



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: 05.07.2022

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată 20.06.2022, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin curierat rapid, înregistrată la Consiliu sub nr. 30937/21.06.2022 și, respectiv, sub nr. 31851/24.06.2022, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată convențional de ..., având sediul de corespondență ales la avocat în ..., a contestat documentația de atribuire, elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Echipamente și sisteme de control securitate (Ob. 17c) pentru proiectul «Extinderea și modernizarea aeroportului internațional ...»”, cod CPV 34960000-4, organizată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat următoarele:

În principal:

- obligarea entității contractante la modificarea caietului de sarcini în sensul eliminării condițiilor privind caracteristicile produselor prevăzute la pag. 4 din caietul de sarcini - Terminal de pasageri, pct. 7 - Porți de securitate, în sensul obligării operatorilor economici la furnizarea unor „detectoare combinate pentru metale și explozivi pentru pantofi”;
- obligarea entității contractante la modificarea caietului de sarcini în sensul eliminării condițiilor privind caracteristicile produselor prevăzute la pag. 4 din caietul de sarcini - punctele de control acces, pct. 5 - Porți de securitate în sensul obligării operatorilor economici la furnizarea unor „detectoare combinate pentru metale și explozivi pentru pantofi”;

În subsidiar:

- anularea procedurii de achiziție publică, având în vedere că, în măsura în care documentația de atribuire nu va fi modificată în sensul celor solicitate pe cale principală, pe de o parte procedura încalcă principiile de drept în materia achizițiilor publice, consacrate de Legea nr. 99/2016, iar pe de altă parte condițiile impuse în cadrul caietului de sarcini, la pagina 30 pct. 2.7.2, nu pot fi îndeplinite de niciun detector combinat pentru metale și explozivi pentru pantofi aflat în prezent pe piață.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținerea contestației, ... arată, printre altele, că documentația de atribuire publicată de entitatea contractantă conține o serie de cerințe care încalcă, în mod grav principiul tratamentului egal și elimină „orice urmă de concurență” în cadrul procedurii, un singur operator economic având posibilitatea de a livra entității contractante detectoare combinate pentru metale și explozivi pentru pantofi.

De asemenea, contestatoarea susține că pe piață nu există niciun produs – detector combinat pentru metale și explozivi pentru pantofi – care să satisfacă cerințele entității contractante, în sensul deținerii statutului de „marcă a UE” sau de „marcă a UE în curs de aprobare”, conform Regulamentului de punere în aplicare al Comisiei (EU) 2020/111 din 13 ianuarie 2020.

Prin adresa nr., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 220.000 lei, cu precizarea că aceasta se va constitui conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, Consiliul a solicitat ..., înaintarea contestației, în original.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 31551/23.06.2022, contestatoarea a confirmat primirea adresei nr.

Prin adresa nr. 1781/27.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 32127/27.06.2022, ... a formulat o cerere privind emiterea de către Consiliu a unui acord de constituire a cauțiunii prin instrumente financiare.

În susținerea cererii sale, contestatoarea invocă art. 1057, art. 1058 și art. 1064 din Codul de Procedură Civilă și art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, concluzionând că titularul unei contestații formulată în proceduri de atribuire, conform dispozițiilor Legii nr. 101/2016, are

dreptul de a constitui garanția prevăzută la art. 61¹ atât prin plata acesteia la unitățile CEC, Trezorerie sau instituții bancare, cât și prin instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată.

De asemenea, ... învederează că instrumentele financiare reprezintă „obligația de plată a titularului contestației de a transfera o valoare (activ/sumă de bani) către o altă parte, la o dată viitoare și în anumite condiții, respectiv dacă autoritatea/entitatea contractantă nu solicită a fi despăgubită pentru un prejudiciu produs din culpa contestatoarei, ca urmare a acțiunii sale contencioase”. Instrumentele financiare sunt definite de art. 4 pct. 50 din Regulamentul UE 2013/575 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit, cu trimitere la Anexa 1 lit. C) din Directiva 2014/65 UE privind piețele instrumentelor financiare și de modificare a Directivei 2002/92/CE și a Directivei 2011/61/UE. Din categoriile instrumentelor financiare enumerate în legislația UE, codul de procedură civilă alege acele instrumente care pot servi ca instrumente de plată, adică cele care comportă cele mai mici riscuri pentru entitatea în favoarea căreia se constituie cauțiunea, ca urmare a faptului că în instrumentul respectiv va fi înscrisă valoarea exactă a cauțiunii.

Ori, împrurarea că legiuitorul a condiționat constituirea cauțiunii de acordul expres al părții în favoarea căreia se dispune, înseamnă că aceasta va analiza riscul instrumentului financiar nu doar prin comparație cu modalitatea de constituire a cauțiunii în numerar, ci mai ales cu riscul de a fi prejudiciat efectiv prin depunerea unei contestații.

Având în vedere că celeritatea este o trăsătură esențială a procedurilor și căilor de atac prevăzută de dispozițiile art. 15 din Legea nr. 101/2016, riscul unui eventual prejudiciu produs de către contestatoare autorității contractante prin însăși depunerea contestației este minim, în comparație cu litigiile de drept comun, cărora li se aplică, de asemenea, prevederile art. 1058 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă.

În raport cu cele de mai sus, ... apreciază că un eventual refuz al entității contractante de a accepta instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată, ar aduce atingere dreptului operatorului economic de a contesta actele administrative considerate nelegale, fiindu-i restrâns în acest mod accesul la procedurile contencioase prevăzute de Legea nr. 101/2016.

Astfel, contestatoarea solicită CNSC să emită acordul pentru constituirea cauțiunii prevăzută de dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 pentru contestația depusă.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 32288/28.06.2022, entitatea contractantă a înaintat Consiliului dovada transmiterii punctului de vedere către contestatoare.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a comunicat ... următoarele:

«Având în vedere adresa dvs. MG1781/27.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 32127/27.06.2022, vă comunicăm faptul că în raport de dispozițiile art. 1058 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă [„La cererea debitorului cauțiunii și dacă partea 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. Cu toate acestea, acordul părții nu este necesar în cazul titlurilor emise de stat sau de unitățile administrativ-teritoriale.”], constituirea cauțiunii prin instrumente financiare, se poate realiza numai cu acordul autorității contractante, CNSC neputându-se substitui acesteia și emite un astfel de acord, așa cum dvs. solicitați prin corespondența anterior menționată.

În plus pe site-ul CNSC este publicată în secțiunea „Anunțuri” (Hotărâri de Plen), Hotărârea de unificare a practicii administrativ juridictionale din data de 31.03.2022, relevant fiind art. 2.

Față de cele mai sus menționate, vă revine obligația de a vă conforma adresei CNSC nr.»

Această corespondență a fost transmisă contestatoarei prin e-mail, fax și poștă, fiind primită de aceasta, inițial, la data de 28.06.2022 (fax și e-mail), iar ulterior, la data de 30.06.2022 (prin poștă) potrivit confirmării de primire aflat la dosar.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Echipamente și sisteme de control securitate (Ob. 17c) pentru proiectul «Extinderea și modernizarea aeroportului internațional ...»”, cod CPV 34960000-4, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../10.06.2022, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 18.07.2022, ora 15:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 18.075.221,05 RON.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul analizează inadmisibilitatea contestației, pentru neconstituirea cauțiunii, prevăzută de dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. ..., Consiliul i-a solicitat contestatoarei ... să transmită la dosarul cauzei, în termen de 5 zile de la data sesizării CNSC, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 220.000 lei, cu precizarea că aceasta se va constitui în temeiul art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC BANK SA sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC, răspunsul urmând a fi comunicat Consiliului, inițial prin fax sau mijloace electronice (e-mail), iar ulterior, în original, prin poștă sau direct la registratura CNSC.

... nu a dat curs solicitării CNSC, ci doar a confirmat, la data de 23.06.2022, faptul că a primit în data de 23.06.2022 adresa CNSC nr. ..., așa cum reiese din corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 31551/23.06.2022.

Prin adresa nr. 1781/27.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 32127/27.06.2022, ... a solicitat Consiliului emiterea unui acord de constituire a cauțiunii prin instrumente financiare.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a comunicat ... următoarele:

«Având în vedere adresa dvs. MG1781/27.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 32127/27.06.2022, vă comunicăm faptul că în raport de dispozițiile art. 1058 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă [„La cererea debitorului cauțiunii și dacă partea 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. Cu toate acestea, acordul părții nu este necesar în cazul titlurilor emise de stat sau de unitățile administrativ-teritoriale.”], constituirea cauțiunii prin instrumente financiare, se poate realiza numai cu acordul autorității contractante, CNSC neputându-se substitui acesteia și emite un astfel de acord, așa cum dvs. solicitați prin corespondența anterior menționată.

În plus pe site-ul CNSC este publicată în secțiunea „Anunțuri” (Hotărâri de Plen), Hotărârea de unificare a practicii administrativ juridicționale din data de 31.03.2022, relevant fiind art. 2.

Față de cele mai sus menționate, vă revine obligația de a vă conforma adresei CNSC nr.»

Această corespondență a fost transmisă contestatoarei prin e-mail, fax și poștă, fiind primită de aceasta, inițial, la data de 28.06.2022 (fax și e-mail), iar ulterior, la data de 30.06.2022 (prin poștă) potrivit confirmării de primire aflat la dosar.

Până la data emiterii prezentei decizii (05.07.2022), deși a curs un interval de timp rezonabil, contestatoarea nu a transmis Consiliului dovada constituirii cauțiunii, prin fax/e-mail sau în original (poștă sau la registratura CNSC), deși, prin adresa CNSC nr. ..., i s-a solicitat acesteia, în mod expres, ca răspunsul să fie comunicat Consiliului, **inițial** prin fax sau e-mail, iar **ulterior**, în original, prin poștă sau direct la registratura CNSC.

Totodată, prin aceeași adresă, Consiliul a precizat faptul că lipsa cauțiunii atrage respingerea contestației, ca inadmisibilă.

În soluționarea cauzei sunt relevante dispozițiile legale:

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

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

(...)

b) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai mult de

2.000.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b.”;

Întrucât contestatoarea nu s-a conformat dispozițiilor legale imperative de constituire a cauțiunii, respectiv art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, deși Consiliul a manifestat un rol activ și i-a solicitat depunerea cauțiunii, contestația sa nu poate fi soluționată, fapt pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă, pentru neconstituirea cauțiunii.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) din actul normativ anterior menționat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă, pentru neconstituirea cauțiunii, conform prevederilor legale.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 7 pagini.