



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SI, cu sediul social în ..., înregistrată la Registrul Comerțului ..., cod fiscal ..., cu adresa de corespondență în municipiul ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de lider al asocierii SC ... SI – T.R. ... SRL, privind procedura simplificată - într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect " MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL 4,2 KM, ..., JUDEȚUL ...", cod CPV 45233120-6, organizată de ..., cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea comunicării și a tuturor actelor subsecvente și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei sale;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației,
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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 SC ... SI reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, emisă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

În data de 09.02.2017, prin adresa cu nr. 825, s-a transmis prin intermediul SEAP către societatea sa o solicitare de clarificări prin care s-au solicitat explicații cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței privind garanția de participare.

În data de 13.02.2017, a fost încărcat în SEAP răspunsul aferent solicitării autorității contractante, atașat căruia au fost transmise documentele justificative din care reiese în mod indubitabil că ... este autorizată de către BNR în vederea emiterii de garanții.

Cu toate acestea prin comunicarea cu nr. 1195/24.02.2017, i-au fost aduse la cunoștință următoarele: *„Prin prezenta vă comunicăm că în urma analizei documentelor depuse pentru procedura sus menționată, oferta dumneavoastră a fost declarată inacceptabilă în condițiile nerespectării prevederilor art. 37, alin. 2, lit. a, din HG 395/2016, respectiv garanția dumneavoastră de participare a fost emisă de către o instituție financiară nebancară.*

În articolul menționat se precizează clar faptul că doar o societate bancară sau o societate de asigurări are dreptul de a constitui garanții de participare pentru ofertanții participanți la proceduri de achiziție publică.

Nu este de competența comisiei de evaluare analiza obiectului de activitate a instituției financiare nebancare, atâta vreme cât legislația nu permite acceptarea unei asemenea garanții de participare. Pentru admiterea garanțiilor de participare emise de către o instituție financiară nebancară pentru participarea la proceduri de achiziție publică, vă puteți adresa organismelor de reglementare în domeniu. De asemenea, am consultat și secțiunea Biblioteca de spețe de pe site-ul anap.gov.ro unde se regăsește o speță asemănătoare".

Cu privire la fundamentarea deciziei de respingere a ofertei sale, contestatorul consideră că interpretarea HG nr. 395/2016 de către comisia de evaluare a fost una literală și restrictivă, iar pentru o aplicare corectă a sensului dat de către legiuitor rolului garanției de participare ca instrument de garantare a procedurilor de achiziție, art. 36 din HG nr. 395/2016 ar fi trebuit să fie interpretat în mod logic și prin analogie ținând cont deopotrivă de:

- faptul ca garanția de participare este un act juridic civil, fiindu-i incidente prevederile art. 2321 din NCC care definește în mod clar "Scrisoarea de garanție" ca fiind:

(1) Scrisoarea de garanție este angajamentul irevocabil și necondiționat prin care o persoană, denumită emitent, se obligă, la solicitarea unei persoane denumite ordonator, în considerarea unui raport obligațional preexistent, dar independent de acesta, să plătească o sumă de bani unei terțe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat.

(2) Angajamentul astfel asumat se execută la prima și simpla cerere a beneficiarului, dacă prin textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel.

(3) Emitentul nu poate opune beneficiarului excepțiile întemeiate pe raportul obligațional preexistent angajamentului asumat prin scrisoarea de garanție și nu poate fi ținut să plătească în caz de abuz sau de fraudă vădită.

(4) Emitentul care a efectuat plata are drept de regres împotriva ordonatorului scrisorii de garanție.

(5) În lipsa unei convenții contrare, scrisoarea de garanție nu este transmisibilă odată cu transmiterea drepturilor și/sau obligațiilor din raportul obligațional preexistent.

(6) Beneficiarul poate transmite dreptul de a solicita plata în cadrul scrisorii de garanție, dacă în textul acesteia s-a prevăzut în mod expres.

(7) Dacă în textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel, aceasta produce efecte de la data emiterii ei și își încetează de drept valabilitatea la expirarea termenului stipulat, independent de remiterea originalului scrisorii de garanție.

- și prevederile art. 14 din cadrul Legii 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare din SECȚIUNEA 5: Activități permise care prevede că „(1) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele activități de creditare: ... c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare”.

Totodată, pentru a înțelege importanța interpretării art. 36 din HG nr. 395/2016 coroborat cu dispozițiile de drept comun, contestatorul solicită Consiliului să ia în considerare și decizia civilă cu nr. ... din 16 ianuarie 2014 a Curții de Apel București.

Concluzionând, contestatorul consideră că oferta sa a fost întocmită cu respectarea rigorilor impuse de actele normative în vigoare, putând fi declarată admisibilă.

În aceste condiții, contestatorul arată că, în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, a transmis autorității contractante prin intermediul SEAP în data de 01.03.2017 notificarea prealabilă însă, prin punctul de vedere oferit, autoritatea contractantă și-a menținut decizia, hotărând să nu adopte măsuri de remediere.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante punct de vedere cu privire la cererea de suspendare a procedurii, precum și stadiu procedurii de atribuire.

La această solicitare, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 1827/15.03.2017 înregistrată la CNSC sub nr. ..., solicitând respingerea contestației ca tardivă și lipsită de temei legal.

Autoritatea contractantă consideră contestația depusă ca fiind tardiv introdusă, deoarece răspunsul său la notificarea prealabilă a fost transmis în data de 07.03.2017, iar contestația a fost depusă și primită în data de 14.03.2017.

În susținerea celor precizate, autoritatea contractantă anexează email-urile trimise și primite.

Autoritatea contractantă învederează faptul că, în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, termenul de depunere al contestației expira în data de 13.03.2017.

De asemenea, din analiza conținutului contestației, autoritatea contractantă constată netemeinicia introducerii acesteia.

În ceea ce privește stadiu procedurii de atribuire, autoritatea contractantă arată că se află în faza de evaluare a propunerilor financiare, fiind solicitate clarificări celorlalți patru ofertanți care au depus oferte și nu consideră oportună suspendarea procedurii.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatorului punctul de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă în adresa nr. 1827/15.03.2017.

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 337/17.03.2017 înregistrată la CNSC sub nr. ..., precizând următoarele:

- în data de 24.02.2017 (conform capturii din SEAP) a primit prin intermediul SEAP din partea autorității contractante comunicarea privind rezultatul procedurii;
- în data de 01.03.2017, respectiv în cea de-a 5-a zi stabilită începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante mai exact de la data primirii comunicării (24.02.2017), a transmis în baza Legii 101/2017 către autoritatea contractantă, prin intermediul poștei electronice, notificarea prealabilă;
- în data de 07.03.2017, autoritatea contractantă i-a transmis prin intermediul poștei electronice punctul de vedere înregistrat cu nr. 1441 din 06.03.2017;
- în data de 10.03.2017, autoritatea contractantă a revenit la punctul de vedere din 07.03.2017 și a transmis completări acestuia din urmă;
- cu toate că în data de 13.03.2017, ora 23.55, societatea sa a încărcat în textul mesajului electronic întreaga corespondență aferentă contestației (25 de documente.pdf însumând 17MB) contestația s-a transmis atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în 14.03.2017, ora 00.08 (deci cu o întârziere de 8 minute), lucru datorat volumului ridicat de documente.

Contestatorul precizează că, într-adevăr data limită de depunere a contestației calculată după data primului punct de vedere 07.03.2017 a fost 13.03.2017, ora 00.00, iar societatea sa a întârziat depunerea cu 8 minute, ceea ce în opinia sa nu reprezintă un motiv întemeiat de respingere a contestației pentru tardivitate raportat la scopul și obiectivul final necesar a fi urmărit de Consiliu prin soluționarea contestației.

Astfel, contestatorul apreciază că o eventuală măsură de respingere a contestației ar fi excesivă, în contradicție cu nevoia de clarificare a situației în fapt, nefiind adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit.

Totodată, analizând ultimele modificări în materie de drept procedural precum și tendința deciziilor judecătorești privită din perspectiva finalității procedurii, contestatorul precizează că legiuitorul prin termenele stabilite a urmărit să creeze un mecanism destinat să salvgardeze cel dintâi act de procedură inform în jurul căruia va (putea) gravita, ulterior, întreg

procesul de soluționare a unor diferite cauze. De aceea, s-a prevăzut posibilitatea corectării omisiunilor și/sau a completării actului de procedură potrivit cerințelor menționate de instanță. Numai dacă, în termenul acordat ele nu sunt complinite se anulează actul de procedură.

Așadar, se poate observa faptul că, legiuitorul s-a abătut - cu inteligență - de la principiul *nemo censetur ignorare legem*, reclamantului, în sensul său general, conferindu-i-se un beneficiu rareori luat în calcul: cererea sa nu este anulată, *ab initio*, ci numai dacă, ulterior stabilirii obligației respective în sarcina sa, acesta nu și-o îndeplinește. Câtă vreme reclamantul este îndrumat să corijeze, să completeze, nu se poate vorbi despre un „formalism excesiv” ci, mai degrabă, despre făgașul firesc al procedurii situație ce poate fi aplicată prin analogie, și de către Consiliul în soluționarea contestației depuse de societatea sa.

Ca atare, în opinia contestatorului contestația nu a fost depusă tardiv, fapt pentru care speră la analiza pe fond a acesteia cu asigurarea respectării principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale astfel cum sunt statuate în Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1905/17.03.2017 înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă formulează completare la punctul său de vedere, solicitând respingerea contestației ca tardivă și neîntemeiată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată - într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ” MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL 4,2 KM, ..., JUDEȚUL ...”, cod CPV 45233120-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă, și a publicat anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind ”prețul cel mai scăzut”.

Ulterior evaluării ofertelor depuse în cadrul acestei proceduri și comunicării rezultatului către participanți, apreciind nelegală decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, SC ... SI a formulat în data de 01.03.2017 notificare prealabilă, la care autoritatea contractantă a răspuns în data de 07.03.2017.

Nemulțumit de răspunsul autorității contractante, SC ... SI a formulat contestația ce formează obiectul dosarului nr. 707/2017.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității introducerii contestației depusă de SC ... SI.

În soluționare, se reține că SC ... SI, nemulțumit de răspunsul autorității contractante la notificarea sa prealabilă, a formulat contestația nr. 329/13.03.2017, acesta fiind transmisă atât Consiliului, cât și autorității contractante, prin e-mail, în data de 14.03.2017, ora 00:07, fiind înregistrată la CNSC sub nr.

În soluționare, Consiliul reține că valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică de lucrări care face obiectul contestației,

este, potrivit anunțului de participare simplificat nr. ... din data de 16.01.2017 publicat în SEAP, de ..., prin urmare mai mică decât pragurile valorice, prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016:

" - (1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)

b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;(...)"

De asemenea, potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) din același act normativ: *„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”*.

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din același act normativ *“(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*

Astfel, ținând cont de faptul că SC ... SI a luat la cunoștință de răspunsul transmis de autoritatea contractantă la notificarea sa, în data de 07.03.2017, rezultă că acesta trebuia să transmită contestația, atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, până la data de 13.03.2017, inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă.

Prin urmare, transmiterea contestației atât la CNSC, cât și la autoritatea contractantă în data de 14.03.2017, ora transmiterii neavând relevanță, reprezintă un demers tardiv al SC ... SI, în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, 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 depusă de SC ... SI în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge ca tardivă contestația depusă de SC ... SI în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

...