CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr....
Data: ...

Prin contestaţia nr. 296/25.05.2020, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 20299/25.05.2020, depusă de asocierea ..... SRL – ... SRL, prin liderul asocierii ..... SRL, cu sediul în municipiul ....., ..., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect ”ACORD - CADRU DE FURNIZARE APARATE DE AER CONDIȚIONAT” – lotul 2, cod CPV 42512000-8, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- în principal, anularea în parte a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 294131/14.05.2020, a raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020 și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește declararea ca admisibilă și conformă a ofertei ..... SRL pentru lotul 2 și obligarea autorității contractante la atribuirea contractului către societatea sa, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016;
- în subsidiar, anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. 294131/14.05.2020, a raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020 și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește declararea ca admisibilă și conformă a ofertei ..... SRL pentru lotul 2 și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor și reevaluarea ofertei depuse de operatorul economic declarat câștigător pentru lotul 2, cu luarea în considerare a motivelor ce determină respingerea acestei oferte ca inacceptabile, respectiv neconforme și

stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile, cu respectarea cerințelor legale și aplicarea criteriilor de atribuire.

..... SRL, cu sediul social în municipiul ....., ..., ..., ..., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ..., cu sediul procesual ales la ....., ..., cu sediul în municipiul ....., ..., ..., ..., ..., depune cererea de intervenție nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../15.06.2020, prin care solicită:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenţie şi, în consecinţă;
- respingerea, ca nefondate, a capetelor de cerere din contestaţie privind obligarea autorităţii contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

„În principal, anularea în parte a Comunicării privind rezultatul procedurii nr. 294131/14.05.2020, a Raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020 şi a tuturor actelor subsecvente în ceea ce priveşte declararea ca admisibilă şi conformă a ofertei ..... SRL pentru Lotul 2 [...].

În subsidiar, anularea Comunicării privind rezultatul procedurii nr. 294131/14.05.2020, a Raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020 şi a tuturor actelor subsecvente în ceea ce priveşte declararea ca admisibilă şi conformă a ofertei ..... SRL pentru Lotul 2 şi obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor şi reevaluarea ofertei depuse de operatorul economic declarat câştigător pentru Lotul 2, cu luarea în considerare a motivelor ce determină respingerea acestei oferte ca inacceptabile, respectiv neconforme si stabilirea ofertei castigatoare dintre ofertele declarate admisibile, cu respectarea cerinţelor legale şi aplicarea criteriilor de atribuire";

- respingerea, în principal ca inadmisibil și în subsidiar ca nefondat, a capătului de cerere privind obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurii vizând „*obligarea autorităţii contractante la atribuirea contractului către subscrisa, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016*";
- menţinerea, ca temeinice și legale, a raportului procedurii de atribuire nr. 294124 din 14.05.2020, a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 294131 din 14.05.2020 adresată contestatorului, a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 294130 din 14.05.2020 adresată ..... SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente declarării ofertei ..... SRL drept câștigătoare a procedurii de atribuire, astfel cum au fost emise de autoritatea contractantă;
- permiterea accesului la documentele din dosarul cauzei;
- obligarea contestatorului la plata către ..... SRL a cheltuielilor de asistență juridică, efectuate în etapa procedurii administrativ - jurisdicționale în fața C.N.S.C.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 să soluționeze contestația de față, prin care asocierea ..... SRL – ... SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul menționează că asocierea sa a depus ofertă în cadrul procedurii în cauză, întocmind-o în deplină conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției și ale caietului de sarcini.

Prin actele contestate, contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că oferta asocierii sale pentru lotul 2 a fost declarată admisibilă și conformă, clasându-se însă pe locul 2, în urma ofertei câștigătoare a ..... SRL.

De asemenea, contestatorul arată că în urma studiului dosarului achiziției au reieșit o serie de elemente care conduc în mod vădit la concluzia că oferta ..... SRL este neconformă, iar autoritatea contractantă avea obligația respingerii acesteia ca atare în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, pentru următoarele considerente.

1. Caietul de sarcini cuprinde următoarea cerință referitoare la obligația de realizare a service-ului echipamentelor, obligație esențială în cadrul contractului ce urmează a fi atribuit: *„Contractantul va introduce în oferta sa tehnică o descriere a modului în care se realizează service-ul aparatelor în perioada de garanție, cu precizarea cel puțin a următoarelor aspecte:*

i) Graficul de timp de asigurare a service-ului;

ii) Numărul de persoane care vor asigura service-ul;

iii) Principalele operațiuni ce vor fi efectuate în cadrul service-ului;

iv) Consumabilele necesare: tipul, cantitatea; frecvența de înlocuire”.

Or, in propunerea tehnică a ofertei ..... SRL nu se regăsește un asemenea grafic, împrejurare ce impunea respingerea ofertei ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) coroborat cu art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, contestatorul arată că descrierea oferită de ..... SRL cu privire la asigurarea service-ului (pct. 7 din propunerea tehnică) nu satisface cerințele caietului de sarcini și nu cuprinde toate elementele și etapele (raportate la o perioada de timp) pe care un grafic le-ar cuprinde.

Așadar, contestatorul precizează că raportat la dispozițiile legale anterior menționate, precum și la fișa de date a procedurii, care prevede faptul că „orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini ori prevederile legislației în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/ tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori neprezentarea acestuia conținând cel puțin informațiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă", în lipsa graficului solicitat în mod expres prin caietul de sarcini, autoritatea contractanta avea obligația de a respinge oferta ..... SRL.

2. Totodată, contestatorul arată că, în elaborarea propunerii tehnice, ofertantul ..... SRL a copiat ad litteram conținutul caietului de sarcini, cu toate că în cadrul fișei de date, la secțiunea „modul de prezentare a propunerii tehnice", autoritatea contractantă a statuat că „Nu se admite

copierea în tot sau în parte a caietului de sarcini în cadrul propunerii tehnice, ofertanții având obligația de a proba conformitatea ofertei cu cerințele acestuia prin prezentarea propriei abordări/ metodologii asupra modului de îndeplinire a contractului și de rezolvare a eventualelor dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, prin raportare la conținutul propunerii tehnice mai sus menționat."

Astfel cum a menționat, contestatorul precizează că ofertantul ..... SRL a copiat, în cadrul propunerii tehnice, întregul conținut al caietului de sarcini, schimbând pe alocuri termenul de „Ofertant" cu denumirea societății. În aceste condiții, devine imposibilă stabilirea propriei abordări și a manierei în care ofertantul va desfășura activitățile solicitate de autoritatea contractantă.

Cu titlu de exemplu, contestatorul prezintă următoarele pasaje copiate întru-totul de către ofertantul ..... SRL, cu încălcarea cerințelor stabilite prin documentația de atribuire:

	prezentul caiet de sarcini. Orice ofertă care se abate de la cerinţele minimale va fi considerată admisibilă numai în condiţiile în care aceasta asigură un nivel calitativ superior cerinţelor minimale. În cadrul acestei proceduri, ..., prin Direcția Achiziții Publice, îndeplinește rolul de Autoritate contractantă. Pentru scopul prezentei secțiuni a Documentației de Atribuire, orice activitate descrisă într-un anumit capitol din Caietul de Sarcini și nespecificată explicit în alt capitol, trebuie interpretată ca fiind menționată în toate capitolele unde se consideră de către Ofertant că aceasta trebuia menționată pentru asigurarea îndeplinirii obiectului Contractului.		numai ofertele integrale, care corespund tuturor cerințelor stabilite prin prezentul caiet de sarcini. Orice ofertă care se abate de la cerinţele minimale va fi considerată admisibilă numai în condiţiile în care aceasta asigură un nivel calitativ superior cerinţelor minimale. În cadrul acestei proceduri, ..., prin Direcția Achiziții Publice, îndeplinește rolul de Autoritate contractantă. Pentru scopul prezentei secțiuni a Documentației de Atribuire, orice activitate descrisă într-un anumit capitol din Caietul de Sarcini și nespecificată explicit în alt capitol, trebuie interpretată ca fiind menționată în toate capitolele unde se consideră de către Ofertant că aceasta trebuia menționată pentru asigurarea îndeplinirii obiectului Contractului.
2. Contextul realizării achiziției de produse			
2.1	Informații despre Autoritatea contractantă		
	Telecomunicațiile speciale reprezintă transmisii, emisii sau recepții de semne, semnale, scrieri, imagini, sunete sau informații de orice natură prin fir, radio, sistem optic sau prin alte sisteme electromagnetice pentru utilizatori aprobați prin lege. Autoritățile publice ale statului român în folosul cărora funcționează telecomunicațiile speciale sunt: - Parlamentul României; - Administrația Prezidențială; - Guvernul României; - Instituțiile care desfășoară activități în domeniul apărării, siguranței naționale și ordinii publice; - Administrația publică centrală și locală; - Organele de conducere din		Romania și alți utilizatori prevăzuți de lege. Instituția are structura militară și face parte din Sistemul Național de Apărare. - Telecomunicațiile speciale reprezintă transmisii, emisii sau recepții de semne, semnale, scrieri, imagini, sunete sau informații de orice natură prin fir, radio, sistem optic sau prin alte sisteme electromagnetice pentru utilizatori aprobați prin lege. - Autoritățile publice ale statului român în folosul cărora funcționează telecomunicațiile speciale sunt: - Parlamentul României; - Administrația Prezidențială; - Guvernul României; - Instituțiile care desfășoară activități în domeniul apărării, siguranței naționale și ordinii publice; - Administrația publică centrală și

	cadrul organismelor guvernamentale și al unor organisme neguvernamentale de interes național; - Autoritatea judecătorească: o Curtea Supremă de Justiție; o Ministerul Public; o Consiliul Superior al Magistraturii; o Curtea Constituțională. Telecomunicațiile speciale se caracterizează printr-un grad înalt de protecție și confidențialitate. Activitatea Serviciului de Telecomunicații Speciale este organizată și coordonată de Consiliul Suprem de Apărare a Țării. Controlul asupra activității instituției se exercită de către Parlamentul României, prin comisiile pentru apărare, ordine publică și siguranță națională ale celor două Camere.		locală; - Organele de conducere din cadrul organismelor guvernamentale și al unor organisme neguvernamentale de interes național; - Autoritatea judecătorească: o Curtea Supremă de Justiție; o Ministerul Public; o Consiliul Superior al Magistraturii; o Curtea Constituțională. - Telecomunicațiile speciale se caracterizează printr-un grad înalt de protecție și confidențialitate. - Activitatea Serviciului de Telecomunicații Speciale este organizată și coordonată de Consiliul Suprem de Apărare a Țării. Controlul asupra activității instituției se exercită de către Parlamentul României, prin

Contestatorul consideră că sunt suficiente exemplele și nu are rost să încarce contestația în mod nejustificat, susținând că întreaga propunere tehnică a ..... SRL cuprinsă între paginile 1-39 este un copy paste.

Astfel, în opinia contestatorului, și această abatere impunea respingerea ofertei ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) coroborat cu art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

3. Contestatorul arată că în cadrul secțiunii din fișa de date privitoare la modul de prezentare a propunerii tehnice se regăsește următoarea cerință: *„ambalare și etichetare, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în caietul de sarcini, prin prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor asociate Contractului".*

În acest sens, contestatorul susține că ofertantul ..... SRL a omis în totalitate această cerință, în propunerea tehnică a acestuia nefiind prezentate activitățile și modalitățile efective de realizare, conform cerinței din fișa de date.

Ofertantul a înțeles să copieze cu totul specificațiile autorității contractante din caietul de sarcini în cadrul propunerii tehnice drept exemplu:

	Ambalarea, marcarea şi documentaţia din interiorul sau din afara pachetelor se va face respectând prevederile din standardele de execuţie a produselor livrate şi din Caietul de sarcini.		Ambalarea, marcarea şi documentaţia din interiorul sau din afara pachetelor se va face respectând prevederile din standardele de execuţie a produselor livrate şi din Caietul de sarcini.

împrejurare ce dovedește în mod suplimentar critica de la pct. 2, fără însă a răspunde cerinței din fișa de date cu privire la modul propriu prin care va realiza această activitate, impunându-se respingerea ofertei ca neconformă și pentru acest motiv.

4. Contestatorul arată că în dovedirea neîncadrării în situațiile prevăzute la art. 164 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a prevăzut cerința prezentării *„Cazierul judiciar al operatorului economic, respectiv cazierul judiciar pentru fiecare dintre persoanele membre ale*

organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic, respectiv persoane care au puterea de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia".

Din certificatul constatator depus de ofertantul ..... SRL rezultă că societatea este constituită din aportul a doi asociați, respectiv ...

Cu toate acestea, în cadrul documentelor suport DUAE, ofertantul declarat câștigător a prezentat cazierul judiciar al societății ..... SRL și al administratorului, omițând să prezinte cazierul judiciar al persoanelor aflate în conducerea societății, respectiv cei doi asociați.

În concluzie, contestatorul susține că oferta desemnată câștigătoare prezintă o serie de abateri vădite și semnificative de la cerințele documentației de atribuire, iar aceste neconcordanțe au fost în mod nelegal ignorate de către comisia de evaluare, impunându-se respingerea ofertei ..... SRL conform celor susținute.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr.101/2016, contestatorul solicită Consiliului accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice, iar în temeiul art. 21 alin. (1) și (2) din Legea nr.101/2016 solicită să i se permită depunerea concluziilor orale în fata Consiliului.

În temeiul art. 1.058 și 1.059 Cod procedură civilă, contestatorul solicită consemnarea cauțiunii într-una din variantele alternative permise de lege, respectiv în instrumente de plată sau în drept de garanție reală, sub rezerva acceptării acestei modalități de către autoritatea contractantă.

Prin adresa CNSC nr. ..., Consiliul a informat contestatorul că, potrivit art. 1058 din Codul de Procedură Civilă, cauțiunea se poate constitui și prin instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată, dar numai cu acordul scris al autorității contractante.

Prin adresa nr. 306/29.05.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 21110/29.05.2020, având în vedere adresa nr. 294707/28.05.2020 a autorității contractante prin care acceptă consemnarea cauțiunii prin oricare din variatele permise de legislația în vigoare, contestatorul a înaintat consemnarea cauțiunii prin FILA DE CEC cu seria BTRL1BD nr. 2967788 și împuternicirea nr. 305/29.05.2020 aferentă filei CEC, toate în original. Contestatorul precizează că, cauțiunea a fost constituită prin instrument financiar care poate servi ca instrumente de plată în temeiul art. 1057 și art. 1028, Cod Procedură Civilă.

Prin adresa nr. 295134/05.06.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 22164/05.06.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de asocierea ..... SRL – ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

În fapt, autoritatea contractantă arată că prin anunțul nr. ... din 23.01.2020, a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare aparate de aer condiționat.

Până la data de 27.02.2020, data limită de depunere a ofertelor, pentru lotul nr. 2, au fost înregistrate în SEAP ofertele depuse de:

- Asocierea ..... SRL - lider asociere, ... SRL - asociat, ... SRL - asociat;

- ..... SRL.

Obiectul procedurii de achiziție publică este atribuirea unui acord-cadru de furnizare aparate de aer condiționat, necesare îndeplinirii atribuțiilor stabilite prin Legea nr. 92/1996 privind organizarea și funcționarea Serviciului de Telecomunicații Speciale, cu modificările și completările ulterioare, și anume: administrarea, exploatarea și dezvoltarea de rețele de telecomunicații speciale, controlul tehnic al rețelelor de telecomunicații din administrarea sa și asigurarea confidențialității telecomunicațiilor speciale, asigurarea inviolabilității instalațiilor, echipamentelor și rețelelor de telecomunicații speciale, asigurarea compatibilității sistemelor proprii de telecomunicații cu cele din sistemul național de apărare, precum și cu rețeaua publică de telecomunicații. Sistemul național unic pentru apeluri de urgență 112 (SNUAU) a fost constituit și are drept scop furnizarea către cetățeni a Serviciului de urgență 112, asigurând preluarea apelurilor de urgență de la cetățeni și, după caz, transmiterea acestora către agențiile specializate de intervenție în vederea asigurării unei reacții imediate, uniforme și unitare pentru soluționarea urgențelor. Aparatele de aer condiționat aferente lotului nr. 2 sunt destinate pentru asigurarea microclimatului din spațiile tehnice în vederea funcționării în condiții optime a echipamentelor de comunicații, inclusiv a celor care asigură preluarea apelurilor de urgență de la cetățeni.

A. Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei calității de reprezentant al ..... SRL, în ceea ce privește formularea contestației, în numele și pentru asocierea ..... SRL - ... SRL.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că în cadrul procedurii de atribuire, asocierea a depus acordul de asociere nr. 5/24.02.2020, semnat de către reprezentanții asociaților.

În conformitate cu art. 2 din acordul de asociere, obiectul acestuia îl constituie asocierea părților în vederea ”depunerii de ofertă comună conform documentației de atribuire pusă la dispoziție de către ....., publicată în SEAP cu nr. ... din 23.01.2020 și derulării ulterioare a Acordului-cadru de furnizare aparate de aer condiționat, în cazul în care oferta depusă în comun este declarată câștigătoare”.

Autoritatea solicită Consiliului să observe că din cuprinsul acordului de asociere nu reiese că ..... SRL ar fi fost împuternicit să formuleze și să depună eventuale contestații pentru și în numele asocierii față de actele administrative emise de către autoritatea contractantă în cadrul și în legătură cu prezenta procedură.

Ca urmare, pentru dovedirea calității ..... SRL de reprezentant al asocierii în demersul de depunere a contestației, autoritatea contractantă solicită Consiliului să pună în vedere ..... SRL să facă dovada că acționează, în calitate de mandatar, în numele Asocierii, aceasta fiind ofertantul în cadrul procedurii de atribuire organizată de autoritatea contractantă.

Față de cele anterior menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea

contractantă solicită admiterea excepției lipsei calității de reprezentant al asocierii al contestatoarei ..... SRL, și, pe cale de consecință, să respingă contestația ca fiind formulată de o persoană care nu are calitatea de reprezentant.

B. Referitor la solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la atribuirea contractului către acesta, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca inadmisibilă, având în vedere că din informațiile cuprinse în dosarul achiziției nu rezultă în mod evident calitatea sa de ofertant câștigător.

C. Pe fond, față de susținerile contestatorului, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

1. Referitor la afirmațiile contestatorului de la punctul 1 din contestație privind faptul că în propunerea tehnică a ofertei ..... SRL nu se regăsește graficul de timp de asigurare a service-ului, autoritatea învederează următoarele aspecte:

Pentru cerința privind graficul de timp de asigurare a service-ului, ... SRL a prezentat în propunerea tehnică o metodologie completă în care au fost identificate informații cu privire la toate cerințele autorității contractante, respectiv:

- periodicitatea efectuării service-ului aparatelor,
- timpul de remediere a defectelor,
- informaţii referitoare la prelungirea duratei de garanţie pentru situaţiile în care aparatele de aer condiţionat defecte nu pot fi reparate în locaţia unde au fost montate şi necesită demontarea pentru a fi reparate într-o unitatea service specializată,
- informaţii referitoare la modul în care se va asigura continuitatea răcirii spaţiilor tehnice în situaţia în care aparatele defecte sunt demontate în vederea reparării acestora.

Astfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că în propunerea tehnică la fila 27 din Anexa nr. 5 se regăsesc toate elementele prezentate anterior și de care comisia de evaluare a ținut cont în decizia sa.

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare nu avea cum să nu țină cont în decizia luată de metodologia prezentată de ..... SRL pentru susținerea cerinței privind graficul de timp de asigurare a service-ului.

Astfel, în mod corect, comisia de evaluare a concluzionat faptul că ..... SRL a prezentat informații relevante în vederea demonstrării cerinței privind graficul de timp de asigurare a service-ului.

2. Referitor la afirmațiile contestatorului de la punctul 2 din contestație privind faptul că la elaborarea propunerii tehnice ..... SRL a copiat ad litteram conținutul caietului de sarcini, autoritatea contractantă învederează următoarele aspecte:

În propunerea tehnică a ..... SRL, după cum cu ușurință se poate constata, nu pot fi identificate pasaje copiate ad litteram așa cum, în mod eronat, susține contestatorul, ofertantul prezentând acolo unde se impunea, modalitatea proprie de abordare și metodologiile necesare în ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a contractului, iar pentru

cerințele care nu necesitau metodologii și/sau abordări proprii, ofertantul și-a asumat respectivele cerințe răspunzând punctual la fiecare dintre acestea.

Astfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că nici contestatorul nu a putut identifica și prezenta un exemplu concludent în susținerea criticii sale și s-a limitat doar la prezentarea a două pasaje din preambulul caietului de sarcini, care cuprind informațiile privind autoritatea contractantă.

După cum lesne se poate constata, respectivele pasaje nu reprezintă cerințe tehnice și/sau cerințe de executare a contractului, ci doar informații privind autoritatea contractantă și contextul realizării achiziției despre care ofertantul a declarat că a luat la cunoștință.

Mai mult, autoritatea contractantă precizează că din documentele atașate punctului de vedere rezultă, fără echivoc, că extrasele din cele două pasaje alese pentru susținerea celor contestate sunt prezentate trunchiat de către contestator, care în mod deliberat a ales să nu le prezinte în integralitatea lor, întrucât, în cazul în care aceste pasaje ar fi fost prezentate integral nu mai puteau fi folosite ca un exemplu de copiere ad litteram.

Astfel, în mod corect, comisia de evaluare a concluzionat faptul că ..... SRL a elaborat propunerea tehnică conform cerințelor stabilite de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției.

3. Referitor la afirmațiile contestatorului de la punctul 3 din contestație privind faptul că ..... SRL la elaborarea propunerii tehnice a omis în totalitate cerința din fișa de date a achiziției referitoare la ambalare și etichetare, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în caietul de sarcini, prin prezentarea activităților și a modalităților efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor asociate contractului, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Afirmațiile făcute de contestator cu privire la greșita admitere a ofertei ..... SRL sunt alegații cu caracter pur speculativ, având în vedere că cele contestate la acest punct nu reprezintă o cerință, ci o recomandare a autorității contractante privind modul de prezentare al propunerii tehnice înscrisă în fișa de date a achiziției la capitolul IV.4.1 punctul 2.

Autoritatea contractantă a apreciat ca fiind necesare o serie de recomandări pentru a sprijini ofertanții în elaborarea propunerii tehnice, recomandări care nu reprezintă cerințe minimale.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că, în caietul de sarcini, nu a solicitat şi/sau prevăzut o astfel de cerinţă privind ambalarea şi etichetarea, inclusiv preluarea şi eliminarea ambalajelor, cum în mod eronat susține contestatorul. Singura cerință a autorității contractante, stipulată la punctul 3.5 din caietul de sarcini, se referă la livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului a echipamentelor, cerință față de care, astfel cum se poate constata, propunerea tehnică a ofertantului este conformă, acesta răspunzând în mod corespunzător.

În ceea ce privește referirile la preluarea și eliminarea ambalajelor, autoritatea contractantă arată că a solicitat la punctul 3.5 din caietul de sarcini că toate materialele de ambalare a produselor, precum și toate

materialele necesare protecției coletelor (paleți de lemn, foi de protecție, etc.) rămân în proprietatea autorității contractante.

Astfel, având în vedere această obligație impusă de autoritatea contractantă în sarcina operatorilor economici participanți la procedură, este evident că ofertantul nu putea să includă în propunerea tehnică prezentarea de activități și modalități pentru preluarea și eliminarea ambalajelor, câtă vreme autoritatea contractantă a impus obligația ca ambalajele produselor ce fac obiectul procedurii de achiziție publică să rămână în proprietatea sa.

Autoritatea contractantă arată că răspunsul ..... SRL la cerința 3.5 din caietul de sarcini privind livrarea, ambalarea, etichetarea, transportul și asigurarea pe durata transportului a echipamentelor se regăsește la filele 11-12 din Anexa nr. 5 la punctul de vedere.

Astfel, în opinia autorității contractante, în mod corect, comisia de evaluare a concluzionat faptul că ..... SRL a elaborat propunerea tehnică conform cerințelor din fișa de date a achiziției.

4. Referitor la pct. 4 al contestației, autoritatea contractantă învederează următoarele aspecte:

În cadrul fișei de date a achiziției, în aplicarea art. 164 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, a solicitat îndeplinirea de către operatorii economici interesați a următoarei cerințe minimale, pentru demonstrarea situației personale a ofertantului:

"*cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, cerința nr. 2 Cazierul judiciar al operatorului economic, respectiv cazierul judiciar pentru fiecare dintre persoanele membre ale organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic, respectiv persoane care au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de Ministerul Justiției - ONRC/actul constitutiv al operatorului economic*".

De asemenea, autoritatea arată că potrivit art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, „*Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia*".

Totodată, în conformitate cu art. 168 alin. (1) din legea invocată, „*Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente*".

Autoritatea contractantă arată că din analiza cerinței, astfel cum a fost aceasta formulată, rezultă faptul că operatorii economici aveau obligația de a depune următoarele înscrisuri:

- *cazierul judiciar al operatorului economic,*

- *cazierul judiciar pentru fiecare dintre persoanele membre ale organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic, respectiv persoane care au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, aşa cum rezultă din certificatul constatator emis de Ministerul Justiției - ONRC /actul constitutiv al operatorului economic.*

În ceea ce privește aprecierea contestatorului potrivit căreia s-ar fi impus ca autoritatea contractantă să solicite ofertantului câștigător să depună caziere judiciare inclusiv pentru asociați, autoritatea precizează că nu reiese acest lucru din redactarea cerinței sale, având în vedere că este de notorietate că există societăți cu sute, poate chiar mii/zeci de mii de acționari (precum cele listate pe piețele de tranzacționare), aspect ce ar determina o imposibilitate fizică de a furniza caziere pentru toate aceste persoane.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că ofertantul câștigător a îndeplinit cerința minimală impusă, punând la dispoziția autorității, în demonstrarea veridicității informațiilor din DUAE, caziere judiciare pentru persoana juridică, cât și pentru administratorul societății, acesta asigurând administrarea și conducerea acesteia, după cum urmează:

- Certificat de cazier judiciar nr. 23025930/28.01.2020 pentru ..... SRL;
- Certificat de cazier judiciar nr. 22320333/14.11.2019, pentru doamna …; (a cărui valabilitate a fost analizată de către autoritatea contractantă din perspectiva prevederilor art. 18 din Anexa nr. 1 la Decretul nr. 240/2020 privind prelungirea stării de urgență pe teritoriul României). Potrivit certificatului constatator nr. 233938/30.04.2020, operatorul economic ..... SRL are un singur administrator, persoană fizică, în persoana dnei …, fiind singura persoană împuternicită.

Autoritatea contractantă arată că potrivit art. 197 alin. (1) din Legea societăților nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, *„(1) Societatea este administrată de unul sau mai mulți administratori, asociați sau neasociați, numiți prin actul constitutiv sau de adunarea generală".*

Mai mult, potrivit art. 197 alin. (3) coroborat cu art. 75 din același act normativ, *„Dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, afară de stipulație contrară în actul constitutiv*".

Prevederile art. 1 din Legea nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare reglementează în mod expres faptul că „în vederea desfășurării de activități cu scop lucrativ, persoanele fizice și persoanele juridice se pot asocia și pot constitui societăți cu personalitate juridică, cu respectarea dispozițiilor prezentei legi", prin manifestarea acordului de voință în cadrul contractelor de societate, înscris care, alături de statut, poate fi încheiat sub forma unui înscris unic, denumit act constitutiv și al cărui conținut este reglementat în mod expres în cadrul prevederilor art. 7 și 8 din Legea nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că secțiunile III și IV din cadrul cap. IV al titlului III din legea menționată este dedicată administrației societății în cadrul căruia se reglementează sistemul de

administrare unitar, cel dualist, auditul financiar, auditul intern și cenzorii, prevederi aplicabile societăților pe acțiunii, iar cap. VI este dedicat societăților cu răspundere limitată.

Autoritatea contractantă precizează că solicitarea contestatorului de descalificare a ofertei ..... SRL motivat de faptul că nu a depus certificatele de caziere judiciare ale asociaților, reprezintă o interpretare eronată a dispozițiilor legale, bazată pe o confuzie între conducerea societăților (administratorii și directorii) și acționarii acestora (proprietarii). Or, segregarea între aceste organe societare rezultă în mod expres din prevederile art. 8 lit. i), art. 49, precum și art.143 și urm. din Legea nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Orice altă interpretare excede propriilor reguli stabilite de autoritatea contractantă și încalcă principiile transparenței și tratamentului egal statuate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În confirmarea punctului său de vedere, autoritatea contractantă invocă soluția dată de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice, într-o speță similară, respectiv speța nr. 370 publicată în biblioteca de spețe a acestei instituții (https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/86/370/true).

„Speța 370 - Care este modalitatea de verificare de către comisia de evaluare a încadrării în prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice?

Răspuns:

Potrivit prevederilor art. 164 alin. (2): „Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia." Pentru aplicarea în practică a acestui articol în procesul de analiză a documentelor suport solicitate conform legislației în domeniul achizițiilor publice, se va avea în vedere forma juridică de organizare și de modul de administrare a operatorului economic participant la procedura de atribuire (în calitate de ofertant, ofertant asociat, candidat, terț susținător sau subcontractant). Astfel, reglementările cadru din domeniul funcționării societăților comerciale sunt cuprinse în Legea societăților comerciale nr. 31/1990, act normativ care conține prevederi privind conducerea, administrarea, funcționarea și controlul gestiunii societății de către organele statutare. Legea societăților comerciale nr. 31/1990 conține reguli diferite privind conducerea și administrarea societății în funcție de forma juridică a acesteia. [...] În sfârșit, în conformitate cu art. 197, societatea cu răspundere limitată este administrată de unul sau mai mulți administratori, care pot fi asociați sau neasociați, numiți prin actul constitutiv sau de adunarea generală. Față de cele mai sus, în conformitate cu prevederile legislației naționale referitoare la societățile comerciale, comisia de evaluare va solicita cazierul judiciar persoanelor care, potrivit Certificatului constatator emis de Oficiul Național Registrul Comerțului, figurează la nivelul formularului drept persoane fizice și/sau juridice

împuternicite, având în vedere ca acest document reflectă informațiile din actul constitutiv de înființare a operatorului economic în cauză. Astfel, rezultă că în cazul asociaților/acționarilor, comisia de evaluare va solicita cazierul judiciar al acestora numai în situația în care figurează printre persoanele fizice și/sau juridice împuternicite. În cazul operatorilor economici nerezidenți, comisia de evaluare va proceda în mod similar cu cele de mai sus, pe baza datelor înscrise în documentele suport depuse de aceștia (extras act constitutiv, etc.)".

Aceeași soluție se regăsește în speța 674 publicată pe site-ul ANAP https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/86/674/true: "*Pe cale de consecință, raportat la speța de față, apreciem că autoritatea contractantă are obligația de a solicita, potrivit art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, prezentarea de caziere judiciare pentru toate persoanele împuternicite înscrise în certificatul ONRC al respectivului operator economic în calitate de membri ai organului de administrare, de conducere sau de supraveghere, sau în calitate de persoane cu putere de reprezentare, de decizie sau de control, în vederea confirmării celor menționate în DUAE".*

De asemenea, autoritatea arată că pentru soluționarea contestației în ceea ce privește pct. 4, este relevantă și decizia CNSC în cuprinsul căreia CNSC a reținut că entitatea contractantă, în etapa de verificare a documentelor depuse de contestator a fost în eroare, confundând noțiunea de asociat/acționar cu noțiunea de administrator, persoană împuternicită, organ de conducere, organ de supraveghere sau persoane care au putere de reprezentare, de decizie sau de control.

Pe de altă parte, autoritatea solicită Consiliului să observe că cerința sa a fost înțeleasă totuși, în mod corect de către contestator, în calitate de ofertant clasat pe primul loc pentru lotul 1, depunând, pentru asociatul ... SRL, exclusiv cazierul judiciar al administratorilor, nedepunând cazier judiciar pentru ..., asociat în cadrul ... SRL.

În concluzie, autoritatea solicită Consiliului să constate faptul că autoritatea contractantă a realizat o evaluare corectă a modului de îndeplinire de către ..... SRL a cerinței minimale prevăzută în fișa de date a achiziției, deciziile autorității contractante fiind în spiritul reglementărilor specifice achizițiilor publice, respectiv al principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, la cap. III.1.1.a).

Având în vedere aspectele anterior consemnate, autoritatea solicită admiterea excepției lipsei calității de reprezentant al SC ..... SRL, în ceea ce privește formularea contestației, în numele și pentru asocierea ..... SRL - ... SRL, iar pe fond, respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată.

Prin adresa nr. 360/15.06.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 23285/15.06.2020, contestatorul a formulat concluzii scrise, solicitând: respingerea excepției lipsei calității de reprezentant și admiterea contestației astfel cum a fost formulată pentru următoarele considerente.

Contestatorul menționează că își menține în totalitate criticile și motivele expuse prin cererea introductivă, urmând a face o serie de

precizări suplimentare prin raportare la punctul de vedere al autorității contractante depus în dosarul cauzei.

1. Excepția lipsei calității de reprezentant al ..... SRL

În opinia contestatorului, excepția invocată de către autoritatea contractantă este vădit neîntemeiată prin raportare la prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 care statuează că oricare dintre membrii unei asocieri poate formula orice cale de atac prevăzută de această lege.

Mai mult decât atât, contestatorul atașează actul adițional la contractul de asociere nr. 5/24.02.2020 încheiat concomitent cu depunerea contestației în fata CNSC prin care membrii asocierii au decis ca ..... SRL să reprezinte asocierea în cadrul căilor de atac exercitate în temeiul Legii nr. 101/2016.

Pentru aceste motive, contestatorul solicită respingerea excepției ca neîntemeiată.

2. Lipsa GRAFICULUI de timp de asigurare a service-ului

Contestatorul arată că prin contestația formulată a învederat Consiliului cerința din caietul de sarcini referitoare la service-ul echipamentelor, cerință pe care ofertantul declarat câștigător nu a îndeplinit-o:

„Contractantul va introduce în oferta sa tehnică o descriere a modului în care se realizează service-ul aparatelor în perioada de garanție, cu precizarea cel puțin a următoarelor aspecte:

i) *Graficul de timp de asigurare a service-ului;*
ii) *Numărul de persoane care vor asigura service-ul;*
iii) *Principalele operaţiuni ce vor fi efectuate în cadrul service-ului;*
iv) *Consumabilele necesare: tipul, cantitatea, frecvenţa de înlocuire”.*

Astfel, a arătat că în propunerea tehnică a ofertei ..... SRL nu se regăsește un asemenea grafic, împrejurare ce impunea respingerea ofertei ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) coroborat cu art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul precizează că, prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă admite faptul că ofertantul declarat câștigător nu a prezentat un grafic, ci o metodologie.

Astfel, contestatorul susține că prezentarea unei metodologii nu poate suplini prezentarea unui grafic, ultimul fiind o reprezentare prin desen a desfășurării în timp a activităților pentru realizarea service-ului care relevă mărimea și succesiunea activităților, precum modul de programare și capacitatea ofertantului de a-și organiza activitățile .

Simpla precizare într-o metodologie a faptului că vor fi respectate cerințele documentației de atribuire nu poate dovedi capabilitatea ofertantului de a-și organiza activitatea și de a o reprezenta grafic.

Contestatorul arată că la art. IV.4 din fișa de date se prevede faptul că *„Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini ori prevederile legislației în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/ tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori neprezentarea acestuia conținând cel puțin informațiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă".*

Or, contestatorul susține că a respectat întocmai cerințele documentației de atribuire și s-a supus rigorilor impuse de autoritatea contractantă, iar decizia autorității contractante de a considera conformă propunerea tehnică a unui ofertant care a încercat să îndeplinească cerința printr-un alt mod față de cel expres solicitat prin caietul de sarcini conduce la încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul menționează că, prin neelaborarea graficului, ofertantul ..... SRL și-a creat un avantaj evident față de ceilalți operatori economici, inclusiv prin faptul că acea metodologie și precizarea termenelor era solicitată distinct în cadrul cerințelor, astfel că nu se poate reține că graficul este același lucru cu metodologia.

De asemenea, contestatorul menționează faptul că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun ofertant, consolidându-și astfel forța obligatorie. Dacă ar fi avut obiecții cu privire la documentație și la modalitatea de îndeplinire a cerințelor, ofertantul trebuia să acționeze conform Legii nr. 101/2016 și nu să-și creeze avantaje prin neprezentarea documentelor.

În concluzie, în lipsa GRAFICULUI solicitat în mod expres prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta ..... SRL.

3. Lipsa elementelor referitoare la *„ambalare și etichetare, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor(....) pentru a demonstra atingerea obiectivelor asociate contractului*"

Contestatorul arată că potrivit fișei de date IV.4 Prezentarea ofertei; IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice:

- *Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât aceasta să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenţei cu cerinţele/ specificaţiile prevăzute în cadrul prezentei secţiuni, respectiv cu cele prevăzute în cadrul Caietului de sarcini.*
- *pornind de la propria expertiză a ofertantului în domeniul contractului ce urmează să fie atribuit şi prin raportare la necesităţile, obiectivele si constrângerile autorităţii contractante, astfel cum au fost acestea descrise în cadrul Caietului de sarcini, propunerea tehnică va cuprinde informaţii relevante privind abordarea propusă de ofertant pentru execuţia contractului.*

precum și:

- *Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privinţa documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini ori prevederile legislaţiei în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/ tehnice si/sau completarea greşită a unui document ori neprezentarea acestuia conţinând cel puţin informaţiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă.*
- *ofertanţii având obligaţia de a proba conformitatea ofertei cu cerinţele acestuia prin prezentarea propriei abordări/ metodologii asupra modului de îndeplinire a contractului şi de rezolvare a eventualelor dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia, prin raportare la conţinutul propunerii tehnice mai sus menţionat.*

ATENŢIE: Pentru a fi declarată conformă, oferta trebuie să respecte fiecare cerinţă minimă şi obligatorie, specificată ca atare în caietul de sarcini.

De asemenea, contestatorul arată că în caietul de sarcini s-a prevăzut:

"Caietul de sarcini face parte integrantă din documentaţia de atribuire şi constituie ansamblul cerinţelor pe baza cărora se elaborează de către fiecare ofertant propunerea tehnică.

Ofertele care nu îndeplinesc toate cerinţele minimale vor fi declarate neconforme".

Totodată, în caietul de sarcini este prevăzut: *3.5 Livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului.*

Contestatorul precizează că este eronată afirmația autorității contractante conform căreia nu a solicitat și/sau prevăzut o astfel de cerință privind ambalarea și etichetarea, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor în condițiile în care in caietul de sarcini este un întreg capitol dedicat acestei cerințe, din care amintește:

"Atât în caietul de sarcini cât și în fișa de date, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților să-și întocmească ofertele care să cuprindă informații relevante privind abordarea propusă pentru execuția contractului și să respecte fiecare cerință minimă și obligatorie, specificată ca atare în caietul de sarcini. De asemenea, ofertanții trebuiau să își întocmească oferta astfel încât autoritatea contractantă să aibă posibilitatea verificării corespondenței cu prevederile caietului de sarcini".

Având în vedere că această cerință este prevăzută atât în caietul de sarcini cât și în fișa de date, contestatorul precizează că este o cerință minimă care trebuia îndeplinită de ofertant. Este evident că ofertantul a omis și nu a respectat prevederile documentației de atribuire.

Contestatorul își menține restul criticilor expuse prin cererea introductivă și solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. ...../..... înregistrată la CNSC sub nr. ...../15.06.2020, ... SRL a formulat cerere de intervenție, prin care a solicitat:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenţie şi, în consecinţă;
- respingerea, ca nefondate, a capetelor de cerere din contestaţie privind obligarea autorităţii contractante la adoptarea următoarelor măsuri de remediere:

„În principal, anularea în parte a Comunicării privind rezultatul procedurii nr. 294131/14.05.2020, a Raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020 şi a tuturor actelor subsecvente în ceea ce priveşte declararea ca admisibilă şi conformă a ofertei ..... SRL pentru Lotul 2 [...].

În subsidiar, anularea Comunicării privind rezultatul procedurii nr. 294131/14.05.2020, a Raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020 şi a tuturor actelor subsecvente în ceea ce priveşte declararea ca admisibilă şi conformă a ofertei ..... SRL pentru Lotul 2 şi obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor şi

reevaluarea ofertei depuse de operatorul economic declarat câştigător pentru Lotul 2, cu luarea în considerare a motivelor ce determină respingerea acestei oferte ca inacceptabile, respectiv neconforme si stabilirea ofertei castigatoare dintre ofertele declarate admisibile, cu respectarea cerinţelor legale şi aplicarea criteriilor de atribuire";

- respingerea, în principal ca inadmisibil și în subsidiar ca nefondat, a capătului de cerere privind obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurii vizând „obligarea autorităţii contractante la atribuirea contractului către subscrisa, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016";

- menţinerea, ca temeinice și legale, a raportului procedurii de atribuire nr. 294124 din 14.05.2020, a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 294131 din 14.05.2020 adresată contestatorului, a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 294130 din 14.05.2020 adresată ..... SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente declarării ofertei ..... SRL drept câștigătoare a procedurii de atribuire, astfel cum au fost emise de autoritatea contractantă;

- permiterea accesului la documentele din dosarul cauzei;

- obligarea contestatorului la plata către ..... SRL a cheltuielilor de asistență juridică, efectuate în etapa procedurii administrativ - jurisdicționale în fața C.N.S.C.

I. CHESTIUNI PREALABILE

1.1 Admisibilitatea cererii de intervenție

În drept, intervenientul arată că cererea sa de intervenție se întemeiază pe prevederile următoarelor acte normative:

- Art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care prevede: „*Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire pot formula, cu înştiinţarea părţilor cauzei, cerere de intervenţie 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 contestaţiei. În cazul procedurilor a căror iniţiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestaţiei";*

- art. 68 din Legea nr. 101/2016, conform căruia: „*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";*

- art. 61 (1) și (3) Cod procedură civilă: „*Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare", „Intervenţia este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi".*

În fapt, intervenientul arată că interesul său de a interveni în cadrul prezentei proceduri se justifică prin raportare la:

i. calitatea de ofertant declarat câștigător al procedurii de atribuire;

ii. necesitatea de a se menţine actele autorității contractante, pe care le consideră ca fiind adoptate în condiții de deplină legalitate şi temeinicie;

iii. respectarea dreptului la apărare şi la un proces echitabil al societății sale, respectiv al autorității contractante, prin posibilitatea formulării unor apărări corespunzătoare care dovedesc netemeinicia criticilor contestatorului care vizează, în mod nedeclarat, netemeinic și pur tergiversatoriu împiedicarea ..... şi a autorităţii contractante de a concretiza rezultatul procedurii de atribuire în sensul de a încheia şi executa contractul de achiziţie publică atribuit.

În raport de toate elementele de mai sus, intervenientul solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante.

1.2 Termenul de formulare al cererii de intervenție

Având în vedere faptul că publicarea în SEAP a contestației formulate de asocierea ..... SRL - ... SRL a avut loc la data de 05.06.2020, respectiv termenul de 10 zile reglementat prin art. 17 alin. (3) raportat la art. 5 din Legea nr. 101/2016 în vederea depunerii unei cereri de intervenție, intervenientul arată că intervenția sa accesorie este depusă în termenul legal, ultima zi de depunere fiind ziua de 15.06.2020, ora 24:00.

II. Situatia premisă

Intervenientul arată că autoritatea contractantă, ca urmare a finalizării evaluării propunerilor tehnice, respectiv a celor financiare ale ofertanților, a hotărât că oferta ..... SRL pentru lotul nr. 2, care a obținut un punctaj de 100 puncte, să fie desemnată câștigătoare. Autoritatea contractantă a informat societatea sa cu privire la rezultatul procedurii de atribuire prin comunicarea nr. 294131/14.05.2020.

Ca urmare a atribuirii contractului de achiziție publică către societatea sa, autoritatea contractantă a întocmit la data de 14.05.2020 raportul procedurii de atribuire nr. 294124 (denumit în continuare „raportul procedurii").

..... SRL a formulat contestația înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 294586/25.05.2020 împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 294124/14.05.2020, a comunicării nr. 294131/15.05.2020 și a tuturor actelor subsecvente declarării ofertei SC ..... SRL drept câștigătoare a procedurii de atribuire, contestație care a fost publicată în SEAP la data de 05.06.2020.

III. Motivele pentru care solicită respingerea ca nefondate, a capetelor de cerere din principal și subsidiar (punctele 1 și 2 din petitul contestației)

3.1. În esență, intervenientul arată că criticile prin care contestatorul încearcă să-și fundamenteze contestația sunt următoarele:

- „în propunerea tehnică a ofertei ..... nu se regăseşte un grafic de timp de asigurare a service-ului, cerinţă prevăzută în Caietul de sarcini publicat de Autoritatea Contractantă";

- „..... SRL nu a prezentat propria abordare/metodologie asupra modului de îndeplinire a contractului şi de rezolvare a eventualelor dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia";

„..... SRL a omis să răspundă cerinței privind «ambalare și etichetare, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în Caietul de Sarcini, prin prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor asociate Contractului»";

„..... SRL nu a prezentat cazierul judiciar al persoanelor aflate la conducerea societăţii, respectiv a celor 2 asociaţi".

3.2 Raportat la susținerile de mai sus, cu titlu preliminar, intervenientul arată că autoritatea contractantă a reţinut în mod legal şi temeinic în cadrul raportului ărocedurii faptul că ofertantul ..... SRL îndeplinește criteriile de calificare ca urmare a procesului de verificare a informațiilor din DUAE și a documentelor depuse ca anexă.

În continuare, intervenientul demonstrează că susținerile contestatorului sunt atât nefondate, cât și prezentate cu rea credință.

3.3 Sunt lipsite de fundament afirmațiile contestatorului de la punctul 1 din contestație privind pretinsa lipsă din propunerea tehnică formulată de ..... SRL a graficului de timp de asigurare a service-ului.

În esență, intervenientul arată că, în acest caz, activitatea de service presupune asigurarea unui ansamblu de activități ulterioare semnării acordului-cadru și, mai ales, ulterioare semnării contractelor subsecvente, servicii care sunt, în ultima instanță, oferite de producător pentru a asigura menținerea în stare de funcționare a aparatelor de aer condiționat, la parametrii proiectați și prevăzuți în propunerea tehnică. Cele mai frecvente cauze ale defectării aparatelor de climatizare sunt folosirea necorespunzătoare și variațiile tensiunii de alimentare din rețeaua electrică.

Intervenientul precizează că cerința privind graficul de timp de asigurare a service-ului a fost îndeplinită de societatea sa, care a prezentat în propunerea tehnică o metodologie completă în care au fost identificate informații cu privire la toate cerințele autorității contractante, respectiv:

- periodicitatea efectuării service-ului aparatelor, timpul de remediere a defectelor,
- informaţii referitoare la prelungirea duratei de garanţie pentru situaţiile în care aparatele de aer condiţionat defecte nu pot fi reparate în locaţia unde au fost montate şi necesită demontarea pentru a fi reparate într-o unitatea service specializată,
- informaţii referitoare la modul în care se va asigura continuitatea răcirii spațiilor tehnice în situația în care aparatele defecte sunt demontate în vederea reparării acestora.

Intervenientul solicită Consiliului să constate că în propunerea tehnică formulată de societatea sa, se regăsesc toate elementele prezentate anterior și de care comisia de evaluare, în mod legal și temeinic, a ținut cont în decizia sa. Astfel, în mod corect, comisia de evaluare a concluzionat faptul că ..... SRL a prezentat informații relevante în vederea demonstrării cerinței privind graficul de timp de asigurare a service-ului.

3.4. Nu au acoperire faptică nici susținerile contestatorului de la punctul 2 din contestație privind pretinsa „copiere ad litteram" a conținutului caietului de sarcini în cadrul propunerii a către ..... SRL.

Intervenientul menționează că în propunerea tehnică a ..... SRL nu pot fi identificate pasaje copiate ad litteram, așa cum susține contestatorul, în scopul de a induce în eroare Consiliul.

Astfel, intervenientul arată că a prezentat, acolo unde se impunea, modalitatea proprie de abordare și modalitatea de îndeplinire a contractului, iar pentru cerințele care nu necesitau metodologii și/sau abordări proprii, și-a asumat respectivele cerințe răspunzând punctual la fiecare dintre acestea.

Astfel, intervenientul solicită Consiliului să constate că nici contestatorul nu a putut identifica și prezenta un exemplu concludent în susținerea criticii sale și s-a limitat doar la prezentarea a două pasaje din preambulul caietului de sarcini, care cuprind informațiile privind autoritatea contractantă.

După cum se poate observa, respectivele pasaje nu reprezintă cerințe tehnice și/sau cerințe de executare a contractului, ci doar informații privind autoritatea contractantă și contextul realizării achiziției despre care ofertantul a declarat că a luat la cunoștință.

Mai mult, intervenientul precizează că, tot cu rea credință și în scopul de induce în eroare Consiliul, contestatorul a făcut o „selecţie"/ „decupare" a celor două pasaje incluse în contestație. După cum se arată în literatura de specialitate, denaturarea adevărului prin omisiune este acea tehnică prin care, în mod deliberat, se omit date importante în scopul de a induce receptorului/destinatarului o percepție greșită asupra unui fapt ori a unei persoane.

În cazul în care contestatorul ar fi respectat regulile unanim acceptate în materia citării, ar fi fost de la sine evidentă inexistența acestui motiv de „neconformitate".

În raport de cele de mai sus, intervenientul solicită Consiliului să constate că, în mod legal și temeinic, comisia de evaluare a concluzionat că societatea sa a respectat cerințele prevăzute in documentația de atribuire la elaborarea propunerii tehnice.

3.5 Sunt neîntemeiate și criticile de la punctul 3 din contestație privind pretinsa omisiune a ..... SRL de a include în propunerea tehnică „prezentarea activităților și a modalității efective de realizare" a modului de preluare și eliminare a ambalajelor.

Intervenientul arată că susținerea contestatorului se referă la o recomandare a autorității contractante privind modul de prezentare al propunerii tehnice, înscrisă în fișa de date a achiziției, și nu la o cerință.

Intervenientul precizează că autoritatea contractantă a formulat o serie de recomandări pentru a sprijini ofertanții în elaborarea propunerii tehnice, recomandări care nu reprezintă cerințe minimale.

Astfel, intervenientul arată că în caietul de sarcini autoritatea contractantă nu a solicitat și/sau prevăzut o astfel de cerință privind ambalarea și etichetarea, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor, cum în mod eronat susține contestatorul. Singura cerință a autorității contractante, stipulată la punctul 3.5 din caietul de sarcini, se referă la

livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului a echipamentelor, cerință față de care, astfel cum se poate constata, propunerea tehnică a ..... SRL este conformă.

În ceea ce privește referirile la preluarea și eliminarea ambalajelor, intervenientul arată că autoritatea contractantă a precizat la punctul 3.5 din caietul de sarcini că toate materialele de ambalare a produselor, precum și toate materialele necesare protecției coletelor (paleți de lemn, foi de protecție, etc) rămân în proprietatea autorității contractante.

Astfel, având în vedere această obligație impusă de autoritatea contractantă în sarcina operatorilor economici participanți la procedură, este evident că societatea sa nu putea să includă în propunerea tehnică prezentarea de activități și modalități pentru preluarea și eliminarea ambalajelor, câtă vreme autoritatea contractantă a impus obligația ca ambalajele produselor ce fac obiectul procedurii de achiziție publică să rămână în proprietatea sa.

În raport de cele de mai sus, intervenientul solicită Consiliului să constate că, în mod legal și temeinic, comisia de evaluare a apreciat că ..... SRL a elaborat propunerea tehnică conform cerințelor din documentația de atribuire.

3.6 Criticile de la punctul 4 al contestației, relevă rea credință, lipsa de cunoștințe sau chiar ambele la un loc și urmează să fie respinse ca atare.

Intervenientul arată că în fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a solicitat îndeplinirea de către operatorii economici interesați a următoarei cerințe minimale, pentru demonstrarea situației personale a ofertantului:

„Cap. II 1.1.1. a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, cerința nr. 2 Cazierul judiciar al operatorului economic, respectiv cazierul judiciar pentru fiecare dintre persoanele membre ale organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic, respectiv persoane care au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de Ministerul Justiției - ONRC/ actul constitutiv al operatorului economic".

În raport de cele de mai sus, intervenientul menționează că ofertanții aveau obligația de a depune: cazierul judiciar al operatorului economic; cazierul judiciar al fiecăreia dintre persoanele membre ale organelor statutare de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic, respectiv persoane care au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de Ministerul Justiției - ONRC/actul constitutiv al operatorului economic.

Intervenientul precizează că societatea contestatoare, confundând noțiuni juridice elementare în materie de drept societar, consideră că ..... SRL trebuia să depună caziere judiciare inclusiv pentru asociați, cerință care nu a fost impusă de autoritatea contractantă.

Astfel, intervenientul arată că a pus la dispoziția autorității contractante, în demonstrarea veridicității informațiilor din DUAE, caziere

judiciare atât pentru persoana juridică, cât și pentru administratorul societății, după cum urmează:

- Certificat de cazier judiciar nr. 23025930/28.01.2020 pentru ..... SRL;
- Certificat de cazier judiciar nr. 22320333/14.11.2019, pentru doamna ….

Așa cum rezultă și din certificatului constatator nr. 233938/30.04.2020, ... SRL are un singur administrator, persoană fizică, în persoana doamnei ..., fiind singura persoană împuternicită.

Intervenientul precizează că solicitarea contestatorului de descalificare a ofertei ..... SRL motivat de faptul că nu a depus certificatele de caziere judiciare ale asociaților, reprezintă o interpretare eronată a dispozițiilor legale, bazată pe o confuzie între conducerea societăților (administratorii și directorii) și acționarii acestora (proprietarii).

Chiar dacă societatea cu răspundere limitată este o societate formată din persoane, și nu din capitaluri, având o legătură mai strânsă între reprezentanții societății și deținătorii titlurilor de participație, în speță, asociații ..... SRL care dețin acțiuni în cadrul societății, totuși nu trebuie să se confunde cele 2 noțiuni. Administratorul reprezintă societatea și în această calitate verifică și semnează documente oficiale în locul asociaților.

În concluzie, intervenientul solicită Consiliului să constate că și această critică la adresa actelor autorității contractante este nefondată în raport de faptul că ..... SRL a îndeplinit întocmai cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției.

IV. Motivele pentru care solicită respingerea, în principal ca inadmisibil și în subsidiar ca nefondat, a capătului de cerere privind obligarea autorității contractante la atribuirea contractului către contestatoare

Intervenientul solicită Consiliului să respingă ca inadmisibilă solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la atribuirea contractului către acesta, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, intervenientul menționează că Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor nu poate reevalua oferte depuse de ofertanţi, declara oferta unui ofertant ca fiind conformă, obliga o autoritate contractantă să declare o ofertă conformă, să stabilească oferta câştigătoare.

Potrivit art. 26 alin. (10) din Legea 101/2016 *„Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic, cu excepţia situaţiei în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câştigător rezultă din informaţiile cuprinse în dosarul de soluţionare a contestaţiei*".

Presupunând, prin absurd, că ar fi întemeiate criticile formulate de contestator, nu ar fi întrunite cerințele referitoare la situația de excepție prevăzută la art. 26 alin. (10).

Cu privire la acest aspect, intervenientul arată că Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor s-a pronunţat în numeroase dosare. Cu titlu de exemplu, intervenientul menţionează hotărârea nr. B02012_0522: *„Consiliul admite excepţia inadmisibilităţii capătului de cerere nr. 4 din*

contestaţia formulată de SC B... SA, invocată de autoritatea contractantă, iar pe cale de consecinţă respinge ca inadmisibil capătul de cerere nr. 4 din contestaţia formulată de SC ...SA referitoare la declararea ofertei depusă de asocierea SC ... SA - ...GmbH ca fiind „acceptabilă", întrucât raportat la competenţele Consiliului conferite de legistaţia în vigoare în materia achiziţiilor publice, stabilirea ofertelor admisibile/inacceptabile/neconfome (desemnarea operatorului economic câştigător) constituie atributul exclusiv al autorităţii contractante".

Aşadar, Consiliul, potrivit dispoziţiilor legale nu poate decide şi nu poate obliga/impune autorităţii contractante să atribuie un contract către un anumit operator economic.

În raport de toate elementele de mai sus, intervenientul consideră că această solicitare a contestatorului este inadmisibilă și solicită Consiliului să o respingă ca atare.

V. Accesul ... SRL la documentele din dosarul cauzei

Intervenientul arată că potrivit art. 19 alin. (1) din Legea 101/2016, *„La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară şi probează ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală".*

Având în vedere prevederile legale în vigoare, intervenientul solicită să i se permită accesul la documentele din dosarul nr. ... aflat pe rolul Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor.

VI. Obligarea contestatorului la plata către ..... SRL a cheltuielilor de asistență juridică, efectuate în etapa procedurii administrativ - jurisdicționale în față C.N.S.C.

Intervenientul arată că potrivit art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016, Consiliul de Soluţionare a Contestaţiilor poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.

CNSC s-a pronunțat în acest sens în numeroase cauze. Cu titlu de exemplu, intervenientul invocă Decizia nr. 1472/C2/1692 din data de 22.08.2016 în care se menționează: *„Pe cale de consecință, Consiliul admite cererea de intervenţie formulată de asocierea [.] .În ceea ce privește cererea intervenientului de obligare a contestatoarei la plata tuturor cheltuielilor de judecată suportate în prezenta cauză, Consiliul, (....) în baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă contestatoarea la plata către [.] a respectivei sume".*

Prin adresa nr. 4517/18.06.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 24010/18.06.2020, intervenientul a depus înscrisurile doveditoare privind cheltuielile efectuate pentru introducerea cererii de intervenție, respectiv suma de 8.628,69 lei:

- factura fiscală seria Chit 2224 din 15.06.2020;
- ordin de plată nr. 621 din 17.06.2020;
- extras de cont din 17.06.2020.

Prin adresa nr. 4520/19.06.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 24249/19.06.2020, în temeiul art. 19, art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv art. 1057 și următoarele din Codul de procedură civilă, intervenientul invocă excepția de neconstituire legală a cauțiunii, solicitând: admiterea excepției și respingerea, ca inadmisibilă, a contestației formulată de asocierea ..... SRL – ...SRL pentru neconstituirea, în forma legală a cauțiunii prealabile soluționării cauzei.

I. Situația de fapt

Intervenientul arată că la data de 18.06.2020, între orele 10:00-12:00 a consultat dosarul cauzei, în baza aprobării primite din partea CNSC, iar în urma studierii dosarului, a luat cunoștință de următoarele documente:

- Adresa nr. 294707/28.05.2020 formulată de autoritatea contractantă și transmisă către contestatoare;
- Fila CEC cu seria BTRL1BD nr. 2967788 transmisă la data de 29.05.2020.
- Documentul nr. 305/29.05.2020 cu titlu de împuternicire emis de contestator.

II. Motivele pentru care solicită admiterea excepției

Intervenientul precizează că, din documentele depuse la dosarul cauzei, se observă că ..... SRL a depus cu titlu de cauțiune o filă CEC, în sumă de 187200.00 lei, la data de 29.05.2020.

La dosarul cauzei nu se regăsește acordul scris expres al autorității contractante în ceea ce privește modalitatea de a depune cu titlu de cauțiune o filă CEC.

În considerarea dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016 modificată şi completată prin OUG nr. 45/2018, Consiliul trebuie să analizeze cu prioritate îndeplinirea condiţiei prealabile soluţionării contestaţiei de constituire a cauţiunii în conformitate cu dispoziţiile legale, prin care se precizează: "Art. 61^1 (1) *Pentru soluţionarea contestaţiei formulate în condiţiile art. 8 sub sancţiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, o cauţiune stabilită după cum urmează [...]."*

Legea nr. 101/2016 nu conține prevederi referitoare la modalitatea de constituire a cauțiunii, astfel încât sunt incidente prevederile Noului Cod de Procedură Civilă, legea nr. 101/2016 făcând trimitere la NCPC în capitolul final.

În primul rând, intervenientul consideră că în raport de prevederile legale în vigoare, nu se poate constitui cauțiunea prin depunerea unei file CEC la dosar de către contestator.

Astfel, intervenientul arată că Fila CEC este un instrument de plată, nu un instrument de garantare.

Mai mult decât atât, intervenientul susține că fila CEC depusă la dosar cu titlu de cauțiune nu conține data scadenței.

De asemenea, intervenientul precizează că documentul cu nr. de înregistrare 29/05.2020 denumit împuternicire emis de contestator nu are

nicio valoare juridică, deoarece contestatorul nu avea prerogativa împuternicirii Consiliului Naţional pentru Soluţionarea Contestaţiilor în vederea completării unei file CEC emise de contestator. Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor este un organism independent cu activitate administrativ - jurisdicţională, şi în niciun caz nu este un organ de executare.

Modalitatea de constituire a cauţiunii este, conform dispoziţiilor art. 1057 şi art. 1058 din Noul Cod de Procedură Civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, depunerea sumei respective la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituţie de credit care efectuează astfel de operaţiuni, pe numele părţii respective, la dispoziţia CNSC.

Mai mult decât atât, intervenientul menţionează că prin fila CEC neîncasată, banii rămân în contul contestatorului.

De asemenea, intervenientul precizează că la dosar nu există acordul expres al autorității Contractante, adresa nr. 294707/28.05.2020 nu echivalează cu un acord scris expres.

Astfel, intervenientul arată că în adresa anterior menționată autoritatea contractantă precizează: "*Vă comunicăm că puteţi constitui cauţiunea în oricare din variantele permise de legislaţia în vigoare*", nefăcându-se nicio referire la constituirea unei cauțiuni prin depunerea unei file CEC la dosar.

Fără acordul scris expres al autorității contractante, cauțiunea nu este legal constituită și prin urmare nu poate fi luată în considerare.

Fila CEC neînsoțită de acordul expres al autorității contractante și de recipisa de consemnare, în original, nu constituie titlu de valoare în sensul util al unei cauze aflate pe rolul Consiliului Naţional al Soluţionării Contestaţiilor.

În aceste împrejurări, intervenientul consideră că la dosar nu s-a depus cauţiunea conform prevederilor legale.

În această privință, intervenientul arată că în jurisprudență CNSC (B02018/7665) s-au reținut următoarele:

„La dosarul cauzei, societatea contestatoare a depus un bilet la ordin, fără însă a prezenta acordul entităţii contractante pentru o astfel de modalitate de constituire a cauţiunii.

În cauză, sunt incidente prevederile 1058 alin. (2) din Cod procedură civilă potrivit cărora La cererea debitorului cauţiunii şi dacă partea în favoarea căreia se depune declară în mod expres că este de acord, cauţiunea va putea consta și în instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată. (...)

Față de afirmația contestatoarei referitoare la constituirea cauțiunii sub forma unui bilet la ordin fără a avea însă acordul entităţii contractante, se constată că nu este îndeplinită una dintre condiţiile expres indicate la art. 1058 alin. (2) din Cod procedură civilă.

Astfel în lipsa acordului entităţii contractante referitor la constituirea cauţiunii în forma unui bilet la ordin, nu se poate considera că această cauţiune a fost constituită conform dispoziţiilor legale".

Pentru aceste motive, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele anterior, Consiliul a respins contestația fără a se pronunța asupra altor excepții ori a fondului cauzei.

Intervenientul arată că în mod similar s-a dispus prin alte două Decizii: Decizia nr. 1821/C6/2069 din data de 29.06.2018 şi Decizia publicată în Buletinul Oficial al CNSC cu nr. B02018/7667, din care citează aspectele relevante:

"*Până la data emiterii prezentei decizii, contestatoarea nu s-a conformat solicitării Consiliului şi nu a prezentat acordul scris expres al autorităţii contractante privind posibilitatea constituirii cauţiunii prin filă CEC deşi a confirmat primirea adresei CNSC din data de 25.06.2016, transmiţând cu adresa nr.762/27.06.2018, în original, o nouă filă CEC, în sumă de 15.075,84 lei, reprezentând constituirea cauțiunii de această dată la dispoziţia CNSC.*

Întrucât contestatoarea nu s-a conformat dispoziţiilor legale privind constituirea cauţiunii, deşi Consiliul a manifestat un rol activ şi i-a solicitat depunerea cauţiunii în condiţiile imperativ impuse de dispoziţiile Legii nr.101/2016 coroborate cu cele ale dispoziţiilor art.671 şi art.1057-1062 din C. pr. civ, contestaţia sa nu poate fi soluţionată, fapt pentru care, în conformitate cu dispoziţiile art. 61[1] din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018, în temeiul dispoziţiilor art 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestaţia formulată de SC[.] SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă [.] pentru neconstituirea cauţiunii, prealabile soluţionării cauzei.

Întrucât filele CEC neînsoţite de acordul expres al autorităţii contractante şi de recipisa de consemnare, în original, nu constituie titlu de valoare în sensul util cauzei, Consiliul va returna petentei, odată cu prezenta decizie, filele CEC".

Intervenientul arată că, în conformitate cu prevederile art. 62 și următoarele din Legea nr. 101/2016, jurisprudența Consiliului trebuie să aibă caracter unitar, problemele de drept dezlegate fiind obligatorii pentru soluționarea cauzelor similare ori identice.

Ca urmare, completul învestit să soluționeze prezenta cauză are datoria de a ține cont de Deciziile CNSC pronunțate anterior cu privire la inadmisibilitatea unei contestații în cazul în care nu s-au respectat prevederile legale în vederea depunerii cauțiunii de către contestator.

Pentru toate aceste motive, intervenientul consideră că, în temeiul alin. (1) al art. 611 şi alin. (1) şi (6) al art. 26 din Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare, se impune respingerea contestaţiei formulate de ..... SRL, ca fiind inadmisibilă, având în vedere ca ..... SRL nu s-a conformat obligaţiei de a constitui cauţiunea în termenul şi modalitatea prevăzute de lege.

Nu în ultimul rând, intervenientul solicită Consiliului să verifice dacă a fost respectat de către contestator termenul de constituire a cauțiunii prevăzut de art. 68 raportat la art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, iar în cazul în care CNSC va constata că s-a constituit tardiv cauțiunea, să aplice sancțiunile prevăzute de lege.

În raport de toate aceste aspecte, intervenientul solicită admiterea excepției și respingerea, ca inadmisibilă, a contestației formulată de asocierea ..... SRL - ... SRL pentru neconstituirea, în forma legală a cauțiunii prealabile soluționării cauzei.

Prin adresa nr. 367/19.06.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 24298/19.06.2020, contestatorul formulează concluzii scrise, solicitând: respingerea excepției inadmisibilității invocate de ..... SRL și respingerea cererii de intervenție ca nefondată, pentru următoarele considerente:

În ceea ce privește motivele cererii de intervenție, contestatorul arată că acestea se subscriu în totalitate celor invocate de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere, motiv pentru care solicită Consiliului să aibă în vedere notele scrise formulate de societatea sa anterior.

Referitor la excepția inadmisibilității invocate de către ..... SRL prin notele scrise nr. 4520/19.06.2020, contestatorul solicită respingerea acesteia pentru următoarele considerente:

În esență, ... SRL supune atenției Consiliului două motive care ar atrage inadmisibilitatea contestației pe motivul neconstituirii legale a cauțiunii: (i) cauțiunea nu ar putea fi constituită în mod legal prin emiterea unei file CEC și (ii) nu ar exista acordul expres al autorității contractante în sensul constituirii cauțiunii în această formă.

În ceea ce privește primul motiv invocat, contestatorul constată cu surprindere că ..... SRL invocă dispozițiile art. 1.058 Cod procedura civilă în susținerea excepției, fără a avea în vedere textul propriu-zis al acestui articol.

Astfel, contestatorul arată că potrivit alin. (2) al art. 1.058 Cod procedura civila, *„La cererea debitorului cauțiunii și dacă în favoarea căreia se depune declară în mod expres că este de acord, cauțiunea va putea consta și în instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată*".

Or, astfel cum susține chiar ..... SRL prin notele scrise formulate (alineatul 2 pag. 3), fila CEC este un instrument de plată, care se înscrie întocmai cerințelor art. 1.058 Cod procedură civilă.

Contestatorul precizează că este adevărat că banii rămân în contul societății sale, însă ei sunt puși la dispoziția Consiliului (la fel ca și în cazul consemnării cauțiunii în varianta clasică), iar Consiliul va putea executa, liber și fără nicio condiționare, suma prevăzută în fila CEC în cazul în care se va dispune acoperirea prejudiciului cauzat autorității contractante prin formularea contestației, urmând ca societatea sa să răspundă penal în cazul existenței vreunei piedici la momentul executării.

De asemenea, contestatorul menționează faptul că asociatul societății sale, ... SRL, a consemnat cauțiunea în aceeași modalitate în dosarul nr. 854/C4/2020 soluționat fără niciun impediment de către CNSC.

ii) Referitor la acordul expres al autorității contractante pentru consemnarea cauțiunii în acest fel, contestatorul menționează că prin adresa nr. 294707/28.05.2020 autoritatea contractantă și-a exprimat acordul expres prin comunicarea societății sale a faptului că *„puteți constitui cauțiunea în oricare din variantele permise de legislația în vigoare".*

În sfera variantelor permise de legislația în vigoare intră și consemnarea cauțiunii printr-un instrument de plată, în conformitate cu art. 1.058 alin. (2) Cod procedura civilă, reieșind faptul că autoritatea contractantă și-a exprimat acordul în mod expres și cu privire la utilizarea filei CEC.

Contestatorul menționează că întreaga jurisprudență invocată de ..... SRL prin notele scrise pornește de la o premisă diferită: în acele dosare lipsea cu desăvârșire acordul autorității contractante cu privire la consemnarea cauțiunii într-una din variantele alternative, neavând vreo legătură cu situația actuală, în care autoritatea și-a exprimat acordul iar la dosarul cauzei există acest acord.

Contestatorul precizează că îți menține restul criticilor expuse prin cererea introductivă și notele scrise formulate anterior și solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, respingerea excepției inadmisibilității și respingerea cererii de intervenție ca nefondată.

Prin adresa nr. 4522/22.06.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 24412/22.06.2020, intervenientul formulează concluzii scrise, solicitând:

- în principal, admiterea excepţiei de neconstituire legală a cauţiunii şi respingerea, ca inadmisibilă, a contestaţiei formulată de asocierea ..... SRL - … SRL pentru neconstituirea, în forma legală a cauţiunii prealabile soluţionării cauzei;
- în subsidiar, admiterea cererii de intervenţie accesorie formulată de .. SRL şi în consecinţă, respingerea, ca nefondate, a capetelor de cerere din contestație privind obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere invocate de contestator;

- obligarea contestatorului la plata către ..... SRL a cheltuielilor de asistență juridică, efectuate în etapa procedurii administrativ - jurisdicționale în fața C.N.S.C.

Motivele pentru care solicită înlăturarea apărărilor formulate de contestator prin concluziile scrise din data de 19.06.2020 și menţine solicitarea de admitere a excepției nelegalei constituiri a cauţiunii

1. Nelegalitatea constituirii cauţiunii

Intervenientul precizează că din documentele depuse la dosarul cauzei, se observă că ..... SRL a depus la CNSC, la data de 29.05.2020, cu titlu de cauțiune în prezentul dosar, fila CEC cu seria BTRL1BD nr 2967788 pe care este înscrisă valoarea de 187.200,00 lei.

Societatea sa a adus în atenția Consiliului următoarele motive care atrag inadmisibilitatea contestației formulate de ..... SRL raportate la neconstituirea legală a cauțiunii:

a) Emiterea filei CEC la dispoziția C.N.S.C. nu reprezintă o modalitate legală de constituire a cauţiunii, chiar dacă fila CEC ar fi emisă valabil, ceea ce nu este cazul;

b) Nu a existat acordul expres al autorității contractante în sensul constituirii cauţiunii în forma emiterii unei file CEC;

c) Documentul intitulat „împuternicire" prin care contestatorul a împuternicit Consiliul în vederea completării datei scadenţei este inapt să producă efecte juridice;

d) Fila CEC transmisă Consiliului cu titlu de cauţiune este ea însăși lovită de nulitate absolută.

e) Termenul de constituire a cauţiunii prevăzut de art. 68 raportat la art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 nu a fost respectat.

Intervenientul arată că motivele menționate anterior au caracterul unor nulități absolute, de ordine publică, în sensul prevederilor art. 178

Cod procedura civilă, conform cărora „(1) *Nulitatea absolută poate fi invocată de orice parte din proces, de judecător sau, după caz, de procuror, în orice stare a judecăţii cauzei, dacă legea nu prevede altfel."*

Norma respectivă are aplicabilitate în prezenta cauză conform prevederilor art. 68 din legea nr. 101/2016, care prevede că „*Dispoziţiile 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, şi cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare".*

2. Fila CEC depusă de contestator nu face dovada constituirii valabile a cauțiunii pentru că nu este un instrument financiar care poate servi ca instrument de plată

Intervenientul arată că ..... SRL a depus la CNSC, la data de 29.05.2020, cu titlu de cauţiune în prezentul dosar, o filă CEC pe care este înscrisă suma de 187.200,00 lei.

În materia stabilirii cauțiunii și a depunerii acesteia sunt aplicabile prevederile art. 1.057 Cod procedură civilă:

„(1) Când legea prevede darea unei cauțiuni, suma datorată de parte cu acest titlu se stabilește de către instanță în condițiile legii și se depune la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția instanței sau, după caz, a executorului judecătoresc".

Art. 1.058, intitulat „Depunerea în numerar sau în instrumente financiare" instituie următoarele reguli:

„(1) Cauțiunea se depune, de regulă, în numerar" și

(2) La cererea debitorului cauțiunii și dacă partea în favoarea căreia se depune declară în mod expres că este de acord, cauțiunea va putea consta şi în instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată. Cu toate acestea, acordul părții nu este necesar în cazul titlurilor emise de stat sau de unitățile administrativ-teritoriale.

(3) Valoarea instrumentelor financiare prevăzute la alin. (2) este aceea arătată în cuprinsul lor".

În speța de fată, fila CEC depusă pentru constituirea cauțiunii este un instrument de plată, dar nu este un instrument financiar care poate servi ca instrument de plată.

Un instrument de plată este un dispozitiv şi/sau un set de proceduri convenite între un utilizator de servicii de plată şi un furnizor dc servicii de plată, care permit transferul fondurilor de la plătitor la beneficiar.

Există diferite tipuri de instrumente de plată, fiecare cu propriile caracteristici, în funcţie de mijloacele prin care se realizează plata, suportul fizic al tranzacției, de tipurile de relații și de tranzacții efectuate între plătitor şi beneficiar, Numerarul constituie mijlocul de plată cel mai utilizat pentru achiziţionarea de bunuri şi servicii, dar există și instrumente de plată fără numerar.

Un instrument de plată fără numerar este mijlocul prin care un plătitor dă băncii sale autorizație să transfere fonduri pentru efectuarea unei plăți sau prin care un beneficiar dă instrucțiuni băncii sale să colecteze fondurile

de la un plătitor. Conturile celor două părți pot fi deschise la o singură bancă sau la bănci diferite.

Cele mai utilizate instrumente de plata fără numerar sunt: Transferul credit (ordinul de plată), debitarea directă, cardul, cecul, cambia și biletul la ordin.

Cecul este un instrument de plată care pune în legătură în procesul creării sale trei persoane: trăgătorul, trasul și beneficiarul. Instrumentul este creat de către trăgător care, în baza unui disponibil constituit în prealabil la o societate bancară, dă un ordin necondiționat acesteia, care joacă rolul de tras, să plătească la prezentare o sumă determinată beneficiarului, care poate fi trăgătorul sau o altă persoană. Fiind un instrument pe suport hârtie, cecul este instrumentul de plată fără numerar cel mai costisitor de procesat și decontat.

Instrumentele financiare sunt obligații legale sau raporturi contractuale prin intermediul cărora o parte transferă un activ sau o valoare către alta parte în anumite condiții și la o dată stabilită în viitor.

Exemple de instrumente financiare: depozitul bancar, acțiunile, obligațiunile, contractele pentru Diferență [CFD-uri).

Instrumentele financiare au anumite caracteristici și anume: sunt contracte complexe, de obicei standardizate pe piață unde sunt lansate, indică exact data viitoare la care urmează a se face plata pentru instrumentul financiar respectiv, sunt specificate clar și exact condițiile în care se va face plata.

Cecul este un instrument de plată, util și sigur în relațiile dintre agenții economici, dar atâta timp cât nu este deturnat sensul lui, respectiv aceea de instrument de plată și nu de garantare a unei plăți. Cecul ca instrument de garantare a plății nu există.

Așadar, fila CEC este un instrument de plată, dar nu este un instrument financiar care poate servi ca instrument de plată. Ca urmare, cerința prevăzută de art. 1058 alin. (2) Cod procedură civilă nu este îndeplinită.

Referitor la susținerea contestatorului precum că ... SRL a consemnat cauțiunea în aceeași modalitate într-un alt dosar aflat pe rolul CNSC, intervenientul arată că acest lucru nu poate să confere caracter de legalitate unei practici vădit contrare prevederilor legale în vigoare. În același timp, intervenientul își exprimă speranța că fila CEC utilizată de ...92 SRL în dosarul ... nu a fost afectată de aceleași vicii grave de completare care atrag nulitatea cecului, ca în cauza de față.

3. Nu există acordul expres al autorității contractante pentru depunerea cauțiunii prin filă cec, modalitate neprevăzută de lege.

Referitor la lipsa acordului expres al autorității contractante pentru consemnarea cauțiunii prin depunerea unei file CEC, intervenientul arată că reprezentanții autorității au procedat conform legii atunci când au transmis contestatorului, prin adresa nr. 294707/28.05.2020: „puteți constitui cauțiunea în oricare dintre variantele permise de legislația in vigoare".

Sub un prim aspect, intervenientul precizează că autoritatea contractantă nu putea decât să solicite contestatorului să respecte legea, astfel cum este prevăzut la art. 2 alin. (1) din legea nr. 98/2016.

În al doilea rând, în opinia intervenientului, acest răspuns al autorității contractante nu poate echivala, în niciun caz, cu un acord expres privind constituirea cauțiunii prin emiterea unei file CEC și depunerea acesteia la CNSC. Astfel, în opinia intervenientului, un acord expres ar fi presupus ca autoritatea contractantă să precizeze că a consimțit la constituirea cauțiunii, nu prin depunerea de către contestatoare a unei sume de bani la o unitate bancară (regula prevăzută de art. 1058 alin. 1), ci printr-o filă CEC.

Doar în acest fel ar fi existat o acceptare inechivocă de către ..... atât acestei soluții sui generis, cât şi a dificultăților/riscurilor pe care le-ar presupune pentru autoritatea contractantă o ipotetică punere în executare a filei CEC. Aceasta, în situaţia în care fila CEC ar fi fost aptă să fie pusă în executare, ceea ce nu este cazul, după cum va demonstra în continuare.

4. Împuternicirea acordată de contestator Consiliului pentru completarea şi executarea CEC-ului este nulă absolut. Fără această împuternicire, cauțiunea nu există.

Intervenientul precizează că documentul denumit ”împuternicire" având nr. de înregistrare 305/ 29.05.2020 la emitentul ..... SRL nu poate avea valoarea juridică a unui mandat legal acordat, nici din perspectiva mandantului, nici din perspectiva mandatarului, existând mai multe cauze de nulitate absolută a acestuia.

Cu titlu absolut exemplificativ, intervenientul menționează că nu sunt îndeplinite mai multe dintre cerințele prevăzute de lege pentru existența unui mandat valabil, referitoare la capacitatea părților, obiectul mandatului și forma acestuia.

În ceea ce privește capacitatea părților, intervenientul solicită Consiliului să aibă în vedere prevederile art. 37 din Legea nr. 101/2016, conform cărora Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor este un organism independent cu activitate administrativ-jurisdicțională, care funcţionează pe baza propriului regulament de organizare şi funcţionare aprobat prin HG 1037/2011, şi în niciun caz un organ de executare a CEC-urilor emise de persoane juridice private. CNSC nu este abilitat prin legea sa de organizare nici să completeze, nici să pună în executare CEC-uri. În mod similar, între atribuțiile Președintelui Consiliului prevăzute la art. 9 din HG 1037/2011 nu se regăsesc asemenea activități.

Art. 1225 alin. 2 Cod civil dispune imperativ ca obiectul contractului (operațiunea juridică) trebuie să fie determinat și licit, sub sancțiunea nulității absolute. În mod similar, art. 1226 alin. 2 prevede că obiectul obligației (prestația la care se angajează debitorul, în cazul de față CNSC) trebuie să fie determinat sau determinabil și licit, sub sancțiunea nulității absolute.

O sancțiune similară este prevăzută de lege și pentru nerespectarea dispozițiilor legale privind caracterul licit și moral al cauzei contractului (motivul care determină fiecare parte să încheie contractul). Astfel, conform art. 1238 alin. 2 *„cauza ilicită sau imorală atrage nulitatea absolută a contractului dacă este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau după împrejurări, trebuia să o cunoască."*

În sensul dispoziţiilor art. 1226 Cod civil, obiectul obligaţiei (prestaţiei) mandatarului (CNSC) este întotdeauna încheierea unuia sau mai multor

acte juridice „pe seama", adică în contul sau pe socoteala mandantului care, în cauza de faţă, conform împuternicirii, este contestatorul ..... SRL.

Intervenientul menționează că, din prevederile art. 2009 Cod civil, rezultă că, pentru a ne afla în prezența unui contract de mandat, se cere, și este suficient, ca mandatarul (CNSC) să acționeze „pe seama" mandantului (..... SRL), mandatarul (CNSC) fiind cel care va suporta costurile și riscurile operațiunii. O asemenea poziție a CNSC nu a fost, în niciun caz, avută în vedere de legiuitor. Ca urmare, obiectul mandatului acordat prin împuternicire are un evident caracter ilicit, cu consecințele de rigoare.

Dincolo de acest aspect, mandatul acordat prin împuternicire vizează acte de dispoziție: „completarea scadenței" CEC-ului. Dincolo de faptul că asemenea acte contravin statutului legal al CNSC, conform art. 2016 alin. (2) Cod civil. *„Pentru a încheia acte de înstrăinare sau grevare, tranzacții ori compromisuri, pentru a se putea obliga prin cambii sau bilete la ordin ori pentru a intenta acțiuni în justiție, precum și pentru a încheia orice alte acte de dispoziție, mandatarul trebuie să fie împuternicit în mod expres".*

Mai mult decât atât, CNSC nu poate anticipa la acest moment ce acte ar putea fi nevoit să facă în calitate de mandatar al contestatorului. Conform art. 2016 alin. (3) Cod civil, *„Mandatul se întinde și asupra tuturor actelor necesare executării lui, chiar dacă nu sunt precizate în mod expres*".

Chiar daca motivele de mai sus nu ar exista, nu sunt întrunite nici cerințele prevăzute de legea specială referitoare la forma mandatului.

Conform art. 30 din Norma-cadru a B.N.R. nr. 7 din 08.03.1994, privind comerțul făcut de societățile bancare și celelalte societăți de credit, cu cecuri, pe baza Legii nr. 59/1934 asupra cecului, modificată prin Ordonanța Guvernului nr. 11/1993, aprobată și modificată prin Legea nr. 83/1994 [„Norma cadru 7"), înscrierile pe CEC se fac de către reprezentantul legal al trăgătorului (contestatorul ... SRL), în cazul în care înscrierile ar fi făcute de o altă persoană (CNSC) este necesar un mandat autentic, ceea ce, în cazul de față, nu există.

Conform art. 1179 alin. 2 Cod civil, în măsura în care legea prevede o anumită formă a contractului aceasta trebuie respectată, sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile legale aplicabile. Art. 1242 Cod civil arată că este lovit de nulitate absolută contractul încheiat în lipsa formei pe care, în chip neîndoielnic, legea o cere pentru încheierea sa valabilă.

5. <u>La completarea filei CEC, ... a încălcat mai multe dispoziții imperative ale Legii nr. 59/1934 și ale Normei-cadru a B.N.R. nr. 7 din 08.03.1994, încălcări sancționate, de asemenea, cu nulitatea absolută a CEC-ului.</u>

Intervenientul arată că nulitatea absolută este, potrivit art. 1250, o sancțiune care intervine pentru încălcarea unei dispoziții legale instituite pentru ocrotirea unui interes general și poate fi invocată de orice persoană interesată pe cale de acțiune sau pe cale de excepție.

Efectele nulității sunt prevăzute în art. 1254-1260: Contractul lovit de nulitate absolută sau anulat ori este considerat a nu fi fost niciodată încheiat (art.1254 alin.1).

În cazul de față, fila CEC prezentată de contestator ca "dovadă" a constituirii cauțiunii nu poate produce niciun fel de efecte neavând completate rubricile referitoare la "data emiterii", "stipulat", şi „locul plății".

Conform art. 1 din Legea nr. 59/1934 şi a punctului 9 din Norma-cadru nr. 7/1993, cecul trebuie să prevadă, între altele "5. Arătarea datei şi locului emiterii". Lipsa acestor menţiuni obligatorii produce menţiuni consecinţa practică de natură să împiedice încasarea cecului.

Mai mult, conform art. 2 din Legea nr. 59/1934 şi punctului 30 din Norma-cadru nr. 7/1993, „titlul căruia îi lipseşte una dintre condiţiile arătate la articolul precedent nu va fi socotit CEC."

Conform punctului 34 din Norma-cadru nr. 7/1993 nefiind arătată data emiterii, nu se poate verifica valabilitatea cecului respectiv dacă trăgătorul avea sau nu disponibil în cont la data emiterii.

De asemenea, în absența datei emiterii, trăgătorul ..... poate retrage suma respectivă din cont (art. 4 din Legea nr. 59/1934 şi art. 40 din Norma-cadru 7/1993 - interpretare per a contrario).

Cecul prezentat este inapt să producă efecte în cazul în care autoritatea contractantă ar solicita repararea eventualului prejudiciu. Astfel, fiind stipulat în favoarea C.N.S.C., care are calitate de beneficiar, doar Consiliul îl poate încasa. Pentru a se atinge scopul constituirii cauțiunii, cecul ar trebui sa fie girat de către CNSC către autoritatea contractantă, CNSC nu are însă capacitatea de a face asemenea operațiuni și tot acest mecanism la care s-a ajuns indică atât Legea nr. 101/2016, cât şi principiul securităţii raporturilor juridice, în general.

Intervenientul arată că potrivit prevederilor art. 30 din Legea nr. 59/1934, cecul trebuie prezentat la plată în 15 zile. În cazul de față data emiterii nefiind înscrisă pe cec, el trebuie considerat emis la data prezentării la CNSC, adică 29.05.2020. Ca urmare, posibilitatea efectivă de transmitere a cecului prin gir de la CNSC la autoritatea contractantă se află sub semnul unei serioase îndoieli.

Mai mult, oricum emiterea și depunerea filei cec la dosar la data de 29.05.2020 a fost depusă în condițiile în care termenul de depunere a cauțiunii expirase la data de 28.05.2020, ora 24:00, termen calculat conform prevederilor legale în vigoare.

Nu în ultimul rând, emiterea unui cec căruia îi lipsește data emiterii constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la un an sau cu amendă conform art. 84 punctul 3 litera d) din Legea nr. 79/1934.

Înșiruirea prevederilor legale încălcate, care lipsesc de efecte cecul în ipoteza în care s-ar încerca încasarea lui, poate continua.

Intervenientul arată că esențial pentru soluționarea prezentei excepții este însă, faptul că, aceste lipsuri apar ca fiind intenționate și că această cauțiune dobândește caracter fictiv, iluzoriu, ceea ce nu poate fi acceptat,

6. În sensul tuturor aspectelor menționate anterior, a precizat în excepția formulată la data de 19.06.2020, Decizii pronunțate de CNSC: Decizia nr. 1821/C6/2069 din data de 29.06.2018, Decizia publicată în Buletinul Oficial al CNSC cu nr. BO2018/7667, Decizia publicată in Buletinul Oficial al CNSC cu nr. BO2018/7665.

Nu în ultimul rând, intervenientul arată că fila CEC a fost depusă la dosar în afara termenului de 3 zile lucrătoare de la data formulării

contestației. Astfel, contestația a fost depusă la data de 25.06.2020, iar termenul limită pentru depunerea cauțiunii s-a împlinit la data de 28.06.2020, ora 24:00.

În subsidiar, admiterea cererii de intervenție și respingerea, ca nefondate, a capetelor de cerere din contestația formulată de contestator.

În ceea ce privește lipsa de temei a criticilor formulate de ..... SRL în contestație și menținute ulterior în concluziile scrise, intervenientul solicită Consiliului să aibă în vedere aspectele prezentate pe larg în cererea de intervenție voluntară accesorie formulată la data de .....

Obligarea contestatoarei la plata către ..... SRL a cheltuielilor de asistenţă juridică, efectuate în etapa procedurii administrativ - jurisdicţionale în faţa C.N.S.C.

Intervenientul arată că potrivit art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016, Consiliul de Soluţionare a Contestaţiilor poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei. Cuantumul, detalierea şi documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunţarea deciziei de soluţionare a contestaţiei.

CNSC s-a pronunțat în acest sens în numeroase cauze. Cu titlu de exemplu, intervenientul invocă Decizia nr. 1472/C2/1692 din data de 22.08.2016 în care se menționează: *„Pe cale de consecință, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de asocierea [...]. în ceea ce privește cererea intervenientului de obligare a contestatoarei la plata tuturor cheltuielilor de judecată suportate în prezenta cauză, Consiliul, (....] în baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă contestatoarea la plata către [.] a respectivei sume."*

Documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate au fost depuse la dosar de către reprezentanții societății sale la data de 18.06.2020.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „FURNIZARE APARATE DE AER CONDIȚIONAT”, lotul 2, cod CPV 42512000-8, organizată pe loturi. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..

Criteriul de atribuire stabilit prin documentația de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, factorii de evaluare fiind prețul ofertei 80% și durata perioadei de garanție 20%.

În raportul procedurii nr. 294124/14.05.2020, pentru lotul 2, s-a consemnat depunerea a 2 oferte, admisibilitatea acestora, precum și desemnarea ofertei depuse de ..... SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 9.360.000,00 lei fără TVA.

Împotriva comunicării privind rezultatul procedurii nr. 294131/ 14.05.2020 și a raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020, privind lotul 2, asocierea ..... SRL – ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ..... SRL; acesta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnat câștigător al procedurii, potrivit raportului procedurii nr. 294124/14.05.2020, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

În ceea ce privește excepția de neconstituire a cauțiunii potrivit dispozițiilor legale, invocată de intervenientul ..... SRL, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

Potrivit prevederilor art. 1.058 alin. (2) din Codul de procedură civilă: *„La cererea debitorului cauţiunii şi dacă partea în favoarea căreia se depune declară în mod expres că este de acord, cauţiunea va putea consta şi în instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată”.*

Prin definiție, cecul este un instrument de plată prin care titularul unui cont dă o instrucțiune băncii sale de a pune la dispoziție o anumită sumă de bani unei alte entități, persoană fizică sau juridică, la prezentarea înscrisului.

Astfel, se reține că ..... SRL a ales să constituie cauțiunea prin depunerea la dosarul cauzei, în data de 29.05.2020, a filei CEC seria BTRL1BD 2967788, emisă de Banca Transilvania, în valoare de 187.000 lei.

Totodată, contestatorul a depus odată cu fila CEC și adresa nr. 294707/28.05.2020, reprezentând acordul expres al autorității contractante privind constituirea cauțiunii *”în oricare din variantele permise de legislația în vigoare”*, în sfera variantelor permise de legislație intrând și consemnarea cauțiunii printr-un instrument de plată în conformitate cu prevederile art. 1.058 alin. (2) din Codul de procedură civilă.

Consiliul nu va lua în considerare spețele invocate de ..... SRL prin notele scrise, întrucât acestea vizează cauze în care lipsea cu desăvârșire acordul autorității contractante privind constituirea cauțiunii într-una din variantele permise de legislație; prin urmare, acestea nu au legătură cu situația actuală, în care autoritatea și-a exprimat acordul în mod expres și acesta a fost depus de contestator odată cu constituirea cauțiunii.

Cu privire la excepția lipsei calității de reprezentant al ..... SRL în ceea ce privește formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată din următoarele motive:

- potrivit acordului de asociere nr. 5/24.02.2020, SC ..... SRL are calitatea de lider al asocierii ..... SRL - ...,

- conform actului adițional nr. 1 la acordul de asociere menționat, „Liderul asocierii ..... SRL va putea exercita orice cale de atac prevăzută de Legea nr. 101/2016 împotriva actelor autorității contractante, în numele și seama Asocierii”.

Prin urmare, ... SRL în calitate de lider și de reprezentant al asocierii asocierea ..... SRL - ...este împuternicit să depună contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în numele și pentru întreaga asociere, în condițiile Legii nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că asocierea ..... SRL - ... SRL a avut o propunere financiară în valoare de 9.748.800 lei fără TVA, iar ..... SRL a prezentat propunere financiară de 9.360.000,00 lei fără TVA; în ceea ce privește durata perioadei de garanție, ambii ofertanți au prezentat o garanție de 48 de luni.

Ca urmare a aplicării algoritmului de calcul stabilit prin documentație, a rezultat următorul punctaj final:

- ..... SRL- 100 puncte, locul I în clasamentul final și câștigătoarea procedurii,
- asocierea ..... SRL - .. SRL, 96,81 lei fără TVA, locul II în clasament (contestatorul).

Nemulțumită fiind de acest rezultat al procedurii, asocierea ..... SRL – ... SRL, prin liderul ..... SRL a formulat prezenta contestație, în care susține că oferta câștigătoare ar fi trebuit respinsă ca neconformă din următoarele motive:

1. nu a prezentat un grafic de timp pentru asigurare service-ului, așa cum s-a solicitat în caietul de sarcini;
2. a copiat ad – literam conținutul caietului de sarcini, fapt nepermis prin documentație;
3. a omis să prezinte cerința privind *„ambalare și etichetare, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor”* din fișa de date a achiziției,
4. a prezentat doar cazierul judiciar al societății ..... SRL și al administratorului, omițând să prezinte cazierul judiciar al celor doi asociați.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, Consiliul reține următoarele aspecte relevante:

1. Referitor la prima critică, se reține că în caietul de sarcini, pag. 13, s-a solicitat: *„Contractantul va introduce în oferta sa tehnică o descriere a modului în care se realizează service-ul aparatelor în perioada de garanție, cu precizarea cel puțin a următoarelor aspecte:*

i) Graficul de timp de asigurare a service-ului;

ii) Numărul de persoane care vor asigura service-ul;

iii) Principalele operațiuni ce vor fi efectuate în cadrul service-ului;

iv)Consumabilele necesare: tipul, cantitatea; frecvența de înlocuire”.

Se reține că ..... SRL a prezentat în acest sens, în propunerea tehnică, la pct. 7 o metodologie privind asigurarea service-ului (nu sub formă de grafic, ci descriptivă), dar din care reies următoarele elemente:

- periodicitatea reviziei aparatelor, respectiv de 2 ori pe an, primăvara și toamna, service-ul fiind asigurat pe cheltuiala ofertantului fără a implica niciun cost din partea autorității contractante,
- asigurarea de material consumabile necesare pentru efectuarea reviziei,
- timpul de remediere a defectelor, respectiv maxim 24 de ore pentru obiectivele din ..... și 48 de ore pentru obiectivele din țară,
- informaţii referitoare la prelungirea duratei de garanţie pentru situaţiile în care aparatele de aer condiţionat defecte nu pot fi reparate în locaţia unde au fost montate şi necesită demontarea pentru a fi reparate într-o unitatea service specializată,

- informaţii referitoare la modul în care se va asigura continuitatea răcirii spaţiilor tehnice în situaţia în care aparatele defecte sunt demontate în vederea reparării acestora.

Astfel, în această parte a propunerii tehnice se regăsesc elementele solicitate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, asigurând un ansamblu de activități pentru a menține în stare de funcționare a aparatelor de aer condiționat, la parametrii prevăzuți în propunerea tehnică. Chiar dacă nu a fost prezentat un grafic propriu zis, adică o reprezentare prin desen a periodicității asigurării service-ului, informațiile prezentate în propunerea tehnică sunt relevante privind îndeplinirea cerinței menționate.

Prin urmare, Consiliul apreciază că este nefondată critica formulată de contestator, aceasta urmând a fi respinsă.

2. Referitor la critica formulată de contestator privind faptul că la elaborarea propunerii tehnice ..... SRL ar fi copiat ad litteram conținutul caietului de sarcini, se reține că prezentarea de către contestator doar a câtorva pasaje, fragmente, nu este relevantă pentru întreaga propunere tehnică. Exemplele date de contestator reprezintă informații privind autoritatea contractantă și contextul realizării achiziției despre care ofertantul a declarat că a luat la cunoștință, fiind chestiuni formale și nu care țin de conținutul ofertei propriu – zise.

Nu se reține în soluționare alegația contestatorului potrivit căreia „devine imposibilă stabilirea propriei abordări și a manierei în care ofertantul va desfășura activitățile solicitate de autoritatea contractantă”, fiind vorba în speță despre un acord cadru ce are ca obiect furnizarea de produse, aparate de aer condiționat, și nu despre prestarea unor servicii și lucrări, ce presupun o complexitate sporită și deci o specificitate și descrierea unor etape în elaborarea ofertei.

Așa cum contestatorul a dat exemple de „copiere a caietului de sarcini”, în mod similar pot fi date exemple și de pasaje unde ..... SRL a inserat propriile date și informații, acolo unde a fost cazul.

Ofertantul ..... SRL a prezentat, acolo unde se impunea, modalitatea proprie de abordare și modalitatea de îndeplinire a contractului, iar pentru cerințele care nu necesitau metodologii și/sau abordări proprii, a răspuns punctual la fiecare dintre acestea.

Prin urmare, Consiliul apreciază că acesta nu ar constitui un motiv de respingere a ofertei, iar criticile sunt nefondate.

3.Se reține că în fișa de date a achiziției la cap. IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice, se prevede că: *„Se recomandă ca propunerea tehnică să cuprindă secțiunile din structura caietului de sarcini, după cum urmează: ambalare și etichetare, inclusiv preluarea și eliminarea ambalajelor, în contextul responsabilităților și cerințelor incluse în caietul de sarcini, prin prezentarea activităților și a modalității efective de realizare a acestora pentru a demonstra atingerea obiectivelor asociate contractului".*

După cum se poate vedea, autoritatea contractantă a formulat o serie de recomandări/instrucțiuni/îndrumări adresate ofertanților pentru elaborarea propunerii tehnice, acestea nefiind cerințe minime obligatorii.

Informațiile privind ambalarea și etichetarea produselor rezultă de la pag. 11,12 din dosar (a se vedea propunerea tehnică a ..... SRL), unde acesta a precizat detaliat cum va avea loc ambalarea și etichetarea produselor, deci critica este nesusținută.

De asemenea, se reține că în caietul de sarcini, pct. 3.5 precizează vis a vis de preluarea și eliminarea ambalajelor că toate materialele de ambalare a produselor, precum și toate materialele necesare protecției coletelor (paleți de lemn, foi de protecție, etc.) rămân în proprietatea autorității contractante.

Astfel, ofertantul nu putea să includă în propunerea tehnică prezentarea de activități și modalități pentru preluarea și eliminarea ambalajelor, câtă vreme autoritatea contractantă a impus obligația ca ambalajele produselor ce fac obiectul procedurii de achiziție publică să rămână în proprietatea sa.

Prin urmare, Consiliul apreciază că acesta nu ar constitui un motiv de respingere a ofertei, iar criticile sunt nefondate.

4. Se reține că la cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției s-a solicitat: *„Cazierul judiciar al operatorului economic, respectiv cazierul judiciar pentru fiecare dintre persoanele membre ale organului de administrare, de conducere sau supraveghere al respectivului operator economic, respectiv persoane care au puterea de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia*, *așa cum rezultă din certificatul constatator emis de Ministerul Justiției – Oficiul Registrului Comerțului/Actul constitutiv al operatorului economic”.*

Însă contrar a ceea ce susține contestatorul, că ar fi trebuit prezentate caziere judiciare pentru asociați, cerința din fișa de date a achiziției vizează prezentarea cazierului judiciar pentru persoane care au puterea de reprezentare de decizie sau de control în cadrul societății, adică administratori, nu asociați.

Prin definiție, administratorul este persoana fizică sau persoana juridică ce efectuează toate operaţiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societăţii, în baza mandatului încredinţat de către asociaţii reuniţi în adunarea generală.

Consiliul apreciază că în mod corect ..... SRL a prezentat cazierul judiciar al societății și cazierul judiciar pentru Popescu Manuela Carolina, administrator - persoană împuternicită conform informațiilor din certificatului ONRC.

În concluzie, nu era necesară depunerea cazierelor judiciare ale asociaților, întrucât cerința formulată de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției nu viza acest lucru, criticile fiind neîntemeiate.

Față de cele expuse anterior în motivare, Consiliul apreciază că în mod corect autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta ..... SRL, acesta depunând oferta în concordanță cu cerințele documentației de atribuire, iar criticile contestatorului sunt nefondate.

Referitor la solicitarea intervenientului ..... SRL privind obligarea contestatorului ..... SRL la suportarea cheltuielilor cu asistența juridică, Consiliul le va respinge, având în vedere caracterul accesoriu al cererii de intervenție, aceste cheltuieli rămânând în sarcina intervenientului.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția de neconstituire în mod legal a cauțiunii de către contestatorul ..... SRL, invocată de intervenientul ..... SRL.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția lipsei calității de reprezentant al SC ..... SRL în ceea ce privește formularea contestației în numele și pentru asocierea ..... SRL - ... SRL, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către asocierea ..... SRL – ... SRL în contradictoriu cu .....

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de ..... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

…… …… ……

...