

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

DECIZIE

Nr. 2084/C9/2066, 2203

Data: 06.09.2023

Prin contestația datată 24.07.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40415/25.07.2023, depusă de SA, cu sediul în, având CUI și număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal prin, administrator, și, convențional, prin, cu sediul în, sediu procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ACHIZIȚIE ECHIPAMENTE INFRASTRUCTURĂ REȚEA COMUNICAȚII ȘI SERVICII SUPT PENTRU TELECONTROL, cod CPV 32260000-3 Echipamente de transmisie de date (Rev. 2), de SA, cu sediul în, ..., în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat:

1. anularea, în parte, a raportului tehnic nr. 1754/13.07.2023 și a procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare nr. 1755/13.07.2023 în ceea ce privește rezultatele evaluărilor aferente ofertanților clasăți pe primele două locuri;
2. anularea raportului procedurii nr. 1759/13.07.2023 încheiat ca urmare a Deciziei Consiliului nr. 33614/1320/C9/21.06.2023 care dispune anularea raportului procedurii nr. 1164/27.04.2023 și a tuturor actelor subsecvente, constatând totodată că ofertele primilor doi clasăți sunt inacceptabile/neconforme;
3. să se dispună, în principal, atribuirea acordului-cadru către SA și, în subsidiar, obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor clasate pe locurile 1 și 2, în sensul respingerii acestor oferte ca inacceptabile/neconforme urmând ca aceasta să emită un nou raport al procedurii cu respectarea documentației de atribuire și a legislației în vigoare.

Totodată, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și constatând culpa autorității contractante, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor aferente soluționării contestației.

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 42949/07.08.2023, depusă de SA, privind aceeași procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ACHIZIȚIE ECHIPAMENTE INFRASTRUCTURĂ REȚEA COMUNICAȚII ȘI SERVICII SUPT PENTRU TELECONTROL, cod CPV 32260000-3 Echipamente de transmisie de date (Rev. 2), contestatoarea a solicitat anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire exprimată prin raportul procedurii nr. 1858/28.07.2023 și obligarea entității contractante la continuarea procedurii.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită conexarea contestației la contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 40415/25.07.2023 și care face obiectul dosarului nr. 2066/2023.

De asemenea, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și constatând culpa autorității contractante, contestatoarea solicită obligarea acesteia la plata cheltuielilor aferente soluționării contestației.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2066/2023 și 2203/2023, au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care SA critică rezultatul procedurii de atribuire (dosarul nr. 2066/2023), respectiv decizia de anulare a procedurii (dosarul nr. 2203/2023), solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În prealabil, contestatoarea prezintă aspectele relevante din cadrul procedurii până la momentul formulării primei contestații, ce a fost soluționată prin Decizia Consiliului nr. 1392/C9/1320/20.06.2023.

Ulterior deciziei Consiliului, contestatoarea susține că, la data de 14.07.2023, i-a fost comunicat raportul procedurii nr. 1759/13.07.2023, prin care s-a dispus anularea raportului procedurii nr. 1164/27.04.2023.

Întrucât din lecturarea documentelor din dosarul achiziției și compararea ulterioară cu documentele la care a avut acces în prima contestație formulată în fața Consiliului a reieșit că ofertanții clasați pe primele două locuri și-ar fi modificat propunerile tehnice în urma unei solicitări de clarificare a acesteia, contestatoarea afirmă că, în data de 19.07.2023, a solicitat entității contractante consultarea dosarului.

Invocând și citând prevederile art. 231 alin. (5) și (6) din Legea nr. 99/2016, dispozițiile art. 9 alin. (1) Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, contestatoarea susține că

entitatea contractantă avea obligația de a-i pune la dispoziție copii ale documentelor pe care le-a solicitat.

Contestatoarea precizează că, la paginile 14-16 ale deciziei, în referire la critica sa expusă în contestație privind neîndeplinirea Cerinței C.12 din caietul de sarcini, s-a reținut în mod expres că propunerile tehnice ale primilor doi ofertanți nu îndeplinesc numărul minim de experți din cerință, astfel încât trebuia clarificat cu aceștia cum anume consideră că îndeplinesc cerința referitoare la experții propuși, raportat la modul în care a fost impusă (Ofertantul trebuie să facă dovada că are cel puțin o resursă specializată expert pentru fiecare zonă).

Prin răspunsurile la solicitările de clarificări ofertanții clasati pe primele locuri nu au clarificat o eventuală necorelare, ci au modificat chiar propunerea tehnică, întrucât în răspunsurile la solicitările de clarificări se regăsesc alți experți decât cei indicați în propunerile tehnice inițiale.

Criticând încă odată refuzul nejustificat al entității contractante de a-i permite obținerea de copii din dosarul achiziției și având în vedere că răspunsul la solicitările de clarificări al SRL i-a fost prezentat într-o formă anonimată, toate numele experților propuși fiind înnegrite, contestatoarea susține că va indica pe larg care sunt experții noi propuși după ce va consulta dosarul la Consiliu.

Citând prevederile art. 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea arată că, prin răspunsul lor la clarificări, ofertanții clasati pe primele două locuri nu au "clarificat" anumite aspecte ale ofertelor inițiale, ci acestea au fost modificate în mod substanțial, astfel încât deși inițial neconforme, prin intermediul modificărilor transmise pe calea răspunsului la clarificări acestea au devenit conforme cu cerințele din caietul de sarcini (cel puțin potrivit criteriilor folosite de entitatea contractantă).

Astfel, în răspunsul la solicitările de clarificări, ofertanta a indicat cel puțin 9 (nouă) experți care nu figurau în propunerea tehnică inițială.

De asemenea, și ofertanta pare să fi indicat un număr de experți mult mai mare în răspunsul la solicitările de clarificări față de cei existenți în propunerea tehnică inițială, urmând a dezvolta acest aspect după ce va avea acces la răspuns într-o formă în care numele experților să nu fie anonimizat complet.

În ceea ce privește posibilitatea modificării propunerii tehnice prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări, contestatoarea invocă și citează ceea ce a reținut și Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELG (C-599/10).

Contestatoarea susține că ofertele tehnice ale primilor doi clasati ar fi trebuit respinse, ca inacceptabile, sau cel puțin neconforme, având în vedere că ofertanții nu au îndeplinit cerința C.12 din caietul de sarcini în

ofertele inițiale, iar urmare a solicitărilor de clarificări, au ofertele tehnice au fost modificate.

Prin urmare, contestatoarea consideră că se impune anularea, în ceea ce privește ofertele depuse de ofertanții clasati pe primele două locuri, atât a raportului tehnic nr. 1754/13.07.2023 și a procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare nr. 1755/13.07.2023, cât și a raportului procedurii nr. 1759/13.07.2023 încheiat ca urmare a Deciziei Consiliului nr. 33614/1320/C9/21.06.2023.

În continuare, contestatoarea invocă temeinicia capătului de cerere vizând atribuirea acordului-cadru, potrivit art. 23 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că celelalte oferte sunt inacceptabile/neconforme, iar singura oferta admisibilă este cea depusă de SA.

În ceea ce privește plata cauțiunii reglementate de dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, contestatoarea învederează faptul că aceasta a fost consemnată pentru contestația formulată anterior prin recipisa de consemnare nr. 209157550/1 din data de 18.05.2023 emisă de CEC Bank - Sucursala Victoria, iar până la data formulării contestației nu a solicitat restituirea.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită accesul la dosarul aflat pe rolul Consiliului.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1866/31.07.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 41766/01.08.2023, ... SA transmite punctul său de vedere față de contestația formulată de SA, solicitând respingerea ei, în principal, ca rămasă fără obiect, ca urmare a anulării procedurii de achiziție, conform raportului procedurii nr. 1858/28.07.2023 și, în subsidiar, ca nefondată.

Cu titlu prealabil, entitatea contractantă susține că a fost respectat dreptul contestatoarei de acces la dosarul procedurii de achiziție în conformitate cu prevederile art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește criticile contestatoarei privind realizarea de copii ale documentelor din dosarul achiziției, entitatea învederează că, din textul art. 231 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu art. 10 din HG nr. 394/2016, rezultă că dosarul achiziției, la momentul actual, nu intră sub incidența Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, susținând că în susținerea acestei poziții a statuat și Curtea de Apel Oradea, în Decizia nr. 593 din 1 iulie 2019.

În principal, entitatea contractantă solicită constatarea rămânerii fără obiect a contestației având în vedere anularea procedurii de achiziție publică ce face obiectul contestației, întrucât s-a constatat că aplicarea cerințelor din documentația de atribuire, în lumina interpretării date de

Consiliu prin Decizia nr. 1392/C9/1320/20.06.2023, ar fi condus la încălcarea dispozițiilor legale care afectează procedura de achiziție.

De asemenea, entitatea contractantă arată că anularea procedurii de achiziție este fundamentată pe prevederile art. 224 lit. b) din Legea nr. 99/2016, coroborate art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În mod specific, în lipsa anulării procedurii de achiziție s-ar fi încălcat principiile privind nediscriminarea, tratamentul egal, transparență și proporționalitate prevăzute de art. 2 din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, în această situație ar fi fost încălcate și prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 21/1996, legea concurenței, menționând că instanțele au recunoscut dreptul autorităților contractante de a anula procedura de achiziție dacă documentația de atribuire încalcă legislația și nu mai pot fi aduse măsuri de remediere.

În continuare, entitatea contractantă prezintă motivele pentru care s-a dispus anularea procedurii astfel cum au fost reținute în raportul procedurii de anulare.

Cu privire la cerința C12 din documentația de atribuire, entitatea contractantă a urmărit ca ofertanții să facă dovada unei echipe care să dețină cele 5 categorii de certificări menționate, fiind posibil ca o sursă de fie ofertată pentru mai multe zone, dar Consiliul a considerat că cerința C.12. se citește în sensul că, pentru fiecare zonă, ofertantul trebuie să aibă cel puțin o resursă specializată. Prin faptul că cerința C12 nu a fost formulată într-o manieră clară, aplicarea acesteia ar fi condus la încălcarea principiului proporționalității, principiului nediscriminării și a tratamentului egal, precum și principiul transparenței. Cerința de a oferta câte o resursă specializată pentru fiecare zonă nu poate fi justificată de entitatea contractantă raportat la complexitatea procedurii, astfel încât aceasta reprezintă o cerință excesivă. Aceste nereguli nu mai putea fi remediate la momentul anulării procedurii de achiziție, întrucât entitatea contractantă nu ar mai fi putut formula erate.

Prin aplicarea Cerinței C3 din documentația de atribuire, entitatea contractantă susține că s-ar fi încălcat principiul nediscriminării, ... SA, ... SRL și SRL se aflau într-o situație similară, având în vedere că toți trei au probat într-un mod similar îndeplinirea acestei cerințe. Cu toate acestea, s-ar fi aplicat un tratament diferit pentru SRL și SRL, întrucât entitatea contractantă ar fi trebuit să se realizeze o reevaluare a modului de îndeplinire a cerinței C3 doar pentru ofertele celor doi ofertanți, conform Deciziei Consiliului nr. 1392/C9/1320/ 20.06.2023. Această abatere nu mai putea să fie remediată la momentul anulării procedurii de achiziție, întrucât entitatea contractantă nu mai putea realiza o clarificare a ofertei depuse de SA.

Totodată, prin aplicarea Cerinței C5 din documentația de atribuire, s-ar fi încălcat principiul nediscriminării, ... SA și SRL se aflau într-o situație similară, întrucât amândoi au folosit un document cu conținut identic pentru a proba cerința de acces direct la site-ul producătorului, însă nu a rezultat, în concret, cum se va îndeplini cerința, entitatea contractantă luând în considerare o simplă asumare din partea operatorului economic. Ambii ofertanți au transmis acest document odată cu propunerile tehnice. Cu toate acestea, s-ar fi aplicat un tratament diferit pentru cei doi ofertanți, întrucât entitatea contractantă ar fi trebuit să se realizeze o reevaluare a îndeplinirii cerinței C5 doar pentru oferta SRL, conform Deciziei Consiliului nr. 1392/C9/1320/20.06.2023. Această abatere nu mai putea fi remediată la momentul anulării procedurii, întrucât entitatea contractantă nu mai putea realiza o clarificare a ofertei depuse de SA.

Prin aplicarea Cerinței C12 din documentația de atribuire, s-ar fi încălcat principiul nediscriminării, ... SA și SRL se aflau într-o situație similară, având în vedere că ambii ofertanți s-au bazat pe certificate similare pentru a dovedi cerința C12 din documentația de atribuire. Cu toate acestea, s-ar fi aplicat un tratament diferit pentru cei doi ofertanți, întrucât la momentul anulării procedurii de achiziție s-a realizat o reevaluare a îndeplinirii cerinței C12 doar pentru oferta SRL, conform Deciziei Consiliului nr. 1392/C9/1320/20.06.2023. Această abatere nu mai putea fi remediată la momentul anulării procedurii de achiziție, întrucât entitatea contractantă nu mai putea realiza o clarificare a ofertei depuse de S.A.

În subsidiar, entitatea contractantă susține că argumentele invocate de contestatoare sunt nefondate. Astfel, entitatea contractantă invocă decăderea contestatoarei din termenul de a formula critici cu privire la oferta SRL, arătând că, în temeiul art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, privind indicarea unui număr de experți mai mare în răspunsul la solicitările de clarificări față de cei existenți în propunerea tehnică inițială, contestația depusă de SA nu conține motivarea, în fapt și în drept.

În temeiul art. 8 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 101/2016, ... SA avea la dispoziție un termen de 10 zile pentru a formula contestație, termenul începând să curgă din ziua următoare luării la cunoștință despre raportul tehnic nr. 1754/13.07.2023 și raportul procedurii nr. 1759/ 13.07.2023, iar potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu pot fi invocate noi motive de contestare sau noi capete de cerere după expirarea termenului legal.

Subliniază entitatea contractantă că termenul legal în care poate fi depusă contestația este de 10 zile și că în contestație trebuie să fie incluse toate motivele de fapt și de drept pe care se bazează contestatoarea și nu există nicio prevedere legală care să permită

contestatoarei să invoce motive de fapt și de drept noi după împlinirea termenului de 10 zile.

Potrivit celor declarate în cuprinsul contestației, raportul procedurii nr. 1759/13.07.2023 a fost comunicat către SA în data de 14.07.2023, iar în data de 18.07.2023 a fost vizualizat și raportul tehnic nr. 1754/13.07.2023, astfel, la acest moment, contestatoarea este decăzută din dreptul de a mai invoca motive noi de fapt sau de drept.

Entitatea contractantă susține că, potrivit practicii Consiliului, nu este admisibilă invocarea unor motive noi după împlinirea termenului legal, această soluție fiind menținută și de Curțile de Apel.

Mai arată entitatea contractantă că nu poate fi primită motivarea contestatoarei de a aduce noi critici privind oferta depusă de SRL după studierea dosarului constituit la Consiliu având în vedere prevederile coroborate ale art. 19 din Legea nr. 101/2016 și art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, precum și faptul că în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1611/07.07.2023 transmis de SRL, se menționează că numele experților și informațiile despre aceștia reprezintă informații confidențiale întrucât sunt date cu caracter personal.

Mai mult, subliniază entitatea contractantă că însăși Consiliul, în Decizia 1392/C9/1320/20.06.2023, a stabilit că SA nu poate avea acces la informațiile confidențiale din oferta SRL.

În plus, învederează entitatea contractantă că SA avea dreptul să-i solicite justificat accesul la informațiile declarate confidențiale, dacă aceasta ar fi considerat că aceste informații ar fi fost declarate confidențiale în mod nejustificat, sens în care menționează concluziile Curții de Apel și ale Curții de Apel

Cu toate acestea, contestatoarea nu a solicitat entității contractante accesul la informațiile declarate confidențiale, și nici nu a contestat în vreun fel caracterul confidențial al acestor declarații, condiții în care, solicită entitatea contractantă respingerea contestației formulată de SA cu privire la oferta depusă de SRL având în vedere că aceasta este nemotivată, în fapt și în drept.

De asemenea, se solicită să se constate tardivitatea formulării unor motive de fapt și de drept noi care nu au fost invocate prin intermediul contestației, având în vedere că SA a avut acces la dosarul achiziției, inclusiv la propunerea tehnică, cu excepția informațiilor declarate confidențiale.

Entitatea contractantă susține că nu au existat modificări nelegale ale propunerilor tehnice prin răspunsurile la solicitările de clarificări, susținând că, în aplicarea deciziei Consiliului, a transmis celor doi ofertanți clasati pe primele două locuri solicitări de clarificări, în acord cu prevederile art. 140 alin. (7) din HG nr. 394/2016, iar ambii au trimis răspunsuri prin care au clarificat și corectat propunerile tehnice cu privire la cerințele invocate, fără ca propunerea financiară să sufere modificări.

Așadar, entitatea contractantă susține că a respectat întru totul Decizia nr. 1392/C9/1320/20.06.2023, prin solicitarea clarificării situației resursei specializate expert de la fiecare ofertant vizat de Decizie, nicidecum fiind vorba de depunerea unor oferte noi în sensul interzis prin lege.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 43032/07.08.2023, contestatoarea a transmis *Concluzii scrise* prin care solicită respingerea excepțiilor invocate de entitatea contractantă prin punctul său de vedere, respectiv excepția lipsei de interes, ca nefondată, iar excepția *decăderii* din dreptul de a formula critici noi împotriva ofertei SRL, în principal, ca prematură și, în subsidiar, ca nefondată.

De asemenea, reiterează solicitarea privind studiul dosarului constituit la Consiliu, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Prin e-mailurile înregistrate la Consiliu sub nr. 45116/18.08.2023, entitatea contractantă a transmis documentele emise ulterior Deciziei Consiliului necesare soluționării contestației.

Cu adresa nr. 2043/28.08.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 47094/29.08.2023, entitatea contractantă a transmis *concluzii scrise* ca răspuns la concluziile scrise transmise la data de 07.08.2023, solicitând menținerea excepțiilor invocate prin punctul său de vedere.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 48442/05.09.2023, contestatoarea a transmis *Concluzii scrise* cu privire la apărările entității contractante date în 31.07.2023, cu privire la fondul cauzei, prin care solicită admiterea contestației sale, astfel cu a fost formulată.

În aceeași procedură, prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 42949/07.08.2023, ... SA critică decizia de anulare a procedurii de achiziție exprimată prin raportul procedurii nr. 1858/28.07.2023, solicitând anularea sa și obligarea entității contractante la continuarea procedurii de achiziție.

Prin adresa nr. 1955/09.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 43790/10.08.2023, ... SA transmite punctul de vedere față de contestația a doua formulată de SA, solicitând respingerea ei, pe cale de excepție, pentru neconstituirea cauțiunii conform prevederilor art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Entitatea contractantă învederează că aceasta este o contestație separată cu capete de cerere separate, pentru care s-a format dosar nou în cadrul Consiliului, chiar dacă prin această contestație s-a cerut conexarea cu dosarul nr. 2066/2023. Chiar și în ipoteza conexării celor două dosare, contestația în cauză reprezintă o cerere cu un obiect complet diferit de prima, astfel că este obligată contestatoarea la depunerea în interiorul termenului de 5 zile a cauțiunii calculate conform lit. b) din articolul citat.

Termenul de 5 zile a început să curgă din momentul în care contestatoarea a sesizat Consiliul cu cererea sa, în data de 04.08.2023,

termen care se împlinește, conform art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în data de 09.08.2023.

Astfel, entitatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația împotriva raportului de anulare a procedurii de achiziție pentru nedepunerea cauțiunii.

Pe fond, entitatea contractantă susține că a anulat procedura de achiziție, deoarece sunt incidente prevederile art. 225 alin. (1), lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care prevăd obligația entității de a anula procedura, în măsura în care se constată erori sau omisiuni ce nu mai pot fi remediate fără încălcarea principiilor de la art. 2 alin. (2).

Prin adresa datată 25.08.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 46610/25.08.2023, societatea contestatoare a transmis concluzii scrise, solicitând respingerea excepției inadmisibilității contestației, iar pe fond, admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Referitor la respingerea excepției inadmisibilității contestației, contestatoarea susține că nu se impunea constituirea unei noi cauțiuni față de cea constituită deja în dosarul nr. 2066/2023 iar, pe de altă parte, ca și în situația în care, prin absurd, Consiliul va considera că se impune constituirea unei noi cauțiuni, excepția este nefondată prin raportare la stadiul curent al prezentului dosar.

Invocând și citând prevederile art. 61¹ alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea precizează că o singură cauțiune se depune pentru toate contestațiile depuse în fiecare din etapele prevăzute la art. 17 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016 și nu câte o cauțiune pentru fiecare contestație depusă, astfel cum susține entitatea contractantă.

Or, având în vedere că, atât prezenta contestație, cât și cea care face obiectul dosarului nr. 2066/2023, au fost depuse în etapa de după depunerea ofertelor și sunt încă nesoluționate, astfel încât se impune conexarea lor, este necesară constituirea unei singure cauțiuni și nu a câte unei cauțiuni pentru fiecare contestație formulată.

De altfel, cauțiunea deja constituită a fost achitată pentru dosarul nr. 2066/2023 al Consiliului și ca efect al conexării (obligatorie potrivit art. 37 alin. (2) din Legea nr. 101/2016) contestația care face obiectul prezentului dosar va fi conexată la dosarul nr. 2066/2023, astfel încât în mod evident cauțiunea va privi ambele contestații.

De altfel, chiar dacă legea nu reglementează expres această situație (deși, după cum a arătat rezultă din interpretarea dispozițiilor art. 61¹ alin. 1) că o cauțiune ar trebui să privească toate contestațiile formulate în etapa prevăzută la art. 17 lit. b din Legea nr. 101/2016), potrivit dispozițiilor art. 5 alin. (3) Cod procedură civilă (aplicabile în temeiul dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016):

"În cazul în care o pricină nu poate fi soluționată nici în baza legii, nici a uzanțelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza dispozițiilor legale privitoare la situații asemănătoare, ea va trebui judecată în baza

principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele acesteia și ținând seama de cerințele echității".

De asemenea, contestatoarea susține că, în situația în care Consiliul va considera că se impune constituirea unei cauțiuni, raportat la stadiul actual al dosarului excepția este nefondată, având în vedere prevederile punctului 2 al Hotărârii de plen din data de 05.06.2018 referitoare la aplicarea dispozițiilor OUG nr. 45/2018 emisă de Consiliu.

În continuare, contestatoarea invocă netemeinicia apărărilor exprimate în punctul de vedere al entității contractante cu privire la fondul cauzei.

Cu adresa nr. 2044/28.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 43790/10.08.2023, ... SA a depus concluzii scrise, reiterând solicitarea sa privind constatarea lipsei constituirii cauțiunii conform obligației legale în sarcina SA, condiție de admisibilitate a contestației și respingerea criticilor contestatoarei cu privire la motivele pe fond ce privesc anularea raportului procedurii.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 48469/05.09.2023, contestatoarea a transmis *Concluzii scrise* în replică la cele menționate de entitatea contractantă datate în 28.08.2023, cu privire la constituirea cauțiunii, precizând că, în situația în care Consiliul va considera că se impune plata unei cauțiuni suplimentare, se va conforma acestei obligații.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexe, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii acordului-cadru de ACHIZIȚIE ECHIPAMENTE INFRASTRUCTURA REȚEA COMUNICAȚII ȘI SERVICII SUPT PENTRU TELECONTROL, cod CPV 32260000-3 Echipamente de transmisie de date (Rev. 2), ... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1051452/28.01.2023.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru este de 40.110.933,14 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 10.03.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii și de decizia de anulare a procedurii, ... SA a depus contestațiile în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 144.059,65 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209354665/1 eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 27.07.2023 (aferentă dosarului nr. 2066/2023).

Trecând la analiza contestațiilor, Consiliul constată că prima contestație, datată 24.07.2023 este formulată împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 1759/13.07.2023 și a actelor subsecvente, iar

cea de-a doua contestație, datată 04.08.2023, este formulată împotriva raportului de anulare a procedurii nr. 1858/28.07.2023.

Întrucât soluționarea primei contestații privește modul de evaluare a ofertelor, iar soluția depinde de stabilirea legalității deciziei ulterioare de anulare a procedurii, Consiliul va analiza prioritar cea de-a doua contestație îndreptată împotriva deciziei de anulare a procedurii. Funcție de soluția asupra acestei contestații, urmează a se stabili necesitatea verificării sau nu a modului de evaluare a ofertelor, criticat prin prima contestație.

De altfel, însăși contestatoarea, prin concluziile scrise din 07.08.2023, a susținut necesitatea analizării prioritare a celei de-a doua contestații, îndreptată împotriva deciziei de anulare a procedurii și, ulterior, în raport de soluția adoptată, să fie analizată prima contestație îndreptată împotriva modului de evaluarea ofertelor.

Trecând la analiza celei de-a doua contestații, datată 04.08.2023, Consiliul constată că, prin punctul său de vedere nr. 1955/09.08.2023, ... SA a invocat nedepunerea cauțiunii în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului.

Potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 **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).

(2) În cazul unei proceduri de atribuire a acordului-cadru, prevederile alin. (1) se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv.

În concluziile scrise datate 25.08.2023, contestatoarea a invocat netemeinicia excepției invocate de achizitoare, având în vedere că, în cazul dosarului nr. 2066/2023, a fost constituită cauțiunea, iar cauzele sunt conexate și privesc aceeași etapă a procedurii, respectiv etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cauțiunea constituită va privi ambele contestații.

Or, contrar susținerilor contestatoarei, dispozițiile legale sunt clare, stabilindu-se că, pentru soluționarea contestației, este necesară constituirea unei cauțiuni, dispozițiile legale nefăcând vreo distincție după cum contestațiile sunt conexate sau nu.

În ceea ce privește etapa în care sunt depuse contestațiile, se constată că referirea la dispozițiile art. 17 alin. (1) din Legea nr.

101/2016 are în vedere **cuantumul cauțiunii**, respectiv *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)* și, în nici un caz, depunerea unei singure cauțiuni pentru mai multe contestații după cum sunt formulate într-o etapă sau alta.

De altfel, se poate constata că societatea contestatoare nu era străină de necesitatea depunerii cauțiunii pentru fiecare dosar (contestație), ținând seama de faptul că, încă din cadrul primei contestații formulate, date 24.07.2023, a urmărit utilizarea unei cauțiuni constituită într-un dosar soluționat anterior de Consiliul, în cadrul aceleiași proceduri, pe motiv că nu a solicitat restituirea cauțiunii.

Consiliul și-a manifestat rolul activ și a indicat contestatoarei că recipisa de consemnare referită nr. 2091575510/1 din 18.05.2023 privea contestația nr. 26783/18.05.2023 (dosar nr. 1320/2023), și nu contestația datată 24.07.2023 (dosar nr. 2066/2023).

Așadar, Consiliul a explicat contestatoarei necesitatea constituirii cauțiunii aferentă fiecărei contestații, astfel că aceasta nu poate invoca faptul că nu ar fi cunoscut acest aspect.

Chiar și considerând că modul de constituire al cauțiunii îi era străin contestatoarei la data de 24.07.2023 (data primei contestații), nu același lucru se poate spune în privința contestației din 04.08.2023, adresa nr. 40667/2066/C9/26.07.2023, fiind primită prin e-mail la data de 26.07.2023, anterior formulării celei de-a doua contestații.

Nu poate fi invocată lipsa de diligență a Consiliului pentru interpretarea eronată de către contestatoare a dispozițiilor legale, chiar ulterior primirii unei adrese în care se face explicit precizarea că *o cauțiune este aferentă unei contestații (dosar)*.

De asemenea, faptul că entitatea contractantă a ales să transmită inițial un rezultat al procedurii de atribuire, pentru ca, ulterior, să anuleze procedura și că, într-un prim ciclu procesual, contestatoarea a fost nevoită să depună o altă cauțiune, nu poate înlătura obligația sa de respectare a dispozițiilor legale.

De altfel, încă din concluziile scrise din 25.08.2023, petenta a invocat lipsa necesității depunerii unei noi cauțiuni pe motiv că nu se poate aduce în discuție un potențial prejudiciu suplimentar prin cea de-a doua contestație, or, această interpretare nu este conformă dispozițiile legale care stabilesc în mod clar constituirea cauțiunii, **pentru soluționarea contestației**.

O abordare similară vizavi de obligația constituirii de către contestatoare a cauțiunii a îmbrățișat și Curtea de Apel – Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal, în decizia nr. 1269/2021, dosar nr. 3331/2/2021, potrivit căreia:

„Contrar susținerilor petentei, Curtea observă că nu suntem în prezenta unei cauțiuni judiciare cu quantum variabil, ci a unei cauțiuni al cărei quantum

este determinat legal, în sumă fixă; dispozițiile legale care stabilesc modul de calcul al cauțiunii cuprind toate elementele necesare pentru determinarea certă a cuantumului acesteia, [...], așadar fără vreun element aleatoriu care să împiedice partea în a și calcula prealabil, în mod corect, suma. Prin urmare, nu este vorba despre o cauțiune stabilită de organul jurisdicțional, între anumite limite, la aprecierea acestuia - situație în care depunerea cauțiunii într-adevăr, nu s-ar putea face decât după indicarea valorii de către respectiva autoritate. În cauză, determinarea corectă a valorii este la îndemâna părților, după criterii transparente și ușor determinabile, obiective, în funcție de datele procedurii, fiind facil de înțeles, legislația privind achizițiile adresându-se prin natura materiei, profesioniștilor.

[...] **petenta nu a indicat nicio prevedere legală explicită care să oblige Consiliul să solicite contestatorului îndeplinirea propriilor obligații, depunerea contestației fiind un demers unilateral**, ce trebuie asumat de participanții la procedură cu toate sarcinile și obligațiile ce decurg din acest demers. [...]

În aceste condiții, eroarea de calcul aparține exclusiv contestatoarei, care nu își poate invoca propria culpă și nici nu poate evita sancțiunea prin atribuirea responsabilității sale, Consiliului.

[...]

Contrar susținerilor petentei, Consiliul nu avea obligația indicării a însuși cuantumului cauțiunii, date fiind, astfel cum s-a arătat, pe de o parte caracterul legal al determinării cuantumului, claritatea normei, criteriile obiective prevăzute transparent și, pe de altă parte, responsabilitatea ce revine întreprinderilor participante la orice procedură de achiziție, incluzând remedii și căi de atac, de cunoaștere și înțelegere a legii cu exigența specifică profesioniștilor. În cele din urmă, calcularea cauțiunii este o chestiune de dificultate minoră în raport cu complexitatea participării în sine la o procedură de atribuire, a întocmirii și depunerii unei oferte cu componentele sale tehnică și financiară, astfel încât este rezonabil ca sistemul normativ să prezume, în privința părților, capacitatea de rezolvare a unui incident procedural precum calcularea corectă a cauțiunii.

Sanctiunea respingerii contestației în cazul nedepunerii cauțiunii este prevăzută de lege, așadar afirmația petentei că «este o sancțiune nelegală» este contrazisă explicit de alin.1 al art.61¹.

Sanctiunea operează dacă partea nu dovedește că a consemnat cauțiunea în termenul de 5 zile de la data sesizării Consiliului (termen prevăzut de art.61¹ alin. 1), în cuantumul legal. În speță, petenta ar fi trebuit să depună întreaga cauțiune cel mai târziu la data de 27.04.2021 (data sesizării Consiliului fiind 22.04.2021). Termenul se referă la consemnarea propriu-zisă, iar nu la depunerea dovezii. Așadar, este lipsită de relevanță împrejurarea că Consiliul stabilise petentei termen la data de 5.05.2021 pentru studiul dosarului și că fixase termen pentru formularea concluziilor la data de 6.05.2021. De asemenea, nici faptul că «până în data de 06.05.2021, orele 12, subsemnata, alăturat concluziilor scrise formulate, a consemnat suplimentar suma de 48.000 lei, reprezentând diferența de cauțiune dintre valoarea calculată de Consiliu și valoarea consemnată inițial» nu reprezintă un remediu valabil împotriva prevederilor imperative ale legii, deoarece legea nu permite

complinirea lipsurilor dincolo de termenul imperativ. Atâta vreme cât cauțiunea nu a fost consemnată, în întregime, în termenul prevăzut de lege, Consiliul nu putea proceda altfel decât aplicând sancțiunea, prin respingerea ca inadmisibilă a contestației.

Concluzionând, nemulțumirile petentei față de modul în care a procedat Consiliul sunt nefondate, dat fiind că acesta nu putea proceda altfel decât prevede legea: lipsa unui mecanism care să permită suplinirea dincolo de termen a insuficientei cauțiuni sau un dialog scris între Consiliu și contestator ori contestarea cuantumului nu derivă dintr-o greșită aplicare a legii de către Consiliu, ci din concepția și limitele impuse de legea însăși, determinate, la rândul lor, de considerente de celeritate, eficacitate și exigență în procedura de achiziție publică.

În raport cu considerentele expuse, Curtea apreciază decizia Consiliului ca fiind temeinică și legală, urmând să respingă plângerea ca nefondată.”

În considerarea celor prezentate, stabilind că organul administrativ a manifestat încă de la data depunerii primei contestații un rol activ și a informat societatea asupra necesității constituirii cauțiunii, depunerii recipisei de consemnare, aferente contestației (dosarului), constatând că nu a fost depusă cauțiunea aferentă contestației datată 04.08.2023, în termen de 5 zile de la data sesizării Consiliului, în temeiul art. art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căruia 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 (...), Consiliul va respinge contestația SA datată 04.08.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 42949/07.08.2023.

Se constată astfel că, prin respingerea contestației amintite, se menține decizia de anulare a procedurii, Consiliul nemaiputându-se pronunța asupra legalității acesteia, fiind ținut de excepția nedepunerii cauțiunii.

În acest context, Consiliul constată că este rămasă fără obiect contestația datată 24.07.2023, dat fiind că, ulterior emiterii raportului procedurii nr. 1759/13.07.2023, prin raportul nr. 1858/28.07.2023, procedura a fost anulată de entitatea contractantă.

Excepția invocată de achizitoare este întemeiată, în sensul că, atâta vreme cât decizia de anulare a procedurii a fost menținută urmare a respingerii celei de-a doua contestații, procedura rămâne anulată și contestația datată 24.07.2023 este rămasă fără obiect.

Vizavi de accesul la dosarul cauzei, Consiliul a permis studierea documentelor din dosar, cu respectarea prevederilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Fără pronunțarea asupra altor excepții ori a fondului cauzelor.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele expuse în motivare, respinge, ca rămasă fără obiect, contestația datată 24.07.2023, formulată de SA, în contradictoriu cu SA.

În baza art. 611 alin. (1) din lege, respinge contestația datată 04.08.2023, formulată de SA, în contradictoriu cu SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....