



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 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. 311 / C3 / 2852

Data: 12.02.2021

Prin contestația nr. 9545/17.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 56039/17.12.2020, depusă de SC, cu sediul în, ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr., CUI, reprezentată legal de domnul Lucian Căpitănescu, formulată împotriva raportului procedurii nr. 11047/11.12.2020 și a actelor subsecvente, emise în procedura simplificată organizată de, cu sediul în, str. Craiovei nr. 165, ..., în vederea atribuirii contractului "Proiectare și execuție îmbrăcămînți bituminoase ușoare pe pietruiri existente, comuna, ...", inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1073286, publicat în SEAP la 13.08.2020, s-a solicitat anularea actelor atacate, cu obligarea autorității contractante la reevaluarea corectă a ofertelor, cu întocmirea unui nou raport al procedurii de atribuire.

SC SRL, cu sediul în, ..., înmatriculată în registrul comerțului sub nr., CUI, reprezentată legal de domnul- administrator, a înaintat cererea de intervenție nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. /, solicitând respingerea contestației, ca tardivă sau ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, față de dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei 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 contestația de față, prin care ofertantul SC reclamă

decizia autorității contractante COMUNA de admitere și declarare conformă a ofertei asocierii SC SRL - SC SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, în ceea ce privește graficul de execuție (Gantt) al investiției, el trebuia să cuprindă, potrivit pct. IV.4 din fișa de date a achiziției, toate procedurile/operațiile/activitățile necesare execuției, acoperite din cheltuieli directe și indirecte, însă graficul prezentat de asocierea câștigătoare nu definește toate procedurile/operațiile/activitățile, respectiv:

- predarea amplasamentului și a bornelor de reper, procedură fără de care nu se poate începe execuția și a cărei durată de execuție minimă este de 4 zile lucrătoare, normată cu Indicatorul de norme de deviz "O" - Lucrări geodezice, topo-fotogrammetrice și cartografice (lucrări de măsurători terestre), ediția 1987

- * Plantare borne de reper - OC13C - Borne de reper din beton armat ($\text{.....,412 km} \times 1,10 \text{ ore/km} \times \text{..... buc/km}$)/8 = 1 zi

- * Pichetare drum proiectat - OD041 - Bornarea punctelor de reper ($\text{.....,412 km} \times 2,34 \text{ ore/km} \times \text{..... buc/km}$)/8 = ... zile

- trasarea lucrărilor, procedură fără de care nu se poate începe execuția și a cărei durată de execuție minimă este de zile lucrătoare, normată cu Indicatorul de norme de deviz "O" - Lucrări geodezice, topo-fotogrammetrice și cartografice (lucrări de măsurători terestre), ediția 1987;

- trasarea pe teren a aliniamentelor axei drumului - OT022 ($\text{.....,412 km} \times 8,28 \text{ ore/km}$)/8 = ... zile.

Mai mult, potrivit graficului prezentat, este planificată activitatea de execuție înaintea celei de proiectare, adică înainte de predarea și recepția proiectului tehnic.

Nu au fost respectate cerințele fișei de date ce vizează riscurile execuției investiției, și anume:

- Riscurile geotehnice. Categoria geotehnică. Categoria de risc geotehnic. Identificare. Măsurile de înlăturare/diminuare a riscurilor geotehnice.

- nu a prezentat și justificat în ce categorie geotehnică se încadrează lucrarea;

- nu a identificat riscurile geotehnice aferente lucrării;

- nu a prezentat măsurile de înlăturare/diminuare a riscurilor geotehnice.

- Riscurile de mediu. Categoria de risc de mediu. Identificare. Măsurile de înlăturare/diminuare a riscurilor de mediu:

- nu a prezentat și justificat categoria riscului de mediu în care se încadrează lucrarea.

- Riscurile securității și sănătății în muncă. Categoria de risc SSM. Identificare. Măsurile de înlăturare/diminuare a riscurilor SSM:

- nu a prezentat și justificat categoria riscului SSM în care se încadrează lucrarea.

La, SC SRL a înaintat Consiliului o cerere de intervenție voluntară, prin care combate contestația, arătând că SC cunoștea încă din septembrie 2020 că oferta asocierii SC SRL - SC ALMER PROIECT SRL a fost declarată conformă, dar prin contestația sa nr. 6757/14.09.2020 nu a reclamat că oferta ar fi inadmisibilă. Contestarea după aproximativ luni este tardivă.

Prin decizia Consiliului nr. 1994/C3/1982/29.10.2020 a fost anulat în parte raportul interimar al etapei privind selecția candidaților nr. 7891/09.09.2020 și procesul-verbal nr. 7798/07.09.2020, fiind obligată autoritatea la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii SRL, urmând ca oferta câștigătoare să fie desemnată dintre ofertele admisibile. Pe cale de consecință, în opinia intervenientei, oferta sa este admisă. De asemenea, decizia nr. 1994/C3/1982/29.10.2020 nu a fost atacată la curtea de apel și are autoritate de lucru judecat, în sensul admisibilității ofertei.

La 27.11.2020, a fost publicat în SEAP raportul intermediar nr. 10640, luat la cunoștință de contestatoare în ziua următoare, document pe care nu l-a contestat.

La pag. 1 din fișierul "Propunere tehnică part 2", asocierea intervenientei a prezentat *"Modul de abordare a activităților de identificare a riscurilor geotehnice ce pot apărea pe parcursul derulării contractului și măsuri de diminuare a riscurilor în raport cu prevederile din CS"*, iar la pag. 2-4 a prezentat metodologia și identificarea riscurilor geotehnice. Prin fișa de date s-a stabilit doar modul de prezentare a lor, nu s-au impus un număr minim sau maxim, iar prin prezentarea riscurilor identificate au fost îndeplinite cerințele fișei de date.

La pag. 5 din fișierul "Propunere tehnică part 2", a prezentat riscurile de mediu. În fișa de date nu au fost menționate ce tipuri de riscuri trebuie prezentate, iar asocierea a prezentat, pe baza informațiilor din studiul de fezabilitate, un număr de 10 categorii de riscuri, în conformitate cu legislația privind autorizarea lucrărilor, respectiv Ordinul nr. 135/2010 privind metodologia de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private.

De asemenea, la pag. 10-15, a prezentat metodologia de identificare a riscurilor în conformitate cu Ordinul nr. 300/2006 privind sănătatea și siguranța în muncă, în care au fost descrise, pentru fiecare loc de muncă, riscurile și pericolele evaluate, rezultate posibile, măsuri tehnice, măsuri igienico-sanitare, măsuri de altă natură, măsuri organizatorice, acțiuni în scopul realizării măsurii, termene de realizare, riscurile, măsuri de atenuare, cine răspunde, observații. Toate aceste informații au fost prezentate și elaborate de persoane cu calificări recunoscute de statul român.

În ceea ce privește propunerea tehnică din cadrul ofertei sale, intervenienta susține că graficul de execuție (Gantt) al investiției

cuprinde categoriile de lucrări solicitate în documentația de atribuire, cerințele menționate de contestatoare, cu privire la predarea amplasamentului și a bornelor de reper, trasarea lucrărilor, trasarea pe teren a aliniamentelor axei drumului, nu se regăsesc în categoriile de lucrări solicitate de autoritatea contractantă. Listele de cantități necesare stabilite de autoritatea contractantă se regăsesc în fișierul DTAP(.....) din cadrul documentației de atribuire și au fost respectate de asocierea sa. Graficul este prezentat ca perioadă și succesiuni, datele de început și de sfârșit sunt estimative, aspect stipulat și în cadrul graficului ("datele se pot decala în funcție de data efectivă de începere").

Cu adresa nr. 197/....., înregistrată la Consiliu sub nr. 2746/18.01.2021, COMUNA a transmis o parte a documentelor dosarului achiziției publice, precum și punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de SC, prin care solicită respingerea acesteia, fără a aduce argumente în apărare, și menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

La 02.02.2021, autoritatea achizitoare a înaintat Consiliului, prin mijloace electronice, propunerile tehnice aparținând contestatoarei și câștigătoarei.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

COMUNA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat, prin anunțul de participare nr. SCN1073286/13.08.2020, o procedură simplificată în vederea atribuirii unui contract de proiectare și execuție îmbrăcăminți bituminoase ușoare pe pietruiri existente.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, respectiv de declararea câștigătoare a ofertei depuse de asocierea SC SRL - SC ALMER PROIECT SRL, SC a promovat contestația de față, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206746040/1, în valoare de 46.279,09 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala

Documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Asupra aspectelor sesizate de contestatoare/reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin

raportul procedurii de atribuire nr. 11047/11.12.2020, rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi.

La 17.12.2020, SC a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului de contestare statuat la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Disputa apărută între SC și organizatoarea achiziției vizează rezultatul evaluării ofertei asocierii SC SRL - SRL, pe care contestatoarea o consideră neconformă.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către intervenienta SC SRL a excepției depășirii termenului legal de contestare, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea ei. Însă, la ordine, anterioară analizării excepției ce tinde la respingerea incipientă a contestației, este necesară determinarea admisibilității în principiu a cererii în cuprinsul căreia au fost invocate, respectiv a cererii de intervenție depusă de SC SRL. Astfel fiind, Consiliul ia act că această societate are calitatea de ofertantă câștigătoare la procedura de atribuire (împreună cu asociata SC SRL), are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină, prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Interesul intervenientei de a-și păstra poziția și de a semna contractul care i-a fost atribuit este unul legitim, născut, personal și actual (condiții enumerate la art. 33 C. proc. civ.).

Din parcurgerea cuprinsului cererii intervenientei, se vedește că este în sensul sprijinirii poziției autorității contractante, fără nicio pretenție proprie, cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante.

Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, Consiliul observă că societatea contestatoare își îndreaptă demersul său împotriva rezultatului consemnat în raportul procedurii de atribuire nr. 11047/11.12.2020, pe care îl anexează în copie, rezultat despre care a luat cunoștință prin intermediul comunicării nr. 11047/11.12.2020.

Contestația în discuție a fost transmisă electronic și prin scrisoare poștală, cu confirmare de primire, la data de 17.12.2020, în interiorul termenului legal de contestare, față de primirea comunicării la 11.12.2020 și raportat la normele art. 8 alin. (1) lit. b), coroborate cu cele ale art. 5 din Legea nr. 101/2016.

Este veridic faptul că, în aceeași procedură de atribuire, a fost depusă anterior o contestație de către SC, cu nr. 6757/14.09.2020, soluționată prin decizia nr. 1994/C3/1982/29.10.2020, în sensul admiterii ei, anulării rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii și adresa de comunicare, în partea ce privește respingerea ofertei contestatoarei, cu obligarea autorității la reevaluarea ofertei asocierii - SRL, însă actele atacate prin precedentă contestație au fost raportul interimar al etapei privind selecția candidaților nr. 7891/09.09.2020 și procesul-verbal nr. 7798/07.09.2020, exclusiv în ceea ce privește măsura respingerii ofertei contestatoarei, nicidecum în privința evaluării ofertei asocierii intervenientei.

Pe de altă parte, întrucât SC a luat cunoștință despre desemnarea câștigătoare a ofertei asocierii SC SRL - SC SRL în urma comunicării nr. 11047/11.12.2020, doar de la primirea acesteia a devenit actual dreptul de a ataca admiterea atribuirea contractului către amintita asocierie. Argumentul pe care se sprijină excepția intervenientei, conform căruia, SC știa că autoritatea a declarat admisibilă oferta concurentei în etapele precedente, nu este de natură a invalida demersul actual al contestatoarei, întrucât rezultatul final al procedurii este dat de raportul procedurii și comunicarea din 11.12.2020, acte considerate vătămătoare de SC

Astfel fiind, formularea contestației de față, împotriva desemnării ofertei câștigătoare, ca act ce vătămă drepturile SC, se situează în interiorul termenului legal, care curge de la data luării lui la cunoștință, iar excepția de tardivitate este respinsă.

Pe fondul cauzei, Consiliul i-a act că reclamanta este nemulțumită de evaluarea ofertei asocierii SC SRL - SC SRL (propunerea tehnică), pe care o consideră neconformă următoarelor cerințe ale fișei de date a achiziției:

IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice

Propunerea tehnica se întocmeste atat de proiectant cat si de constructor, respectand cerintele prevazute in DTAP postate in SEAP si va contine cel putin:

I. Pentru proiectant

[...] 2. Graficul Gantt de elaborare a documentațiilor tehnice și asistență tehnică, exprimată în unități fizice [...].

II. Pentru constructor:

1. Graficul de executie (Gantt) al investitiei care sa cuprinda toate procedurile/operatiile/activitatile cu suportabilitate financiara atat din cheltueili directe, cat si din cheltuieli indirecte.

[...]

4. Riscurile executiei investitiei:

- *Riscurile geotehnice. Categoria geotehnica. Categoria de risc geotehnic. Identificare. Masuri de inlaturare/diminuare a riscurilor geotehnice.*

- *Riscurile de mediu. Categoria de risc de mediu. Identificare. Masuri de inlaturare/ diminuare a riscurilor de mediu.*

- *Riscurile securitatii si sanatatii in munca. Categoria de risc SSM. Identificare. Masuri de inlaturare/diminuare a riscurilor SSM.*

Se reproșează autorității contractante faptul că nu ar fi sesizat imprecizia propunerii tehnice (graficului de execuție) din oferta câștigătoare, în primul rând, că aceasta nu ar include activitățile de:

- predare a amplasamentului și a bornelor de reper (care include plantarea de borne de reper din beton armat și pichetarea drumului);

- trasare a lucrărilor;

- trasarea pe teren a aliniamentelor axei drumului.

În această privință, este judicioasă apărarea intervenientei, în direcția că autoritatea contractantă, prin documentația procedurii, nu a impus reprezentarea grafică a activităților arătate. Graficul Gantt, de execuție, cuprinde categoriile de lucrări solicitate în respectiva documentație, cu impact financiar distinct ("suportabilitate financiară", conform expresiei sus evocate de documentația de atribuire) nu fiecare activitate/subactivitate din cadrul lucrărilor ce vor fi decontate. Pe de altă parte, activitățile enumerate sunt minore și înglobate în alte activități ale lucrării, cu caracter general, iar partea descriptivă a propunerii tehnice cuprinde referiri la acestea.

Consiliul constată, de altfel, că centralizatoarele cheltuielilor pe obiectiv, precum și cele pe categorii de lucrări, sunt identic întocmite de cei doi ofertanți, în sensul că prezintă acele activități/subactivități cu suportabilitate financiară relevante.

De asemenea, vizavi de reclamata suprapunere a unor activități inițiale din componenta de proiectare cu execuția unor lucrări, trebuie reținut că actualul grafic constituie o estimare de perioade și succesiuni, datele de început și de sfârșit fiind orientative („datele se pot decala în funcție de data efectivă de începere” reprezintă o mențiunea realistă, din cuprinsul graficului Gantt întocmit de intervenientă. În context, începerea lucrărilor la 07.09.2020 este, evident, imposibilă). Trebuie observat și faptul că intervalele temporale care se suprapun sunt unele scurte, care vor putea fi revizuite la semnarea contractului, iar clauzele contractului asumat de părțile implicate în procedură acceptă revizuirea termenelor de execuție chiar pe durata derulării lor. În plus, prezentele suprapuneri în cronologia graficului nu afectează niciuna dintre activitățile la care se referă (în sensul că, pot fi desfășurate în paralel, fără a fi afectată calitatea).

Prin urmare, în contextul înfățișat, pledoaria reclamantei nu poate constitui un argument valid pentru respingerea ofertei concurente.

Nu poate fi reținută nici obiecțiunea că această ofertă ar fi neconformă pentru că asocierea:

- nu a prezentat și justificat în ce categorie geotehnică se încadrează lucrarea;
- nu a identificat riscurile geotehnice aferente lucrării;
- nu a prezentat măsurile de înlăturare/diminuare a riscurilor geotehnice;
- nu a prezentat și justificat categoria riscului de mediu în care se încadrează lucrarea;
- nu a prezentat și justificat categoria riscului SSM în care se încadrează lucrarea.

Consiliul constată că aceste tipuri de riscuri se regăsesc (și în format descriptiv și format tabelar) la nivelul propunerii tehnice a ofertei desemnate câștigătoare, astfel cum a invocat și intervenienta. De altfel, prin cerința din fișa de date, autoritatea nu a stabilit un anumit nivel de detaliere a ofertei și nici nu a impus un număr minim de riscuri, din fiecare categorie, care să fie identificate și prezentate de ofertanți.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., dar și celor ale art. 10 și art. 15 din Legea nr. 101/2016, care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatoarea nu reușește să probeze că autoritatea a circumstanțiat existența acestor informații în propunerile tehnice ale ofertanților. Astfel fiind, cerințele amintite ale fișei de date par a fi îndeplinite de oferta asocierii.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că, în mod legal, autoritatea a admis oferta asocierii SC SRL - SC SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei.

Astfel că, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC nr. 9545/ 17.12.2020, în contradictoriu cu COMUNA

Relativ la cererea de intervenție voluntară accesorie, aparținând SC SRL, Consiliul o apreciază fondată, în raport cu cele reținute cu prilejul examinării cererilor contestatoarei SC; în consecință, cererea de intervenție va fi admisă, în sensul menținerii actualului rezultat al procedurii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. /, depusă de SC SRL, în contradictoriu cu contestația SC Respinge, ca nefondată, excepția de tardivitate a contestației, invocată de intervenientă.

Respinge, ca nefondată, contestația SC nr. 9545 din 17.12.2020, în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție voluntară accesorie, depusă de SC SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului asupra contestației SC – de respingere, ca nefondată –, în ceea ce ne privește opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele, având în vedere următoarele considerente:

Este cert că, la 17.12.2020, SC a sesizat forul administrativ-jurisdicțional cu soluționarea disputei pendinte:

Art. 192 alin. (2) C. proc. civ: Procesul începe prin înregistrarea cererii la instanță, în condițiile legii.

Art. 199 alin. (1) C. proc. civ: Cererea de chemare în judecată, depusă personal sau prin reprezentant, sosită prin poștă, curier, fax sau scanată și transmisă prin poștă electronică ori prin înscris în formă electronică, se înregistrează și primește dată certă prin aplicarea ștampilei de intrare.

În finalul contestației, autoarea ei a punctat: *„În ceea ce privește cauțiunea vă rugăm să luați act că vom îndeplini această obligație la solicitarea dumneavoastră în cuantumul și sub forma prevăzute de lege.”* Așadar, contestatoarea avea cunoștință, încă de la momentul inițierii litigiului, despre obligația care îi revenea, statuată de lege, în sensul de a constitui o cauțiune aferentă contestației. Concret, art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevede că, pentru soluționarea contestației, 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 (în cuantumul acolo fixat). În speța de față, în pofida faptului că îi erau cunoscute aceste prevederi, SC nu a constituit nicio cauțiune în intervalul prescris de legiuitor, de maximum 5 zile de la data sesizării, ci a constitui și prezentat Consiliului cauțiunea abia la 05.01.2021, în a douăzecea zi de la contestație.

Suntem de părere că, dată fiind exprimarea clară și fermă a legiuitorului, precum că, sub sancțiunea respingerii contestației, constituirea cauțiunii trebuia realizată în maximum 5 zile, Consiliul ar fi trebuit să aplice textul imperativ al legii și să procedeze la respingerea contestației *in limine litis*, din cauza neglijenței contestatoarei, constând în nerespectarea termenului maximal amintit. În contextul normei imperative precitată, nu există nicio justificare pentru a se aștepta douăzeci de zile de la sesizare pentru constituirea cauțiunii, o asemenea „îngăduință” excedând voinței legiuitorului. Neîncadrarea contestatorului în termenul de cinci zile ține în mod exclusiv de culpa nescuzabilă a contestatorului.

Această optică este întâlnită frecvent nu doar în jurisprudența Consiliului, ci și a instanțelor judecătorești de control, dovadă fiind, spre pildă:

- decizia nr. 1044/R-Cont din 10 noiembrie 2020 a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal (<http://www.rolii.ro/hotarari/5fab511ae490091c1d000034>):

Analizând plângerea prin prisma susținerilor părților, a înscrisurilor depuse la dosar și a dispozițiilor legale aplicabile, Curtea apreciază că este nefondată. [...]

Petenta a formulat contestație împotriva comunicării autorității contractante, contestație care a fost respinsă ca inadmisibilă de către Consiliu, prin decizia 1705/[...] din 22.09.2020, **pentru neconstituirea cauțiunii prevăzute de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 în termenul prevăzut de aceleași dispoziții legale.**

Petenta susține nelegalitatea acestei decizii prin faptul că a achitat cauțiunea în termenul de zile acordat de Consiliu [...], înainte de soluționarea contestației, iar, pe de altă parte, consideră că plata cauțiunii nu constituie o condiție de admisibilitate a contestației.

Se observă că, relativ la situația de fapt, contrar susținerilor petentei, prin adresa nr. [...] /16.09.2020, Consiliul nu i-a solicitat să constituie cauțiunea în termen de zile de la primirea adresei, ci să facă dovada constituirii cauțiunii în cuantumul și termenele prevăzute de lege, informând-o, totodată, despre sancțiunea aplicabilă.

Curtea reține că, potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, forma în vigoare la data sesizării Consiliului: «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 [...]».

Așadar, **textul de lege prevede imperativ, sub sancțiunea respingerii, obligația persoanei care se consideră vătămată de a constitui, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune**, cuantumul acestei cauțiunii fiind, de asemenea, stabilit, respectiv în procent de 2% din valoarea estimată a contractului, cu precizările de la lit. a) și b). **Dată fiind claritatea textului de lege, fermitatea exprimării, precizarea în mod expres a sancțiunii, Curtea apreciază că această obligație de achitare a cauțiunii este o condiție de admisibilitate a contestației.**

De altfel, Curtea Constituțională, sesizată cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor, printre altele, art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, a apreciat că sunt constituționale, reținând în considerentele Deciziei nr. 501 din 17 septembrie 2019: «34. Or, dinamica raporturilor juridice existente în domeniul achizițiilor publice demonstrează că intervenția legiuitorului era necesară, în condițiile în care drepturile procesuale au fost exercitate frecvent cu rea-credință de către operatori economici care nu aveau capacitatea efectivă de a-și executa obligațiile ce rezultau din încheierea contractelor de achiziții publice. Interesul național impune ca statul să poată realiza cu celeritate obiectivele propuse în vederea îmbunătățirii vieții cetățenilor săi, cu respectarea, bineînțeles, a drepturilor și a intereselor legitime ale eventualilor participanți la procedurile de achiziție publică. 35. Așadar, Curtea constată că prin instituirea cauțiunii legiuitorul a urmărit, pe de o parte, descurajarea cererilor nefundamentate sau exercitarea cu rea-credință a drepturilor procesuale, iar, pe de altă parte, să constituie o garanție destinată acoperirii

eventualelor pagube ce ar putea fi produse părții împotriva căreia se cere luarea unor măsuri, în condițiile în care cererea celui ce plătește cauțiunea se respinge. Astfel, aceste obiective urmărite prin adoptarea de către legiuitor a măsurii criticate se circumscriu unui scop legitim».

[...]

Nu poate fi reținută susținerea petentei că ar fi aplicabile dispozițiile art. 1057 C. proc. civ., întrucât acestea reglementează cauțiunea judiciară, situație în care, într-adevăr, intră în sarcina instanței să stabilească cuantumul și termenul în care se achită cauțiunea dat fiind că acestea nu sunt prevăzute prin lege. Or, în speță, așa cum s-a reținut, conținutul art. 61¹ alin. (1) din Legea 101/2016 **stabilește expres atât termenul în care se constituie cauțiunea, cât și cuantumul și, mai mult, sancțiunea aplicabilă pentru neîndeplinirea obligației de constituire a cauțiunii în termenul prevăzut de lege, și anume respingerea contestației.** [...]

A invocat petenta jurisprudența națională în materie, însă această jurisprudență se conturează pe dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în forma anterioară modificării aduse prin O.U.G. nr. 114/2020. Anterior modificării, art. 61¹ alin. (1) prevedea: «Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sau art. 49, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauțiune [...]». Astfel, în condițiile în care nu era prevăzut un termen pentru constituirea cauțiunii, Consiliul stabilea în ce termen se îndeplinea respectiva obligație, ceea ce, în actuala formă de reglementare, acest lucru nu mai e posibil, termenul fiind stabilit expres.

Întrucât rezultă din înscrisurile depuse la dosar că petenta a achitat cauțiunea după expirarea termenului de 5 zile de la sesizarea Consiliului, prevăzut de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, și anume la data de 16.09.2020, deși sesizarea fusese înregistrată la 09.09.2020, Curtea apreciază legală decizia Consiliului, fapt pentru care va respinge plângerea, ca nefondată.

Pe același raționament a mers și Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, prin decizia nr. 453 din 28 iulie 2020 (<http://www.rolii.ro/hotarari/5f23798be49009140a00003f>), ale cărei considerente relevante le redăm:

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

O.U.G. nr. 23/2020, aplicabilă în cauză, a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 106 din 12 februarie 2020 și a fost în vigoare până la data publicării Deciziei Curții Constituționale nr. 221 din 2 iunie 2020, în Monitorul Oficial al României nr. 594 din 7 iulie 2020.

Raportat la practica anterioară a Consiliului, care permite constituirea ulterioară a cauțiunii, O.U.G. nr. 23/2020 a prevăzut că aceasta poate fi constituită în maximum zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului.

În speță, petenta nu contestă depășirea termenului de zile de mai sus, ci susține că nu se poate ignora depunerea acesteia, respectiv depunerea pe parcursul soluționării contestației, astfel încât această situație nu poate atrage respingerea contestației, scopul legii fiind atins, Consiliul neputând ignora depunerea cauțiunii, câtă vreme acest demers al petentei s-a realizat anterior soluționării contestației.

Ulterior modificării intervenite prin O.U.G. nr. 23/2020, art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevedea că, pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, o cauțiune. Este evidentă intenția legiuitorului de a stabili termenul limită până la care poate fi depusă cauțiunea, astfel încât în mod corect a reținut Consiliul că art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 este un termen de decădere, a cărei respectare nu este lăsată la aprecierea contestatoarei. Într-o atare situație, față de nedepunerea de către petentă, în termenul de maximum zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, a cauțiunii stabilită de acesta, în mod corect contestația petentei a fost respinsă prin decizia Consiliului nr. 1039 din 23 iunie 2020, petenta neputând invoca în sens contrar necunoașterea legii, respectiv rolul activ pe care trebuie să îl aibă Consiliul.

Având în vedere argumentele menționate, instanța va respinge plângerea petentei.

Față de normele legale citate, contestatorul SC era debitorul obligației legale de a constitui cauțiunea aferentă contestației sale în termenul legal stabilit, nu mai târziu de 22.12.2020 (marți, zi

lucrătoare). În pofida acestei obligații, societatea a formulat contestația, comunicată Consiliului la data de 17.12.2020, fără să constituie în termenul legal cauțiunea necesară, aceasta fiind constituită și probată abia la data de 05.01.2021, la douăzeci de zile de la data sesizării Consiliului. Considerăm termen procesual de cinci zile a fi unul absolut, obligatoriu pentru contestator și pentru Consiliu, de respectarea lui depinzând direct validitatea actului procedural al constituirii cauțiunii. Așadar, el nu este un termen de recomandare sau facultativ și nici dilatoriu, ci peremptoriu și constrângător.

Curtea Constituțională a subliniat că reglementarea de către legiuitor a condițiilor de exercitare a unui drept, subiectiv sau procesual, inclusiv prin instituirea unor termene, nu constituie o restrângere a exercițiului acestuia, ci doar o modalitate eficientă de a preveni exercitarea sa abuzivă, în detrimentul altor titulari de drepturi, în egală măsură ocrotite. Mai mult, obligația părților de a-și exercita drepturile procesuale în cadrul termenelor stabilite de lege reprezintă expresia aplicării principiului privind dreptul persoanei la judecarea procesului său în mod echitabil și într-un termen rezonabil, potrivit prevederilor art. 6 paragraful 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, instituirea unor termene procesuale servind unei mai bune administrări a justiției, precum și necesității aplicării și respectării drepturilor și garanțiilor procesuale ale părților. (Decizia nr. 742 din 23 noiembrie 2017)

Cel care alege să investească organul administrativ-jurisdicțional sau instanța trebuie să se aștepte că își asumă anumite obligații procedurale, una dintre ele – elementară – fiind aceea de a constitui în intervalul alocat de lege cauțiunea stabilită de art. 61¹ alin. (1), cunoscut de contestatoarea din prezenta speță. O soluție contrară este greu de admis și ar fi chiar periculoasă, deoarece ar lăsa loc abuzului și subiectivismului în privința duratei de timp „lăsate să treacă” între expirarea termenului maximal de cinci zile și momentul pronunțării asupra îndeplinirii obligațiilor impuse de lege.

Decăderea operează în regim de ordine publică, potrivit art. 177 alin. (2) C. proc. civ., care prevede că „nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea”, iar art. 178 alin. (1) din cod stabilește că nulitatea absolută poate fi invocată de orice parte din proces, de judecător, în orice stare a judecății cauzei, dacă legea nu prevede altfel, decăderea putând fi constatată chiar și din oficiu de către instanță – a statuat Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia de speță nr. 4142 din 21 decembrie 2017. Conform art. 10 alin. (1) C. proc. civ., părțile au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele *stabilite de lege* sau de judecător și să contribuie la desfășurarea fără întârziere a procesului, iar conform art. 185 alin. (1) din același cod, când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din

exercitarea dreptului și actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate, nulitate care nu poate fi remediată dacă a intervenit decăderea.

În concluzie, lichidarea disputei din cauza aflată pe rol presupunea respingerea contestației pentru neconstituirea cauțiunii în termenul legal, fără a se intra în cercetarea fondului cauzei.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând, totodată, necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

Redactată în cinci exemplare, conține treisprezece pagini.