ar justifica un interes ”născut, actual şi direct” în procedura de atribuire este nefondată. Pe de o parte, ofertantul în cauză a participat în procedura de atribuire, angajându-se față de autoritatea contractantă cu o ofertă. Pe de altă parte, conform alineatului 3 al aceluiași art. 3 din Legea nr. 101/2016, modificată prin Ordonanţa de

urgenţă nr. 107/2017, raportat la situația actuală a ofertei contestatoarei, nu a intervenit excluderea definitivă din procedură a acesteia: (3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

După respingerea celor două excepții, Consiliul face analiza pe fond a criticilor contestatoarei, constatând netemeinicia solicitării de anulare a deciziei de anulare a procedurii și de reluare a procesului de evaluare a ofertei contestatoarei.

Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă nu a respectat obligația prevăzută la art. 124 din normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, în fapt, acesta nu ar mai putea fi repusă în situația de dinainte de momentul împlinirii termenului de valabilitate a ofertei.

Pe de o parte, prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare nu ar putea opera decât în perioada de valabilitate cunoscută a acestora. O prelungire în afara perioadei de valabilitate a acestora ar echivala cu stabilirea unei noi garanții de participare și a unui nou element de validitate a ofertei – termen de valabilitate.

Or, în raport cu prevederile art. 1.196 și 1.197 din Codul civil, acceptarea unei oferte trebuie să se facă în perioada ei de valabilitate, în sensul că atât destinatarul ofertei cât și autorul ofertei trebuie să cunoască această acceptare în termenul prestabilit de părți. Conform alin. (2) al art. 1.196: ”Tăcerea sau inacțiunea destinatarului nu valorează acceptare decât atunci când aceasta rezultă din lege, din acordul părților, din practicile statornicite între acestea, din uzanțe sau din alte împrejurări”.

În situația de față, prezintă relevanță dispozițiile art. 124 din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016: *(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conţinutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant.*

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunţul/invitaţia de participare şi în documentaţia de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabileşte perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza şi evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activităţi, precum şi perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestaţii. Autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita prelungirea valabilităţii ofertelor,

precum şi, după caz, a garanţiei de participare, în situaţii excepţionale care impun o astfel de prelungire.

Deși, conform tezei finale a alineatului 3, autoritatea contractantă trebuie să aibă inițiativa solicitării prelungirii valabilității ofertei (”în situații excepționale”), este evident că, în cazul ofertei a cărei valabilitate a expirat, autoritatea contractantă nu se mai află în postura de a considera că autoarea ofertei înțelege să se oblige față de ea, conform celor prevăzute la alin. (1) din același text al Normei.

Prin urmare, este evident că posibilitatea de prelungire a perioadei de valabilitate a ofertei este o măsură care profită autorității contractante, și nu o garantare a împiedicării intervenirii caducității ofertei.

În cazul de față, inițiativa contestatoarei de a declara că valabilitatea ofertei sale, dar și a garanției de participare aferente, operează și după data limită de valabilitate, declarație făcută la o dată îndepărtată după ce s-a împlinit termenul de valabilitate acceptat de ambele părți (conform solicitării precedente a autorității contractante) nu poate echivala cu obligarea achizitorului la acceptarea ofertei după data limită de valabilitate inițială.

Consiliul a reținut, din documentele aflate la dosar, că valabilitatea ofertei contestatoarei şi a garanției de participare aferente au expirat la data de 16.02....., iar angajamentele de prelungire a acestora au fost comunicate autorității contractante la 10.04..... (adică după anularea procedurii).

Prin urmare, lipsa ofertelor cu termen de valabilitate/admisibile conduce la imposibilitatea continuării procedurii, iar situația evocată se confirmă, ceea ce obliga autoritatea contractantă la anularea acestei proceduri, pentru motivele arătate la art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Pentru aceste considerente, Consiliul va respinge contestația SC ..... SRL, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de ..... în contradictoriu cu SC ..... SRL.

Respinge contestația SC ..... SRL, formulată împotriva deciziei luate de ..... privind anularea procedurii de atribuire inițiate cu anunț de participare simplificat nr. ...../....., ca nefondată

Prezenta decizie este obligatorie, 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.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

.... **....** **....**

.....