



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE CONTESTAȚIILOR

A

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) 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 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 399/C1/310

Data: 12.03.2020

Prin contestația nr., înregistrată la CNSC sub nr., formulată de SC SA în calitate de lider al asocierii SC SA – SC SRL, cu sediul în, având CUI, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată prin director general, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii înregistrată sub nr. 3565/19.02.2020, emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în strada Piața Națiunilor Unite, nr. 9,, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări la obiectivul de investiții «Reabilitare drumuri comunale în comuna Calafindești, județul»”, cod CPV 45233140-2, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 3565/19.02.2020, precum și a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia,
- anularea raportului procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia;
- recunoașterea ofertei SC SA ca fiind acceptabilă și conformă după finalizarea etapei de evaluare financiară, prin emiterea unui act al autorității contractante corespunzător în acest sens,
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire din etapa de evaluare financiară.

Prin adresa nr. 385/02.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 8421/03.03.2020, formulată de SC în calitate de lider al

asocierii, cu sediul în Sat Sloboria, nr. 57A, comuna Grănicești, județul, având CUI, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. J33/389/1991, reprezentată convențional prin, cu sediul în, str. Ștefan Mihăileanu, nr. 11, sector 2, formulează cerere de intervenție în dosarul nr. 310/2020, și solicită:

- admiterea prezentei cereri de intervenție,
- respingerea contestației formulată de SC SA, în principal , ca inadmisibilă,
- respingerea contestației formulată de SC SA, ca nefondată,
- studierea dosarului achiziției.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a procedat la reevaluarea ofertelor conform deciziei CNSC nr. din data de 11.12.2019 și prin urmare, decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă conform art. 134 alin. (5) și alin. (6) din HG nr. 395/2016, în etapa de evaluare financiară este nelegală cu consecința vătămării interesului său legitim.

Acesta susține că, până la publicarea raportului procedurii și a comunicării privind rezultatul procedurii nu a primit nici o solicitare de clarificări, pentru a putea aduce argumente și a se apăra și a clarifica aspectele neînțelese de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 7466/310-C1/26.02.2020, Consiliul a solicitat contestatorului, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016, să transmită în termen de 3 zile, recipisa de consemnare a cauțiunii în original constituită conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 modificată și completată prin OUG nr. 23/2020, în cuantumul prevăzut de lege, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 cpc 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.

Prin adresa nr. 1478/03.02.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 8470/03.03.2020, contestatorul a depus în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206138855/1, tranzacția nr. 948530471/1711896513, din data de 02.03.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala, în valoare de 35.000,00 lei, constituită de SC SRL, pentru dosarul CNSC nr. 310/2020.

Prin adresa nr. 4036/02.03.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 8270/02.03.2020, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație solicitând respingerea ei ca nefondată în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, cu privire la critica contestatorului referitoare la lipsa unei solicitări de clarificări din partea autorității contractante, aceasta susține că încă o solicitare de clarificări nu era oportună, întrucât nu putea să transforme o ofertă neconformă într-una conformă.

Prin adresa nr. 385/02.03.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 8421/03.03.2021, SC SA formulează cerere de intervenție solicitând respingerea contestației ca inadmisibilă și ca nefondată.

Cu privire la inadmisibilitatea contestației operatorului SC SA, intervenientul precizează că în conformitate cu art. 611 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 și având în vedere valoarea ofertei declarată câștigătoare, sub pragurile valorice reglementate la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv 8.148.754,13 lei fără TVA, contestatorul ar trebui să plătească o cauciune în cuantum de 88.000 lei.

Având în vedere ca intervenientul SC SA, a solicitat Consiliului studierea dosarului achiziției, Consiliul prin adresa nr. 8802/310-C1/05.03.2020, îi comunică acestuia termenul pentru studiul dosarului și implicit de depunere al concluziilor scrise. Intervenientul s-a prezentat la sediul CNSC în data de 06.03.2020 pentru studierea dosarului cauzei.

Ulterior, intervenientul SC SA a depus adresa nr. 424/09.03.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 9339/09.03.2020, reprezentând concluzii scrise solicitând respingerea prezentei contestații ca inadmisibilă, pentru motivele expuse în continuare.

Astfel, intervenientul susține pentru prezenta contestație formulată de SC SA, cauciunea a fost constituită de operatorul SC SRL, operațiunea nefiind efectuată pe numele părții ce se consideră vătămată.

Totodată, motivul pentru care intervenientul solicită respingerea contestației ca inadmisibilă este data constituirii cauciunii, respectiv data de 02.03.2020, contrar prevederilor Legii nr. 101/2016, conform cărora partea ce se consideră vătămată într-un drept legitim trebuie să constituie o cauciune în termen de 3 zile de la data sesizării CNSC.

Astfel, cum prezenta contestație a fost înregistrată pe 24.02.2020, intervenientul consideră că data limită la care operatorul SC SA putea constitui cauciunea se împlinea în data de 27.02.2020.

Totodată, intervenientul precizează că în prezenta procedură există o ofertă declarată câștigătoare, în valoare de 8.148.754,13 și prin urmare cauciunea trebuia constituită în cuantum de 88.000,00, prin raportare la oferta câștigătoare, potrivit prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări la obiectivul de investiții «Reabilitare drumuri comunale în comuna Calafindești, județul»”, cod CPV 45233140-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 9.034.165,91 fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SA a depus cererea de intervenție nr. 385/02.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 8421/03.03.2020, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data formulării contestației, care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație” și având în vedere faptul că la data de 25.02.2020, autoritatea contractantă a publicat în SEAP sub identificatorul „[SCN1048503/00099] CONTESTATIE_2.pdf” contestația formulată de SC SA, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc.civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză asocierea SC SA – SC SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea SC SA privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC SA, astfel cum a fost calificată.

Prin contestația formulată, SC SA contestă comunicarea raportului procedurii nr. 3565/ 19.02.2020, precizând că, în urma evaluării financiare a ofertei sale, conform Deciziei CNSC nr. din 11.12.2019, autoritatea contractantă i-a declarat

oferta inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) și alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției inadmisibilității contestației, invocată de intervenientul SC SA în concluziile scrise nr. 424/09.03.2020 înregistrate la CNSC sub nr. 9339/09.03.2020.

Pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, **aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze, înainte de toate, excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.**

Din redactarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (modificată prin OUG nr. 23/2020), rezultă că pentru a putea proceda la soluționarea contestației, Consiliul trebuie să constate depunerea cauțiunii, constituită în termenul legal.

Acest termen în care trebuie **constituită** cauțiunea a fost impus conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (modificată prin OUG nr. 23/2020) și este de **3 zile lucrătoare** de la **data sesizării Consiliului**.

Față de cele de mai sus, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate, deoarece dacă nu sunt îndeplinite condițiile legale de constituire a cauțiunii astfel încât contestația să fie luată în considerare, Consiliul va respinge contestația fără să cerceteze motivele acesteia.

Prin urmare constituirea cauțiunii în termenul de 3 zile lucrătoare este o condiție obligatorie pentru soluționarea contestației cu care a fost investit Consiliul; dovada constituirii acesteia la dispoziția Consiliului, în quantumul și termenul prevăzut de lege se depune în original la CNSC, aceasta fiind o condiție de admisibilitate.

Acest aspect rezultă și din motivele introducerii termenului limită de constituire a cauțiunii, de 3 zile lucrătoare, consemnate în Nota de fundamentare a aferentă emiterii OUG nr. 23/2020, respectiv „*Raportat la practica CNSC care permite constituirea ulterioară a cauțiunii se impune stabilirea unui termen limită calculat de la data depunerii contestației. Se precizează că lipsa constituirii cauțiunii determină sancțiunea inadmisibilității acesteia. La termenul acordat de către CNSC operatorilor pentru constituirea cauțiunii se adăugă și parcursul poștal al adresei de corespondențe, **motiv pentru care se impune stabilirea expresă a unui termen pentru a da eficiență principiului celerității**”.*

Obligativitatea constituirii cauțiunii în termenul de 3 zile lucrătoare de la sesizarea Consiliului reprezintă o condiție de fond pentru însăși soluționarea contestației în condițiile respectării principiului celerității prevăzut la art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar nu de procedură, de natură a obstrucționa accesul la justiție.

În cazul în care Consiliul investit cu o contestație constată neîndeplinirea constituirii cauțiunii în termenul imperativ prevăzut la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 modificată și completată prin OUG nr. 23/2020, va respinge contestația ca inadmisibilă.

Constatând că SC SA nu a atașat contestației dovada constituirii cauțiunii, în exercitarea rolului său activ, Consiliul a solicitat acestuia, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 7466/310-C1/26.02.2020, să transmită recipisa de consemnare a cauțiunii în original constituită conform prevederilor art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 modificată și completată prin OUG nr. 23/2020, în cuantumul prevăzut de lege, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 cpc 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.

Prin adresa nr. 1478/03.02.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 8470/03.03.2020, contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206138855/1, tranzacția nr. 948530471/1711896513, din data de 02.03.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala, în valoare de 35.000,00 lei, constituită de operatorul SC SRL, pentru dosarul CNSC nr. 310/2020.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. IV pct. 23 din OUG nr. 23/2020 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice, prin care se modifică art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

- principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*” potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii.

- principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul ordonanței nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația constituirii cauțiunii.

- art. 61¹ Legea nr. 101/2016: „*Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează:*

- (...)

-b) 2% din valoarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul raportului procedurii, 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”.

Din interpretarea textelor legale anterior enumerate rezultă că, pentru a formula o contestație în sensul legii, operatorul economic trebuie să respecte 2 condiții cumulative:

1. persoana vătămată care formulează contestația să constituie o cauțiune în cuantumul prevăzut la art. 61¹ alin. (1);
2. constituirea acestei cauțiuni să se facă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului; sancțiunea prevăzută de legiuitor pentru constituirea cauțiunii după expirarea acestui termen expres prevăzut de lege fiind respingerea contestației.

Având în vedere prevederile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia contestatorul trebuia să constituie cauțiunea în 3 (trei) zile lucrătoare de la sesizarea Consiliului cu prezenta contestație, și luând în considerare că SC SA a depus contestația care face obiectul prezentei în data de 24.02.2020, Consiliul reține că termenul maxim de constituire a cauțiunii se împlinea în data de 27.02.2020.

Ori, întrucât SC SA a constituit cauțiunea abia în data de 02.03.2020, respectiv la 5 zile după expirarea termenului limită de 3 zile de la depunerea contestației, rezultă fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare a ales să nu îndeplinească obligația legală de constituire a cauțiunii în termenul expres prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, obligație stabilită în sarcina sa, contestatorul neputând invoca în apărarea sa necunoașterea legii potrivit principiul de drept „nemo ignorare legem censetur”.

Mai mult, Consiliul reține că societatea contestatoare a ales prin manifestarea propriei voințe să nu respecte termenul legal de constituire a cauțiunii deși, în exercitarea rolului său activ, Consiliul i-a adus la cunoștință această obligație prin adresa nr. 7466/310-C1/26.02.2020, în interiorul termenului legal de 3 zile de constituire a cauțiunii (dovada primirii corespondenței se regăsește la pag. 54 din dosarul cauzei).

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, contestația a fost transmisă de către contestator, fără a constitui cauțiunea în termenul stipulat la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 modificată prin OUG nr. 23/2020. Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data depunerii contestației, Consiliul respinge ca inadmisibilă contestația depusă de Asocieria SA – SC SRL, prin Lider al Asocierii SC SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantăfără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității invocată de intervenientul SC SA și, pe cale de consecință, respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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