**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 achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

# DECIZIE

**Nr. .../C.../...**
**Data: ...**

Prin contestația nr. 168/08.10.2018, transmisă în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 46599/09.11.2018, SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., 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 de furnizare având ca obiect „Achiziția de pachete cu ajutoare alimentare și pachete cu produse de igienă, inclusiv transport la punctele de distribuție ale primăriilor în cadrul POAD 2018-2021”, cod CPV 15897300-5 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ...și a solicitat admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată, suspendarea procedurii „până la pronunțarea deciziei”, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și corectarea acesteia, iar în cazul în care aceste remedieri nu sunt posibile – anularea procedurii de atribuire.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost soluționată prin Încheierea nr. ..., în sensul că aceasta a fost respinsă ca nefondată.

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

În susținerea contestației, contestatoarea aduce critici fișei de date a achiziției, cap. II.2.7, cap. IV.1.3., susținând că există exprimări ambigue ale autorității contractante care sunt de natură să dezorienteze

operatorii economici interesați de participarea la procedură. Se mai arată că nu se face deloc referire despre modul în care se va finaliza procedura, pe de o parte, iar pe de altă parte, pentru lotul 1, perioada contractuală este de 36 de luni, iar pentru Lotul 2 - 24 de luni, prin urmare, coroborat cu prevederile capitolului III.1.6.b) din fișa de date referitoare la garanţia de bună execuţie, rezultă că autoritatea contractantă, prin încheierea unui contract de furnizare și nu a unui acord-cadru, obligă operatorul economic câștigător să constituie o garanţie de bună execuţie, în termen de 5 zile de la semnarea contractului, pentru un contract ce urmează să fie derulat pe parcursul a 36 de luni pentru Lotul 1 și 24 de luni pentru Lotul 2, însemnând 106.568.693,28 lei pentru Lotul 1 și 13.961.187,88 lei – pentru Lotul 2, bani de care societatea nu se poate folosi 3 ani, respectiv 2 ani.

O altă critică vizează modul cum autoritatea contractantă a împărțit în mod superficial procedura în doar 2 loturi, contractul nefiind divizat pentru a-l adapta la dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate, astfel încât să corespundă mai bine autorității contractante și capacității IMM-urilor.

În continuare, SC ...SRL se raportează și la algoritmul de calcul stabilit în fișa de date a achiziţiei, la capitolul II.2.5 „Criterii de atribuire”, din care rezultă că autoritatea contractantă stabilește o cantitate minimă de ficat însă nu stabilește și o cantitate maximă (un prag), de la care nu se mai punctează suplimentar, fiind astfel încălcat principiul transparenței. Contestatoarea consideră că modul de calcul este unul neclar și lăsat la dispoziţia ofertanţilor, factorii de evaluare permițând exercitarea subiectivă a evaluării de către comisia de evaluare.

O ultimă critică este adusă în ceea ce privește termenul pentru livrarea produselor, acesta fiind foarte mic, în opinia contestatoarei, în raport cu complexitatea contractului.

Având în vedere cele mai sus menționate, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere cu privire la: încheierea unui acord-cadru de furnizare și nu a unui contract de furnizare; divizarea loturilor 1 și 2 (de exemplu pe zone geografice); utilizarea factorilor de evaluare care să nu conducă la o libertate de apreciere nelimitată și stabilirea unui prag peste care nu se mai acordă puncte suplimentare în cadrul stabilirii ofertei câștigătoare, precum și stabilirea unui termen rezonabil de livrare.

În dovedire, SC ...SRL nu a depus niciun înscris la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 46866/3312 C5/12.11.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. $61^1$ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, să transmită în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, cu informarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care

efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei să-și completeze cererea de suspendare a procedurii cu motivarea în fapt şi în drept a acesteia, precum și să facă dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 84490/14.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 47364/14.11.2018, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestație, prin care a invocat excepția tardivității acesteia, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) și art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Astfel, autoritatea contractantă arată că anunțul de participare a fost publicat în SICAP la data de 29.10.2018, prin urmare, termenul de depunere a contestației este data de 08.11.2018, iar contestatoarea a transmis contestația la sediul său, la data de 09.11.2018.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă și excepția inadmisibilității contestației, având în vedere că SC ...SRL nu a transmis împreună cu contestația formulată și dovada constituirii cauțiunii.

La data de 15.11.2018, contestatoarea a răspuns solicitării CNSC nr. 46866/3312 C5/12.11.2018, prin adresa nr. 189/15.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 47757/16.11.2018, comunicând, în original, Recipisa de consemnare nr. 205043802/1 din 14.11.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala Constanța, în sumă de 220.000 RON. De asemenea, contestatoarea a făcut dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la data de 09.11.2018.

Având în vedere excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 84490/14.11.2018, înregistrat la CNSC sub nr. 47364/14.11.2018, Consiliul, prin adresa nr. 48100/3312 C5/19.11.2018, a solicitat SC ...SRL transmiterea susținerilor referitoare la această excepție.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 191/20.11.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 48180/20.11.2018, prin care a informat faptul că a înaintat contestația atât către CNSC, cât și către ..., la data de 08.11.2018, prin serviciul de poștă rapidă Fan Courier, însă confirmarea de livrare către autoritatea contractantă nu a fost primită. Astfel, contestatoarea a depus, ca mijloc de probă, copia AWB-ului 5312885310002 și e-mailul din data de 09.11.2018 la care a primit confirmarea de primire de la autoritatea contractantă.

În vederea soluţionării contestaţiei, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, prin adresa nr. 48320/3312 C5/20.11.2018, a solicitat Fan Courier Express, să furnizeze informaţii referitoare la AWB 5312885310002, respectiv informaţii privind data depunerii/data preluării corespondenţei care a fost transmisă prin intermediul AWB-ului indicat, având în vedere faptul că pe site-ul său nu apar informații în referire la acesta, la „Status comandă” fiind menționat doar că „AWB-ul a fost înregistrat de către clientul expeditor”.

Până la data emiterii prezentei decizii, Fan Courier Express nu a dat curs solicitării, însă informațiile privind AWB-ul 5312885310002 au fost actualizate pe site-ul Fan Courier Express www.fancourier.ro/awb-tracking.

**Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziția de pachete cu ajutoare alimentare și pachete cu produse de igienă, inclusiv transport la punctele de distribuție ale primăriilor în cadrul POAD 2018-2021", cod CPV 15897300-5 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare la 03.12.2018, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț" și valoarea estimată de 1.065.686.932,80 RON, fără TVA.

Procedura de atribuire a fost divizată în 2 loturi (lot 1 – Achiziția de pachete cu ajutoare alimentare, inclusiv transport, lot 2 – Achiziția de pachete cu produse de igienă, inclusiv transport), iar SC ...SRL a formulat contestație împotriva documentației de atribuire aferentă ambelor loturi.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția invocată de autoritatea contractantă privind respingerea contestației, pentru neconstituirea cauțiunii.

Consiliul apreciază această excepție ca fiind nefondată, în condițiile în care, texul de lege [art. $61^1$ alin. (1) din Legea nr. 101/2016] prevede constituirea cauțiunii, prealabil soluționării contestației și nu prealabil sesizării Consiliului.

În acest sens, cu respectarea hotărârii de plen a CNSC din 05.06.2018, publicată și pe site-ul instituției, prin adresa nr. 46866/3312 C5/12.11.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei, transmiterea, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, în termen de 3 zile de la data primirii solicitării, a recipisei de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, precizând faptul că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 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 CNSC.

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că la data de 15.11.2018, autoarea contestației a prezentat dovada respectării prevederilor art. $61^1$ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, în original, recipisa de consemnare nr. 205043802/1 din 14.11.2018, eliberată de CEC Bank – Sucursala Constanța, în valoare de 220.000 RON, excepția privind respingerea contestației, pentru neconstituirea cauțiunii, invocată de autoritatea contractantă fiind nefondată.

În aceste condiții, cauțiunea a fost constituită de contestatoare prealabil soluționării contestației.

Raportat la dispozițiile legale incidente, cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [„(1) *Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus*”], coroborate cu dispozițiile art. $61^1$ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [„(5) *Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”].

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza excepția invocată de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere nr. 84490/14.11.2018, înregistrat la CNSC sub nr. 47364/14.11.2018, privind tardivitatea contestației, pentru nerespectarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, incident în cauză în raport de valoarea estimată a contractului de furnizare ce urmează a fi atribuit – 1.065.686.932,80 lei fără TVA.

În analizarea acestei excepții, Consiliul apreciază ca relevante următoarele dispoziții legale:

- Art. 5 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016:

*„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.*

*(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;*

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia:

*„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de*

*măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

*a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii";*

- art. 16 alin. (1) din același act normativ, potrivit căruia: *„Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât şi autorităţii contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare".*

Având în vedere faptul că, așa cum rezultă din informațiile publicate în SICAP, documentația de atribuire aferente ambelor loturi a fost atașată anunțului de participare ..., data luării la cunoștință de contestatoare a conținutului acestui document este data de 29.10.2018, astfel încât în raport de dispozițiile art. 5 alin. (1) și (2) și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare de 10 zile s-a împlinit la data de **08.11.2018**.

Verificând îndeplinirea de către contestatoare a dispozițiilor legale citate anterior, respectiv cea referitoare la transmiterea contestației către Consiliu, în termenul legal calculat anterior, Consiliul constată că SC ...SRL și-a îndeplinit această obligație, comunicând contestația prin poșta rapidă – Fan Courier Express SRL, la data de 08.11.2018, așa cum rezultă din AWB-ul nr. 5312885310001, aflat la dosarul cauzei.

Având a verifica îndeplinirea, de către contestatoare, a dispozițiilor prevăzute de art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2018, respectiv *„Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca tardivă,* ***aceasta se înaintează*** *atât Consiliului, cât şi* ***autorităţii contractante*** /.../", Consiliul reține următoarele:

Prin adresa nr. 46866/3312 C5/12.11.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei, între altele, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să facă dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă. Prin răspunsul său, SC ...SRL a făcut dovada comunicării contestației, prin depunerea unui print-screen din care rezultă transmiterea contestației prin mijloace electronice (e-mail), la adresa de poștă electronică l...i@fonduri-ue.ro, la data de **09.11.2018**, ora 10:04, cu confirmarea de primire din partea autorității contractante.

Ca urmare a solicitării CNSC din adresa nr. 48100/3312 C5/19.11.2018, de transmitere de către contestatoare, a susținerilor referitoare la excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă, SC ...SRL a depus, ca mijloc de probă, copia AWB-ului 5312885310002, emis de Fan Courier Express, la data de 08.11.2018, ora 14:53, pentru care nu a primit confirmarea de livrare. Totodată, a transmis e-mailul din data de 09.11.2018, confirmat de autoritatea contractantă.

Ca urmare a consultării site-ului Fan Courier Express, la data de 20.11.2018, Consiliul constată că, în referire la AWB-ul 5312885310002 depus de contestatoare ca mijloc probant pentru desființarea excepției tardivității, apare la „Status comandă” doar mențiunea că „AWB-ul a fost înregistrat de către clientul expeditor”, fără nicio altă informație.

În urma reverificării site-ului Fan Courier Express, la data de 21.11.2018, Consiliul constată că, în legătură cu AWB 5312885310002 apar următoarele informații:

- „expediția a fost preluată de către FAN Courier în data de **20.11.2018** 17:01”;

- „Expediția a plecat din hub-ul FAN Courier Constanța spre hub-ul de destinație în data de 20.11.2018 18:50”.

Din conținutul acestor informații rezultă, contrar susținerilor contestatoarei că, de fapt, corespondența transmisă ... prin intermediul AWB-ului nr. 5312885310002 a fost preluată de către firma de curierat la data de **20.11.2018** și nu la data de 08.11.2018 ca în cazul CNSC, deși AWB-urile sunt consecutive, respectiv 5312885310001 – către CNSC, iar 5312885310002 – către ....

În speță, Consiliul apreciază relevante prevederile art. 183 alin. (1) din Noul cod de procedură civilă, potrivit căruia *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poştal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen*”.

Analizând în mod coroborat informațiile rezultate din probatoriul administrat în cauză de părți, precum și cele furnizate de către site-ul serviciul de curierat rapid FAN COURIER EXPRESS SRL, rezultă faptul că prezenta contestație a fost transmisă autorității contractante, la data de **09.11.2018**, prin poșta electronică, respectiv, la data de **20.11.2018**, prin poșta rapidă, prin urmare în afara termenului legal stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, care s-a împlinit la data de 08.11.2018.

În aceste condiții, din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că autoarea contestaţiei nu a transmis, către autoritatea contractantă, în termenul legal, prezenta contestație.

Prin adoptarea acestei atitudini, respectiv neîndeplinirea obligaţiei procedurale în termenul stipulat, contestatoarea şi-a asumat riscul aplicării sancţiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situaţie, respectiv respingerea contestaţiei ca tardivă, în speță fiind incidente dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și va respinge, ca tardivă, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

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 nefondată, excepția invocată de autoritatea contractantă privind neconstituirea cauțiunii.

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge, ca tardivă, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

**PREȘEDINTE COMPLET**
**...**

**MEMBRU COMPLET** **MEMBRU COMPLET**
**...** **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 pagini.