CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 fără număr de înregistrare și nedatată la emitentă, transmisă în original, prin poștă, la data de 19.06.2019 și înregistrată la Consiliu sub nr. 22996/20.06.2019, asocierea ... ., cu sediul în ..., având cod fiscal ..., reprezentată de dnul. ..., în calitate de Președinte și convențional, de SCA ... din municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a contestat anunțul de participare nr. 2019/S 110-267719 din 10.06.2019, publicat în JOUE ca urmare a inițierii procedurii de atribuire prin „licitaţie deschisă”, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de furnizare având ca obiect „Sistem VEGA”, cod CPV 31643000-5 (Rev.2), organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire și, în subsidiar, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere constând în suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea dosarului nr. 3896/93/2018 aflat pe rolul Tribunalului Ilfov, precum și la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de prezentul demers administrativ jurisdicțional.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia aduce la cunoștință faptul că într-o procedură anterioară, inițiată în anul 2013, asocierea sa a fost desemnată câștigătoare, încheindu-se contractul nr. 15 din 19.03.2014, însă la data de 26.10.2018 a formulat cerere de chemare în judecată împotriva autorității contractante ..., întrucât aceasta din urmă nu și-a îndeplinit unele obligații stipulate în contract. La data de 15.11.2018, cu 4 zile înainte de primul termen de judecată, autoritatea

contractantă a reziliat contractul, invocând „diverse pretexte privind așa-zisa neîndeplinire a unor obligații contractuale ce reveneau ...”.

Contestatoarea arată că dosarul nr. 3896/93/2018 este în curs de soluționare pe rolul Tribunalului Ilfov.

Contestatoarea învederează că autoritatea contractantă a inițiat o nouă procedură, prin publicarea anunțului de participare la data de 10.06.2019, având același obiect cu cel din procedura desfășurată în anul 2013, respectiv, cerințele caietului de sarcini fiind identice.

Astfel, asocierea „...” consideră că autoritatea contractantă a ales să inițieze o nouă procedură, în mod nelegal, încălcând principiul transparenței.

În ceea ce priveşte solicitarea principală de anulare a procedurii de atribuire, asocierea „...” a menționat că actul vătămător al autorităţii contractante constă în iniţierea procedurii de atribuire în anul 2019, prin publicarea anunţului de participare nr. 2019/S 110-267719, fără ca asocierea „...” și autoritatea contractantă să își fi „desocotit” drepturile și obligaţiile reciproce decurgând din procedura de atribuire din anul 2013, procedură cu privire la care este învestită instanța de judecată.

Contestatoarea consideră că vătămarea este evidentă, câtă vreme din analiza documentelor publice rezultă că procedura de atribuire din anul 2019 are acelaşi obiect ca cea din anul 2013, câştigată de asocierea „...”.

Deşi procedura din anul 2013 are ca obiect un sistem denumit sistem „Gamma Beam”, iar cea din anul 2019 are ca obiect un sistem „gamma cu energie variabilă denumit sistem Vega”, obiectul celor două proceduri este acelaşi, având în vedere că sistemul Vega se va instala în clădirea GBS, care iniţial era dedicată exclusiv instalării Sistemului Gamma.

Caietul de sarcini aferent procedurii din anul 2019, la pag. 1, prevede că sistemul VEGA va fi livrat pe amplasamentul ELI-NP, instalat, asamblat şi pus în funcţiune în clădirea Gama a ELI-NP, iar la pag. 23, se prevede că sistemul VEGA va fi instalat într-o clădire dedicată deja construită (clădirea Gama), într-un buncăr aflat în interiorul acesteia, în timp ce caietul de sarcini aferent procedurii din anul 2013 prevedea la pag. 3 faptul că pe site-ul autorității contractante, se va construi, până în anul 2015, o clădire specială: zona sistemului GBS, iar la pag. 11 se menţiona că livrarea componentelor se va face pe site-ul autorității contractante.

Autoarea contestației a învederat faptul că energia fasciculului de fotoni la care trebuie să ajungă Sistemul Vega este aceeaşi cu energia la care trebuie să ajungă Sistemul Gamma, respectiv 19,5 MeV. Astfel, caietul de sarcini aferent procedurii din anul 2019 prevede la pag. 1, că Sistemul Vega va fi livrat în trei stadii şi capabil să funcţioneze la o energie variabilă a fasciculului de fotoni de cel puţin 19,5 MeV la finalul celui de-al treilea stadiu, în timp ce caietul de sarcini aferent procedurii din anul 2013, prevedea la pag. 1, că GBS va fi livrat în patru stadii cu o energie maximă a fasciculului de fotoni de cel puţin 19,5 MeV la finalul celui de-al patrulea stadiu.

Asocierea „...” a observat că specificaţiile tehnice ale fasciculului de fotoni gamma produs de Sistemul Vega complet sunt identice cu cele ale fasciculului de fotoni gamma produs de Sistemul Gamma complet. Specificaţiile tehnice sunt aceleaşi în ambele caiete de sarcini, singura diferenţă fiind aceea că liniile de tabel apar în altă ordine.

În finalul contestației sale, asocierea „...” a subliniat faptul că autoritatea contractantă a ales să iniţieze o nouă procedură, în mod nelegal, eludând, în mod nepermis, principiul transparenței, reglementat în mod expres de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, alegând să publice anunțul cu referire la un așa numit sistem VEGA, deși din documentele publice rezultă că este vorba de acelaşi sistem Gamma, pe care asocierea „...” deja l-a pus la dispoziţia autorităţii contractante. De asemenea, contestatoarea a precizat că sunt încălcate principiile relevante din directivele europene şi din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

În dovedirea contestației sale, asocierea „...” a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 23275/1153 C5/21.06.2019, Consiliul, a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a mai solicitat contestatoarei să comunice dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestaţiei depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și dovada asocierii încheiată între ... și ...

Prin adresa nr. 5890/24.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 23445/24.06.2019, autoritatea contractantă ... a transmis punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de dosarul achiziției publice necesar soluționării acesteia.

Autoritatea contractantă invocă inadmisibilitatea contestației, întrucât în conținutul acesteia nu se face nicio referire la constituirea unei cauțiuni prevăzut de art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă și excepția tardivității contestației, raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, întrucât, raportat la data publicării în SEAP (08.06.2019) a anunțului de participare, termenul limită de formulare a contestației împotriva procedurii de atribuire organizată, calculat potrivit prevederilor art. 5 din aceeași lege, s-a împlinit la data de 18.06.2019.

Autoritatea contractantă a precizat că asocierea „...” nu a executat contractul asumat şi, sub diverse pretexte, a încălcat, în mod repetat, constant şi pe o perioadă de timp de peste doi ani, numeroase obligaţii

contractuale esenţiale cu privire la care a fost notificată şi pusă în întârziere în repetate rânduri, termenele de remediere expirând în urmă cu luni sau chiar ani.

În contextul refuzului evident de executare a contractului, autoritatea contractantă a învederat faptul că a decis rezoluţiunea unilaterală a Contractului de furnizare nr. 15/2014 cu 16.11.2018, dată la care a procedat la comunicarea Declarației unilaterale de rezoluţiune nr. 11444/15.11.2018, în conformitate cu dispoziţiile art. 1552 din Codul civil, coroborat cu prevederile art. 1326 din Codul civil.

Cu privire la măsura rezoluţiunii contractului de furnizare şi efectele sale, din modul de soluţionare a unei serii de litigii dintre părţi, circumscrise acestui subiect, autoritatea contractantă a menționat că rezultă în mod evident că instanţele de judecată au constatat aparenţa de legalitate a demersurilor sale, fiind reţinut în mod indubitabil că rezoluţiunea unilaterală şi-a produs efectele prin încetarea contractului, cu consecinţa necesităţii repunerii părţilor în situaţia anterioară, fiind aplicabile prevederile art. 1554 din Codul civil, conform căruia *„Contractul desfiinţat prin rezoluţiune se considera că nu a fost niciodată încheiat. Dacă prin lege nu se prevede altfel, fiecare parte este ţinută, în acest caz, să restituie celeilalte părţi prestaţiile primite*".

În continuarea susținerilor sale, autoritatea contractantă a exemplificat aparența de drept, în favoarea instituției sale, sens în care a anexat punctului de vedere, jurisprudența institutului.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că nu există temeiul juridic al demersului iniţiat de asocierea „...", respectiv existenţa unui contract între părţi, în condiţiile în care, la această dată, contractul este desfiinţat, iar măsura încetării lui prin rezoluţiune, legală şi temeinic justificată, a produs, în plus, deja efecte şi a fost considerată ca atare la nivelul instanţelor de judecată. În aceste condiţii în care contractul respectiv nu mai este la acest moment în vigoare, nu poate fi adusă în discuţia Consiliului o eventuală suprapunere de obiect între contractul invocat, care nu mai există şi viitorul contract pe care intenţionează să îl atribuie prin procedura contestată.

Faptul că societăţile contestatoare au formulat cerere de chemare în judecată împotriva măsurilor dispuse de „..." în legătură cu un contract de achiziţie publică atribuit anterior printr-o procedură distinctă, autoritatea contractantă consideră că, în mod cert, nu poate reprezenta temei legal pentru formularea unei contestaţii în condiţiile în care, Consiliul nu are competenţa să analizeze o situaţie juridică aferentă modului de derulare şi încetării unui contract anterior.

Autoritatea contractantă consideră că este nesusținută şi afirmaţia potrivit căreia cauza 3896/93/2018 ar rămâne parţial fără obiect, întrucât afirmaţia contestatoarei că numai prin anularea procedurii în cauză ei şi-ar putea satisface pretenţiile formulate în acest dosar este absurdă. Astfel, nu există niciun argument pentru ca aceasta să anticipeze soluţia pe care instanţa de judecată o va da în dosarul respectiv, instanţa urmând să judece pe baza cererilor şi probelor depuse la dosar, distinct de derularea procedurii de achiziţie publică ce

face obiectul prezentei speţe, care este un eveniment ulterior cererii de chemare în judecată.

Autoritatea contractantă a precizat că practica CNSC şi a instanţelor de judecată este unanimă în a reţine faptul că existenţa anterioară a unui contract cu autoritatea contractantă care şi-a încetat efectele nu impiedică iniţierea unei noi proceduri de atribuire. Față de acest aspect, autoritatea contractantă a invocat Decizia nr. 3579/15.11.2011 pronunţată de Curtea de Apel Craiova, precum și jurisprudența Consiliului.

În finalul punctul de vedere, autoritatea contractantă a subliniat faptul că a iniţiat procedura de atribuire cu respectarea întocmai a dispoziţiilor legale, procedură care are la bază necesităţile sale aferente desfăşurării în condiţii optime şi la timp a Proiectului ELI-NP.

La data de 24.06.2019, Consiliul a înregistrat sub nr. 23694, corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), reprezentând Recipisa de consemnare nr. 205533741/1 din 21.06.2019, în sumă de 220.000,00 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria și dovada asocierii „...”. Ulterior, contestatoarea a transmis, prin poștă, respectiva corespondență, înregistrată la Consiliu sub nr. 24009/26.06.2019.

Prin adresa neînregistrată și nedatată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 24302/27.06.2019, contestatoarea a transmis, inițial prin mijloace electronice (e-mail), iar ulterior, în original, prin poștă, concluzii scrise în raport cu punctul de vedere al autorității contractante.

Referitor la excepţia inadmisibilităţii invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, contestatoarea a învederat faptul că art. 61^1 din Legea nr. 101/2016, nu reglementează sancţiunea inadmisibilităţii contestaţiei, ci prevede că neplata cauţiunii determină respingerea contestaţiei.

În ceea ce priveşte solicitarea autorității contractante de respingere a contestaţiei pentru nedepunerea dovezii de plată a cauţiunii, contestatoarea a făcut trimitere la Hotărârea de plen a CNSC din data de 05.06.2018. În speţă, la data de 21.06.2019, prin adresa nr. 23275/1153/C5/21.06.2019, Consiliul i-a solicitat transmiterea dovezii privind depunerea cauţiunii în termen de 3 zile de la data primirii acesteia. Adresa a fost primită de asocierea „...” prin e-mail la data de 21.06.2019. Astfel, la data de 24.06.2019, a transmis prin mijloace electronice (e-mail) şi prin poştă către Consiliu, dovada constituirii cauţiunii în cuantumul prevăzut de lege.

Cu privire la excepţia tardivităţii contestaţiei, asocierea „...”, a precizat că, potrivit art. 146 din Legea nr. 98/2016, anunţurile de intenţie, anunţurile de participare şi anunţurile de atribuire se transmit spre publicare de către autoritatea contractantă prin mijloace electronice în condiţiile prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi şi se publică în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, regula fiind aceea că aceste anunţuri se publică iniţial în JOUE, iar abia ulterior publicării în JOUE, se publică la nivel naţional. Publicarea la nivel naţional înainte de

publicarea în JOUE fiind interzisă de art. 147 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Asocierea „...”, a observat că autoritatea contractantă afirmă că în speţă a fost aplicabilă excepţia de la regulă, fără a face nicio dovadă că Oficiul pentru Publicaţii al Uniunii Europene nu a notificat ... publicarea în JOUE în 48 de ore de la primirea anunţului trimis spre publicare.

Un alt aspect, se referă la faptul că, chiar şi în situaţia în care autoritatea contractantă ar dovedi situaţia de excepţie, membri asocierii au sedii în străinătate, aceştia luând la cunoştinţă de noua procedură prin publicarea anunţului de participare din JOUE și nu din SEAP.

Cu privire la elementele prin care autoritatea contractantă solicită să se constate legalitatea noii procedurii de atribuire, asocierea „...” a menționat faptul că fără ca CNSC să poată analiza dacă declaraţia de Rezoluţiune este nulă sau producătoare de efecte juridice depline, este în imposibilitate de a-și îndeplini toate obligaţiile stipulate în sarcina sa, nefiindu-i imputabilă, ci se datorează culpei autorității contractante, care nu și-a îndeplinit obligaţia de a pune la dispoziţie o infrastructură conformă cu caietul de sarcini şi propunerea tehnică. Astfel, asocierea „...” a identificat, prin intermediul testelor tehnice efectuate, 2 tipuri de probleme ale infrastructurii:

1. Infrastructura şi facilităţile nu respectă cerinţele din caietul de sarcini şi din propunerea tehnică privind podeaua în raportul de expertiză privind măsurătorile efectuate în perioada 19.09.2016 - 21.10.2016;

2. Infrastructura şi facilităţile nu respectă reglementările legale privind siguranţa şi securitatea în muncă, în special în subsol şi pe acoperiş.

Contestatoarea a precizat faptul că autoritatea contractantă i-a pus la dispoziție o clădire neconformă. În ciuda neîndeplinirii obligaţiei esenţiale a autorității contractante de a pune la dispoziţie Infrastructura conformă, asocierea „...” a dat dovadă de bună-credinţă şi a propus numeroase soluţii de deblocare a proiectului ELI-NP. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a refuzat, în mod constat, orice propunere din partea asocierii „...”, iar organizarea unei noi proceduri de licitaţie dovedeşte reaua-credinţă în exercitarea drepturilor recunoscute de lege și nu în ultimul rând încălcarea principiilor care trebuie să stea la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, astfel cum acestea sunt reglementate de art. 2 din Legea nr. 98/2016. Acţiunile autorităţii contractante, care, pe de o parte, au determinat imposibilitatea „...” de a-şi îndeplini în totalitate obligaţiile contractuale şi organizarea unei proceduri, dovedesc, în mod clar, încălcarea de către aceasta a obligaţiilor contractuale şi legale, reaua sa credinţă şi lipsa de voinţă în îndeplinirea proiectului.

De asemenea, contestatoarea a precizat că prin demersurile iniţiate de autoritatea contractantă, aceasta nu doreşte decât să evite răspunderea pentru propria culpă şi mari deficienţe și încălcări ale principiilor care trebuie respectate în derularea unui proiect finanţat din fonduri europene.

Asocierea „...” a observat că, deşi autoritatea contractantă enumeră litigiile dintre părţi, omite să facă referire la dosarul cel mai important, care este izvorul tuturor dosarelor de mai sus, respectiv dosarul nr. 3896/93/2018, aflat în prezent pe rolul Tribunalului Ilfov. Dosarul are ca obiect acţiunea introdusă de membrii asocierii „...”, împotriva autorității contractante și are ca prim capăt de cerere anularea Declaraţiei de Rezoluţiune. Aşadar, respectiva declaraţie pe care se bazează autoritatea contractantă pentru a justifica iniţierea unei noi proceduri de achiziţie publică, este nulă şi este contestată în instanţă de asocierea „...”. Aparenţa de drept fiind în favoarea ..., nu în favoarea autorității contractante.

De asemenea, autoarea contestației a mai precizat faptul că, contrar celor afirmate de autoritatea contractante, art. 12 din Legea nr. 101/2016 nu exclude din competenţa CNSC să analizeze o situaţie juridică aferentă modului de derulare şi încetării unui contract anterior.

Cu privire la Decizia nr. 3579/15.11.2011 a Curţii de Apel Craiova invocată de autoritatea contractantă, asocierea „...” a subliniat faptul că în respectiva speţă, rezilierea contractului nu a fost contestată în instanţă de persoana vătămată, aşadar ipoteza este diferită.

Prin adresa nr. 6144/01.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 24662/01.07.2019, autoritatea contractantă a transmis „concluzii scrise”, prin care a reiterat aceleași aspecte învederate în cuprinsul punctului de vedere nr. 5890/ 24.06.2016.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitaţie deschisă”, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de furnizare având ca obiect „Sistem VEGA”, cod CPV 31643000-5 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. .../08.06.2019, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 18.07.2019, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată de 49.000.000 euro, fără TVA.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de contestatoarea asocierea „...” a fost respinsă, ca nefondată, de către Consiliu, prin Încheierea nr. 966/C5/1153 din 28.06.2019

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205533741/1 din 21.06.2019 emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria, în valoare de 220.000 RON.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data*

rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus"], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare *[„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare"].*

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția invocată de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației pentru neconstituirea cauțiunii „în prealabil", respectiv la data înaintării contestației.

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

În acest sens, cu respectarea hotărârii de plen a CNSC din 05.06.2018, publicată și pe site-ul instituției, prin adresa nr. 23275/1153 C5/21.06.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei, transmiterea, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, în termen de 3 zile de la data primirii solicitării, a recipisei de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, precizând faptul că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

La data de 24.06.2019, prin corespondența fără număr din 24.06.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 23694/25.06.2019, contestatoarea a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205533741/1 din 21.06.2019, în sumă de 220.000 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria.

În aceste condiții, cauțiunea a fost constituită de contestatoare prealabil soluționării contestației, motiv pentru care excepția inadmisibilității, invocată de autoritatea contractantă, va fi respinsă de Consiliu.

Trecând la soluționarea excepţiei tardivităţii depunerii contestației, de către asocierea ..., invocată de autoritatea contractantă, Consiliul o va respinge ca nefondată, deoarece actul atacat îl constituie Anunţul de participare nr. 2019/S 110-267719 publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii

Europene la data de 10.06.2019, contestaţia fiind depusă, atât la Consiliu, cât şi la autoritatea contractantă la data de 19.06.2019, cu respectarea termenului legal de 10 zile, stabilit la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, pentru depunerea unei contestaţii, atunci când valoarea estimată a procedurii este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Așadar, termenul procedural de contestare a anunțului de participare a început să curgă de la data de 11.06.2019 și era de 10 zile, raportat la modalitatea de calcul al termenului, reglementat de textul art. 5 din lege.

Susținerea autorității contractante că raportarea, în ceea ce privește calculul tardivității, se face la data de 08.06.2019 (data publicării anunțului de participare în SEAP) nu este întemeiată din următoarele considerente:

Conform prevederilor art. 142, art. 146, art. 147 și art. 148 din Legea nr. 98/2016:

„Art. 142. - Autoritatea contractantă are obligaţia de a asigura transparenţa procedurii de atribuire a contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru prin publicarea, în conformitate cu dispoziţiile prezentei legi, a anunţurilor de intenţie, anunţurilor de participare şi a anunţurilor de atribuire.

Art. 146. - Anunţurile prevăzute la art. 142, inclusiv anunţurile corespunzătoare tip erată, se transmit spre publicare de către autoritatea contractantă prin mijloace electronice în condiţiile prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi şi se publică în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene cu respectarea formatelor-standard stabilite de Comisia Europeană în temeiul dispoziţiilor art. 51 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 26 februarie 2014.

Art. 147. - (1) Anunţurile prevăzute la art. 142 nu pot fi publicate la nivel naţional înainte de data publicării acestora în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

(2) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1), publicarea la nivel naţional a anunţurilor prevăzute la art. 142 este permisă atunci când autoritatea contractantă nu a fost notificată de către Oficiul pentru Publicaţii al Uniunii Europene cu privire la publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor transmise spre publicare în termen de 48 de ore de la confirmarea primirii de către Oficiul pentru Publicaţii al Uniunii Europene a anunţului transmis spre publicare.

Art. 148. - Anunţurile prevăzute la art. 142 publicate la nivel naţional nu trebuie să conţină alte informaţii faţă de cele existente în anunţurile corespunzătoare publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene şi trebuie să menţioneze data transmiterii către Oficiul pentru Publicaţii al Uniunii Europene."

Din cele de mai sus reiese că anunțul de participare se publică mai întâi în JOUE și apoi în SEAP pentru a permite persoanelor juridice străine să beneficieze de un timp suficient pentru elaborarea ofertelor, excepția de la această regulă nefiind de natură să reducă termenul de

contestare avut la dispoziție de către persoanele juridice străine, care i-au la cunoștință, de inițierea unei proceduri, din JOUE.

În speță, asocierea contestatoare a luat la cunoştinţă de actuala procedură de atribuire prin publicarea anunţului de participare din JOUE, nu din SEAP. Membrii ..., entităţi de naţionalitate străină, iau la cunoştinţă de anunţuri de participare din JOUE. Tocmai pentru prezervarea dreptului persoanei vătămate de a contesta actul vătămător, regula este că anunţul de participare se publică iniţial în JOUE, nu în platformele electronice naţionale de publicitate.

Afirmaţia autorităţii contractante potrivit căreia contestatorii fac referire în contestaţie la anunţul de participare şi la caietul de sarcini publicate în SEAP este irelevantă, întrucât este evident că ulterior luării la cunoştinţă de noua procedură de atribuire din JOUE, contestatorii au verificat şi SEAP-ul.

De asemenea, este irelevantă afirmaţia autorităţii contractante potrivit căreia contestatorii nu acţionează pentru prima dată pentru piaţa din România, în contextul în care contestatorii sunt de naţionalitate străină şi regula este că publicarea se face iniţial în JOUE, nu în SEAP.

Excepția tardivității fiind respinsă, Consiliul trece la soluționarea pe fond a contestației.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează anunțul de participare, respectiv inițierea prezentei proceduri de atribuire de către autoritatea contractantă. Consiliul urmează a proceda la soluționarea contestației analizând modul în care autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire și a elaborat anunțul de participare aferent, sub aspectele criticate în contestație, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice şi a argumentelor transmise de către părți.

În motivarea contestaţiei, societăţile petente susţin, în esenţă, că prin iniţierea procedurii de atribuire contestată, ... ar prejudicia drepturile contestatorilor rezultate din încheierea unui contract de achiziţie publică anterior care avea ca obiect furnizarea unui sistem de fascicul Gamma, GBS, similar celui denumit VEGA, contract a cărui încetare este contestată în Dosarul nr. 3896/93/2018 al Tribunalului Ilfov.

Referitor la solicitarea principală de anulare a procedurii, Consiliul o va respinge din următoarele considerente:

În ceea ce priveşte criticile formulate de contestatoare, Consiliul constată că acestea sunt îndreptate împotriva anunțului de participare publicat în JOUE sub nr. 2019/S 110-267719 și în SEAP sub nr. CN1011910/08.06.2019, motivând că procedura iniţiată în 2019 are acelaşi obiect cu procedura desfășurată în 2013, de atribuire a unui contract de furnizare a unui Sistem Fascicul Gama de mare intensitate (ELI-NP), pentru care asocierea contestatoare are deja încheiat cu autoritatea contractantă contractul de furnizare nr. 15/19.03.2014, reziliat unilateral de autoritatea contractantă la data de 15.11.2018.

Prin contractul reziliat asocierea ... s-a obligat să furnizeze ... Sistemul Fascicul Gamma ("GBS"), componentele şi produsele auxiliare

având anumiţi parametri tehnici conveniţi în contract şi să presteze servicii precum transport, instalare, asamblare, testare, punere în funcţiune a GBS în patru stadii.

În vederea continuării implementării proiectului ELI-NP, ... a organizat în temeiul Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile publice procedura de tip „licitaţie deschisa" pentru atribuirea Contractului de achiziţie publică având ca obiect furnizare „SISTEM VEGA".

În acest sens, Consiliul ia act de faptul că obiectul contractului amintit este „sistem fascicul Gama de mare intensitate în cadrul infrastructurii de cercetare ELI-NP”, în timp ce obiectul procedurii contestate este „sistem VEGA”.

Potrivit prevederilor art. 4 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 101/2016, poate fi atacat cu contestaţie orice act al autorităţii contractante emis cu încălcarea legislaţiei specifice achiziţiilor, cu prilejul desfăşurării unei proceduri de achiziţie, între momentul iniţierii acesteia, prin anunţ/invitaţie de participare şi momentul semnării contractului.

În acelaşi sens, art. 1 din Legea nr. 98/2016 reglementează procedurile de atribuire a contractului de achiziţie publică, precum şi modalităţile de soluţionare a contestaţiilor formulate împotriva actelor emise în legătură cu aceste proceduri.

Față de prevederile evocate, constatând că nu are competenţa de a verifica modul de îndeplinire al contractului nr. 15/19.03.2014, stadiul furnizării produsului, eventuale decontări, suprapunerea acestora pe obiectul procedurii de faţă, respectarea sau nerespectarea contractului de către părţi şi alte asemenea, astfel de cereri putând fi soluţionate numai pe baza unei acţiuni comerciale, în faţa instanţei competente.

Conform art. 2 din HG nr. 395/2016:

(4) Celelalte compartimente ale autorităţii contractante au obligaţia de a sprijini activitatea compartimentului intern specializat în domeniul achiziţiilor, în funcţie de specificul şi complexitatea obiectului achiziţiei.

(5) În sensul alin. (4), sprijinirea activităţii compartimentului intern specializat în domeniul achiziţiilor publice se realizează, fără a se limita la acestea, după cum urmează:

a) transmiterea referatelor de necesitate care cuprind necesităţile de produse, servicii şi lucrări, valoarea estimată a acestora, precum şi informaţiile de care dispun, potrivit competenţelor, necesare pentru elaborarea strategiei de contractare a respectivelor contracte/acorduri-cadru;

Conform art. 9 din HG nr. 395/2016:

(1) Etapa de planificare/pregătire a unui proces de achiziţie publică se iniţiază prin identificarea necesităţilor şi elaborarea referatelor de necesitate şi se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorităţii contractante/unităţii de achiziţii centralizate a documentaţiei de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum şi a strategiei de contractare pentru procedura respectivă.

Consiliul consideră că nu poate fi învestit cu analiza oportunităţii investiţiei, aceasta fiind o decizie exclusiv a autorităţii contractante anterioară iniţierii procedurii de atribuire.

Referitor la criticile aduse actualei proceduri inițiată de autoritatea contractantă, Consiliul consideră că decizia autorității contractante de a achiziționa un produs, reflectă nevoia sa efectivă, și nu o vătămare a contestatoarei.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum şi caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective şi prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante [art. 2 şi art. 3 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016].

La această dată, contractul a încetat, iar măsura încetării lui şi-a produs deja efecte.

În aceste condiţii în care contractul respectiv nu mai este la acest moment în vigoare, nu poate fi adusă în discuţia Consiliului o eventuală suprapunere de obiect între contractul invocat, care nu mai există şi viitorul contract pe care intenţionează să îl atribuie prin procedura contestată. Raportat la dispoziţiile art. 12 din Legea nr. 101/2016, Consiliul nu are competenţa să analizeze o situaţie juridică aferentă modului de derulare şi încetării unui contract anterior.

Consiliul reține în soluționarea contestației și argumentele autorității contractante prezentate în punctul său de vedere, respectiv:
„Sistemul Fascicul Gamma (GBS), ce a făcut obiectul Contractului nr. 15/2014, desfiinţat, ca şi Sistemul Gamma de Energie Variabilă (VEGA) constituie două echipamente, între care singura legătură este că trebuie să furnizeze radiaţii gamma pentru realizarea experimentelor la infrastructura ELI-NP, soluţia tehnologică de construcţie fiind la latitudinea Furnizorilor, acestea fiind, în fapt, echipamente ***similare*** *şi nu* ***identice****. (...) Chiar în ipoteza unei decizii a instanţei de judecată, peste câţiva ani, de anulare a rezoluţiunii Contractului nr. 15/2014, responsabilitatea identificării locaţiei de instalare şi a utilităţii GBS va fi exclusiv în sarcina Autorităţii contractante, iar aceasta nu va fi imposibilă ţinând cont de nevoile complexe ale Centrului de cercetare ELI-NP care va achiziţiona şi va dezvolta şi pe viitor o serie de echipamente."*

Practica CNSC şi a instanţelor de judecată este unanimă în a reţine faptul că existenţa anterioară a unui contract cu autoritatea contractantă care şi-a încetat efectele nu impiedică iniţierea unei noi proceduri de atribuire.

Astfel prin Decizia nr. 3579/15.11.2011 pronunţată de Curtea de Apel Craiova, instanţa de judecată a reţinut următoarele:
«Petenta a susținut în contestația adresată Consiliului existența unui contract din 17 august 2009 având același obiect cu cel al procedurii contestate, motiv pentru care a considerat că autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 209 alin. 1 lit. d) din ordonanță. Singurul temei în baza căruia s-a solicitat anularea procedurii de atribuire este existența acestui contract încheiat cu autoritatea contractantă în anul 2009, însă acest aspect nu este de natură să afecteze legalitatea procedurii de atribuire.

Curtea a reținut că, în art. 209 alin. 1 din ordonanță, sunt prevăzute cazurile în care autoritatea are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziţie publică, dacă ia această decizie, de regulă, înainte de data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii de atribuire și, oricum, înainte de data încheierii contractului.
Din înscrisurile existente la dosar, rezultă că autoritatea contractantă a avut până la data de 5 august 2011, data la care contractul a fost reziliat, un raport juridic obligațional cu petenta, întemeiat pe un contract cu executare succesivă, contractul de achiziție publică din 7 august 2011 (...) iar petenta a fost notificată cu privire la rezilierea contractului. (...)
Consiliul a apreciat corect că nu poate fi învestit cu analiza oportunității investiției, aceasta fiind o decizie exclusiv a autorității contractante, anterioară iniţierii procedurii de atribuire.
Curtea a constatat că, în procedura de achiziţie publică, autoritatea contractantă este aceea care evaluează necesitățile, stabilește obiectul contractului ce urmează a fi atribuit și fixează cerinţele minime de atribuire. Consiliul a reținut corect faptul că exced competenței sale materiale aprecierile formulate de petenta privitoare la rezilierea contractului din 17 august 2009, iar Curtea a constatat că acestea nu au relevanță în acest cadru procesual, în care s-a contestat procedura de atribuire".
De asemenea, Consiliul a reţinut faptul că „Asupra aspectelor legate de natura lucrărilor suplimentare ce fac obiectul procedurii, raportat la obiectul contractului nr. 140/355/26.08.2004, Consiliul nu se poate pronunţa, neavând competența materială în acest sens, respectiv de a verifica „Obiectul" contractului nr. 140/355/26.08.2004 (atribuit în urma unei proceduri de atribuire) și modul de executare a obligaţiilor contractuale de către părți, aceleași considerații fiind avute în vedere de către Consiliu și în ceea ce privește recepționarea sau nu a lucrărilor ce au făcut obiectul Actului adiţional nr. 8A. a./07.12.2011. În consecință, luând în considerare dispoziţiile art. 5 din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare; conform cărora „(1) În conformitate cu principiul asumării răspunderii, stabilirea circumstanțelor de încadrare prevăzute de ordonanța de urgență pentru aplicarea fiecărei proceduri (...) intră în responsabilitatea exclusiva a autorității contractante" și constatând că, în virtutea principiului asumării răspunderii consacrat de art. 2 alin. (2) lit. g din ordonanţa de urgență aplicabilă, autoritatea contractantă și-a justificat demersul de a demara prezenta procedură de atribuire; estimându-și, totodată, valoarea lucrărilor ce vor constitui obiect al contractului (...)".»

Prin urmare, Consiliul constată că, în conformitate cu dispoziţiile art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a iniţiat procedura de atribuire cu respectarea întocmai a dispoziţiilor legale, procedură care are la bază necesităţile ... aferente desfăşurării în condiţii optime şi la timp a Proiectului ELI- NP (Proiectul Luminii Extreme), proiect de o importanţă majoră în domeniul cercetării la nivel internaţional.

Așa cum am arătat mai sus, excede competenţei CNSC analiza modalităţii de derulare şi de încetare a unui contract de achiziţie publică încheiat anterior, un astfel de atribut revenind în mod exclusiv instanţei de judecată conform art. 53 şi următoarele din Legea nr. 101/2016. De altfel, acest demers de verificare a legalităţii încetării contractului de

furnizare nr. 15/2014 face deja obiectul unui litigiu aflat pe rolul instanţei de judecată.

În speţă, conform competenţelor expres definite de Legea nr. 101/2016, CNSC are posibilitatea să verifice exclusiv o eventuală încălcare de către ... a dispoziţiilor legale aplicabile în materie de achiziţii publice. Or, astfel cum reiese atât din contestaţia iniţială cât şi din concluziile scrise formulate, toată argumentarea utilizată de societăţile contestatoare vizează presupusa nulitate a declaraţiei de rezoluţiune şi încercarea de demonstrare a lipsei de culpă a furnizorului în cadrul respectivului contract, nefiind invocată nicio dispoziţie a Legii nr. 98/2016 sau a normelor sale de aplicare care ar fi fost nesocotită de autoritatea contractantă la iniţierea procedurii contestate.

De asemenea, Consiliul consideră că nu pot fi analizate în cadrul soluţionării contestaţiei nici eventualele efecte pe care organizarea procedurii de atribuire în discuţie le-ar avea asupra litigiului care vizează încetarea contractului de furnizare nr. 15/2014 (cum ar fi modalitatea de administrare a probatoriului) sau asupra drepturilor pe care le-ar fi dobândit contestatorii în legătură cu respectivul contract.

Consiliul constată că prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 determină interesul formulării unei contestaţii prin raportare la o procedură de atribuire şi nu raportat la eventualele vătămări aferente derulării/încetării unui contract de achiziţie publică atribuit printr-o altă procedură de atribuire.

Mai mult, directivele europene privind remediile şi căile de atac în domeniul achiziţiillor publice fac referire expresă la interesul în obţinerea unui anumit contract de achiziţie publică [Art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665/CEE privind coordonarea actelor cu putere de lege şi a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac faţă de atribuirea contractelor de achiziţii publice de produse şi a contractelor publice de lucrări], fapt care implică analiza unei eventuale vătămări constând în restricţionarea dreptului unui operator economic care tinde să devină contractant în contractul ce urmează a se atribui. În cauză, contestatorii nu invocă nicio încălcare a principiilor transparenţei şi tratamentului egal care să îi împiedice să participe la noua procedură de atribuire, ci exclusiv aspecte legate de un contract anterior şi care fac obiectul unui litigiu aflat în soluţionare la instanţa competentă.

Nu se justifică nici solicitarea de obligare a autorităţii contractante la suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea definitivă a Dosarului nr. 3896/93/2018, inclusiv prin raportare la faptul că o astfel de măsură ar prejudicia în mod iremediabil implementarea proiectului ELI-NP şi, implicit, ar afecta grav interesul public.

Prin urmare, în raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea... în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluţionarea contestaţiei, formulată de asocierea ..., va fi respinsă, în temeiul dispozițiilor art. 453 alin. (1) Cod. Proc,.civ. deoarece nu autoritatea contractantă este cea care a căzut în pretenţii, contestaţia fiind respinsă.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, excepțiile invocate de autoritatea contractantă privind neconstituirea cauțiunii de către asocierea ... și a tardivității contestației.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea ... , în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Respinge cererea formulată de asocierea ..., privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.