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. 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. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1979/01.04.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12456/03.04.2019, înaintată de SC ... SA, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin ... – administrator, formulată împotriva procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 665/26.03.2019, referitor la lotul nr. 1, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „Contract de furnizare și distribuție de carne, preparate din carne și carne de pasăre”, s-a solicitat Consiliului, referitor la lotul nr. 1:

- anularea în tot a procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 665/26.03.2019 și, după caz, a tuturor actelor subsecvente acestuia;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, de la etapa de evaluare a ofertelor;
- reanalizarea ofertei depuse de SC ... SA, cu respectarea prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor evocate în motivare.

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 ... SA, în calitate de ofertant, critică decizia comisiei de evaluare, referitoare la lotul nr. 1, cuprinsă în procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 665/26.03.2019, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 din HG nr. 395/2016, apreciind că autoritatea contractantă și-a încălcat obligațiile legale privind analizarea ofertei sale, precum și principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016,

Contestatoarea susține că, în vederea participării la procedura de achiziție publică, la data de 24.03.2019, a încărcat pe platforma SICAP toate documentele solicitate prin fișa de date a achiziției, precum și toate declarațiile și documentele ce susțin DUAE, dar, dintr-o omisiune, nu a salvat documentul DUAE și nici dovada constituirii garanției de participare.

De asemenea, contestatoarea arată că a constituit garanția de participare la data de 22.03.2019, înainte de data limită de depunere a ofertelor, având cuantumul și valabilitatea prevăzute de autoritatea contractantă, conform ordinului de plată cu nr. 1181, emis dc ... Bank SA.

Referitor la acest aspect, petenta învederează că, din conținutul procesului-verbal criticat, se observă că autoritatea contractantă i-a putut verifica eligibilitatea, având la dispoziție documentele încărcate o dată cu oferta, opinând că exista posibilitatea exercitării dreptului de a cere clarificări, conform art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, atât timp cât clarificările erau necesare și posibile din punct de vedere practic, având în vedere că în fișa de dale a achiziției nu se face nicio precizare referitoare la interdicția completării și/sau clarificării documentelor prezentate pentru demonstrarea conformității ofertelor, ulterior depunerii ofertelor și deschiderii acestora.

SC ... SA consideră că, prin raportare la principiul bunei administrări a procedurii de achiziție publică și la prevederilor Directivei nr. 2014/24/UE, dreptul de a solicita clarificări este însoțit de obligația de a-l exercita, astfel, pentru a putea face o evaluare corectă, membrii comisiei de evaluare trebuiau să manifeste un rol activ, prin transmiterea unei cereri de clarificări, situație în care ar fi pus la dispoziția autorității contractante documentul DUAE completat și semnat electronic la data de 24.03.2019, precum și dovada constituirii garanției de participare.

Astfel, contestatoarea susține că a făcut dovada îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare, conform documentației de atribuire, formularele și documentele au fost completare în mod corespunzător și semnate de persoanele autorizate, cu semnătură electronică, iar autoritatea contractanta nu ar fi creat niciun avantaj prin solicitarea unei clarificări.

Într-o astfel de situație, petenta consideră că respingerea ofertei nu este întemeiată, întrucât DUAE (așa cum a fost instituit de Directiva 2014/24/UE și transpus în legislația națională) are rolul unei declarații pe propria răspundere, iar aceasta a făcut dovada îndeplinirii cerințelor de calificare.

Mai mult decât atât, contestatoarea subliniază faptul că nu este vorba de rea credință, ci de o omisiune din partea ofertantului, care, prin completarea cu documente în urma unei solicitări venite din partea autorității contractante, nu ar modifica oferta și nici nu și-ar fi creat un avantaj față de celălalt ofertant.

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

Prin adresa nr. 685/04.04.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 12678/04.04.2019, autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere referitor la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, și continuarea procedurii de atribuire, în conformitate cu programul stabilit pentru derularea acesteia, având în vedere că evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor ce îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare primite în cadrul procedurii, s-a făcut în conformitate cu cerințele caretului de sarcini, a documentației de atribuire și cu respectarea dispozițiilor legale în materie, respectiv Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și Legea nr. 101/2016.

În fapt, precizează autoritatea contractantă, cu ocazia vizualizării ofertelor depuse în cadrul procedurii, pentru lotul nr. 1 „Carne și preparate din carne”, s-a constatat că SC ... SA nu a prezentat documentul DUAE, în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, fapt consemnat în procesul-verbal nr. 665/26.03.2019.

Referitor la acest aspect, autoritatea contractantă arată că, responsabilitatea întocmirii ofertei aparține în totalitate ofertantului, conform dispozițiilor art. 123 din HG nr. 395/2016, iar, așa zisa omisiune de prezentarea DUAE, invocată de contestatoare, și solicitarea ulterioară, după deschiderea ofertelor, a documentului, ar duce la modificarea ofertei și ar transforma oferta din una inacceptabilă în una admisibilă, fapt ce este interzis de prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, având în vedere prevederile și art. 60 alin. (1) și art. 137 alin. (2) fit. b) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că nu avea motiv să solicite contestatoarei clarificări, deoarece, cum nu a fost depus DUAE până la termenul limită de depunere a

ofertelor, nu putea fi depus ulterior, ca urmare a unei solicitări de clarificare.

Prin adresa nr. 12770/562/C8/05.04.2019, Consiliul a solicitat SC ... SA, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să îi comunice, în termen de trei zile de la data primirii adresei, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege.

Adresa nr. 12770/.../05.04.2019, transmisă prin fax, a fost primită de SC ... SA în aceeași dată, conform raportul transmisiunii fax, dar, până la această dată, societatea nu a dat curs solicitării Consiliului.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „Contract de furnizare și distribuție de carne, preparate din carne și carne de pasăre”, prin anunțul de participare nr. .... Valoarea estimată a contractului de furnizare este între 963.951 și 1.445.926,50 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Din documentele probatorii regăsite în dosarul cauzei, Consiliul observă că SC ... SA a înaintat contestația sa, prin poștă, la data de 01.04.2019, fiind înregistrată la Consiliu cu nr. 12456/03.04.2019.

Având în vedere că, la data la care SC ... SA a înaintat contestația sa, respectiv 01.04.2019, erau în vigoare dispozițiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum au fost acestea introduse prin OUG nr. 45/2018, autoarea contestației avea obligația constituirii unei cauțiuni, sub sancțiunea respingerii contestației.

În contextul în care Consiliul a observat că respectiva contestație nu este însoțită de dovada constituirii cauțiunii potrivit art. 61^1 din Legea nr. 101/2016 și Hotărârii plenului Consiliului din 5 iunie 2018 „referitoare la aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr. 45/ 2018” (disponibilă la adresa www.cnsc.ro/wp-content/uploads/2018/06/2018.06.Cautiune.pdf), hotărâre obligatorie conform căreia:

1. Pentru contestațiile transmise sau depuse la Consiliu începând cu data de 04 iunie 2018, se va solicita operatorilor economici prezentarea dovezii constituirii cauțiunii impuse la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată prin O.U.G. nr. 45/2018.

2. În cazul contestațiilor care nu sunt însoțite de dovada constituirii cauțiunii, înainte de soluționarea lor, completul va solicita autorilor acestora transmiterea dovezii de constituire, în termen de 3 zile de la primirea solicitării, corespondența având conținutul anexei la prezent,

a fost necesară verificarea îndeplinirii condiției expuse, sens în care, cu adresa nr. 12770/.../05.04.2019, Consiliul a solicitat SC ... SA dovada constituirii cauțiunii legale, adresă recepționată de societatea destinatară la data emiterii. Ea a fost expediată prin fax, la 023/536.14.75, număr indicat în cuprinsul contestației. Până la momentul prezentei, reclamanta nu a transmis cauțiunea pretinsă de lege, deși a beneficiat de timp suficient în acest sens.

Potrivit Codului de procedură civilă:

*Art. 154. - (6) Comunicarea citațiilor și a altor acte de procedură se poate face de grefa instanței și prin **telefax**, poștă electronică sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia, dacă partea a indicat instanței datele corespunzătoare în acest scop. Comunicarea actelor de procedură va fi însoțită de semnătura electronică extinsă a instanței care va înlocui ștampila instanței și semnătura grefierului de ședință din mențiunile obligatorii ale citației. Fiecare instanță va avea o singură semnătură electronică extinsă pentru citații și acte de procedură.*

*(6^1) Citațiile și celelalte acte de procedură menționate la alin. (6) se consideră comunicate la momentul la care au primit **mesaj din partea sistemului folosit că au ajuns la destinatar** potrivit datelor furnizate de acesta.*

*Art. 163. - (11^1) Atunci când comunicarea actelor s-a realizat potrivit prevederilor art. 154 alin. (6) **mesajul de comunicare către destinatar primit de la sistem constituie dovada de comunicare. Acesta se va lista și se va atașa la dosarul cauzei**.*

(12) Dispozițiile prezentului articol se aplică și la comunicarea sau notificarea oricărui alt act de procedură.

În speță, raportul transmisiunii fax, de la postul Consiliului, la postul contestatoarei, la 05.04.2019, ora 11:09, care nu indică nicio eroare, a fost atașat la dosarul cauzei.

Consiliul reține culpa SC ... SA constând în formularea contestației sale fără a constitui și depune cauțiunea prescrisă de legiuitorul delegat. Mai mult, în pofida beneficiului acordat de Consiliu pentru constituirea și depunerea cauțiunii în trei zile, începând cu aceea următoare primirii adresei nr. 12770/.../05.04.2019, reclamanta nu a profitat de acesta, neprezentând forului administrativ-jurisdicțional cauțiunea obligatorie.

Față de cele anterior expuse, prin neconstituirea cauțiunii, SC ... SA nu a îndeplinit obligația prevăzută la art. 61^1 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv:

Art. 61^1. - (1) 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 stabilită după cum urmează:

a) 2% din valoarea estimată a contractului, în cazul în care aceasta este mai mică 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 35.000 lei;

b) 2% din valoarea stabilită a contractului, dacă aceasta este mai mică 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 88.000 lei;

c) 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;

d) 2% din valoarea stabilită 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 880.000 lei.

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

Față de normele redate, în vigoare și prezumate absolut a fi cunoscute de către SC ... SA începând cu 04.06.2018, contestatoarea era debitoarea obligației legale de a constitui o cauțiune de 2% din valoarea estimată a contractului de furnizare. În pofida acestei obligații, societatea a formulat contestația (la 01.04.2019) fără să constituie în prealabil sau măcar la cererea Consiliului cauțiunea necesară, ea nefiind constituită și probată nici la acest moment. Chiar și în situația constituirii cauțiunii de către societate, sancțiunea respingerii contestației operează și în cazul în care contestatorul nu prezintă, la cererea expresă a Consiliului, dovada constituirii ei, astfel cum s-a întâmplat în cauza de față.

În atari condiții, chestiunea neonorării obligației de constituire a cauțiunii fiind lichidată, Consiliul se vede nevoit să aplice normele obligatorii ale art. art. 61^1 alin. (1) și (2) evidențiate mai sus și, pe cale de consecință, să respingă contestația SC ... SA. Văzând că normele supracitate au prevalență în aplicare și împiedică organul de jurisdicție să analizeze contestația pe fond sau din punct de vedere al excepțiilor, contestația respectivă este respinsă indiferent și independent de analiza pe fond a ei.

Contestatoarea era datoare să manifeste o minimă diligență în îndeplinirea în termenul acordat (de 3 zile de la data comunicării

adresei) a obligațiilor procesuale care îi reveneau, astfel încât Consiliul să primească dovada constituirii cauțiunii, dacă nu prin depunerea directă a ei la registratura Consiliului, atunci prin transmiterea la numerele de fax/adresa de e-mail puse la dispoziție și prin expedierea originalului cu serviciul poștal. 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.

În decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a Curtea de Apel București, Secția a VIII a contencios administrativ și fiscal, a reținut că, „în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Reținând, așadar, culpa contestatoarei, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor imperative ale art. 61^1 alin. (1) din legea amintită, potrivit cărora contestația va fi respinsă în cazul în care contestatorul *nu prezintă* dovada constituirii cauțiunii, și va constata că SC ... SA nu s-a conformat obligației de comunicare, în termenul fixat, a respectivei dovezi. Constituirea integrală a cauțiunii și depunerea dovezii în original la Consiliu, odată cu contestația sau, în subsidiar, cel târziu în urma solicitării primite de la Consiliu, reprezintă condiții de admisibilitate a contestației, lipsa cauțiunii integrale și/sau a dovezii ducând la respingerea contestației, pentru neconstituirea cauțiunii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ..., pentru neconstituirea cauțiunii.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare 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,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.