

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ., formulată de SRL, cu sediul localitatea, comuna .., județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având cod de identificare fiscal, reprezentant legal prin administrator ., cu sediul procesual ales la, cu sediul în, str., privind procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Construire locuințe pentru specialiști din sănătate în, județul, cod CPV 45215214-0 Lucrări de construcții de case rezidențiale (Rev.2), de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- anularea adresei nr. 7075/27.12.2023, prin care oferta sa a fost respinsă, precum și reluarea procedurii, cu reanalizarea fișei F4, aflată la pag. 70 din Anexa la oferta financiară;

- în temeiul dispozițiilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu dispozițiile art. 14 alin. (1) raportate la dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. t), ș), teza I din Legea nr. 554/2004, suspendarea provizorie a executării dispoziției Primarului UAT a comunei Rafaila, comunicată prin adresa nr. 7075/27.12.2023, prin care oferta sa a fost respinsă, dispunându-se, pe cale de consecință, declararea ca adjudecatară și câștigătoare a . SRL.

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 SRL critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Prin adresa nr. 69/08.01.2024 înregistrată la Consiliu cu nr. .4, autoritatea contractantă formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând:

- respingerea contestației pentru neconstituirea cauțiunii prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare;
- pe fond, respingerea contestației, ca nefondată;
- obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului având ca obiect Construire locuințe pentru specialiști din sănătate în, județul, cod CPV 45215214-0 Lucrări de construcții de case rezidențiale (Rev.2),, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...

Din informațiile anunțului de participare simplificat amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări este de 1.727.759,19 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 07.12.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 7075/27.12.2023, prin care oferta sa a fost respinsă, SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

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 se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Consiliul analizează în continuare excepția invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, referitoare la nedepunerea cauțiunii de către contestatoare.

În soluționare, Consiliul reține incidența dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stabilește că:

(1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează: (...).

Procedând la verificarea îndeplinirii de către SRL a obligației constituirii cauțiunii în cuantumul și termenul legal, Consiliul a observat că respectiva contestație nu este însoțită de dovada constituirii cauțiunii, iar, prin adresa nr. .., a solicitat contestatoarei următoarele:

“(...) în temeiul prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră, sub sancțiunea respingerii contestației, vă revine obligația de a constitui cauciunea stabilită de respectivele prevederi, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului (03.01.2024), vă solicităm să ne comunicați, în termen de 1 zi lucrătoare de la primirea prezentei, dovada constituirii cauciunii, în cuantumul și termenul stabilit de legiuitor”.

La această solicitare, contestațoarea a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .., anexând dovada constituirii cauciunii, respectiv recipisa de consemnare nr. .., emisă de CEC Bank – Sucursala, la data de 10.01.2024.

Din documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că SRL a transmis contestația, prin e-mail, la data de 03.01.2024, aceasta fiind înregistrată la Consiliu la data de 03.01.2024, însă a constituit cauciunea aferentă contestației în cauză la data de 10.01.2024, cu depășirea termenului de 5 zile, prevăzut, în mod clar, la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ultima zi fiind 08.01.2024.

Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de constituire a cauciunii care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ în domeniu, în vigoare, nicio excepție de la modalitatea de calcul al termenului prevăzut, iar unde legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă potrivit principiului de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Potrivit prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, legiuitorul sancționează tocmai lipsa de diligență și prudență ale contestațoarei, care ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Astfel, se constată că autoarea contestației nu a îndeplinit condiția de admisibilitate a cererii sale către Consiliu, în acest sens reținându-se culpa contestațoarei constând în formularea contestației sale fără a constitui cauciunea în termenul legal de maxim 5 zile de la sesizarea Consiliului.

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

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

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

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

Petenta susține nelegalitatea acestei decizii prin faptul că a achitat cauțiunea în termenul de 3 zile acordat de Consiliu [...], înainte de soluționarea contestației, iar, pe de altă parte, consideră că plata cauțiunii nu constituie o condiție de admisibilitate a contestației.

Se observă că, relativ la situația de fapt, contrar susținerilor petentei, prin adresa nr. [...] / 16.09.2020, Consiliul nu i-a solicitat să constituie cauțiunea în termen de 3 zile de la primirea adresei, ci să facă dovada constituirii cauțiunii în cuantumul și termenele prevăzute de lege, informând-o, totodată, despre sancțiunea aplicabilă.

Curtea reține că, potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, forma în vigoare la data sesizării Consiliului: «Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune [...]».

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

De altfel, Curtea Constituțională, sesizată cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor, printre altele, art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, a apreciat că sunt constituționale, reținând în considerentele Deciziei nr. 501 din 17 septembrie 2019: «34. Or, dinamica raporturilor juridice existente în domeniul achizițiilor publice demonstrează că intervenția legiuitorului era necesară, în condițiile în care drepturile procesuale au fost exercitate frecvent cu rea-credință de către operatori economici care nu aveau capacitatea efectivă de a-și executa obligațiile ce rezultau din încheierea contractelor de achiziții publice. Interesul național impune ca statul să poată realiza cu celeritate obiectivele propuse în vederea îmbunătățirii vieții cetățenilor săi, cu respectarea, bineînțeles, a drepturilor și a intereselor legitime ale eventualilor participanți la procedurile de achiziție publică. 35. Așadar, Curtea constată că prin instituirea cauțiunii legiuitorul a urmărit, pe de o parte, descurajarea cererilor nefundamentate sau exercitarea cu rea-credință a drepturilor procesuale, iar, pe de altă parte, să constituie o garanție destinată acoperirii eventualelor pagube ce ar putea fi produse părții împotriva căreia se cere luarea unor măsuri, în condițiile în care cererea celui ce plătește cauțiunea se respinge. Astfel, aceste obiective urmărite prin adoptarea de către legiuitor a măsurii criticate se circumscriu unui scop legitim».

[...]

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

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

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

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

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța reține următoarele:

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

Raportat la practica anterioară a Consiliului, care permite constituirea ulterioară a cauțiunii, O.U.G. nr. 23/2020 a prevăzut că aceasta poate fi constituită în maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului.

În speță, petenta nu contestă depășirea termenului de 3 zile de mai sus, ci susține că nu se poate ignora depunerea acesteia, respectiv depunerea pe parcursul soluționării contestației, astfel încât această situație nu poate atrage respingerea contestației, scopul legii fiind atins, Consiliul neputând ignora depunerea cauțiunii, câtă vreme acest demers al petentei s-a realizat anterior soluționării contestației.

Ulterior modificării intervenite prin O.U.G. nr. 23/2020, art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevedea că, pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, o cauțiune. **Este evidentă intenția legiuitorului de a stabili termenul limită până la care poate fi depusă cauțiunea, astfel încât în mod corect a reținut Consiliul că art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 este un termen de decădere, a cărei respectare nu este lăsată la aprecierea contestatoarei. Într-o atare situație, față de nedepunerea de către petentă, în termenul de maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, a cauțiunii stabilită de acesta, în mod corect contestația petentei a fost respinsă prin decizia Consiliului nr. 1039 din 23 iunie 2020, petenta neputând invoca în sens contrar necunoașterea legii, respectiv rolul activ pe care trebuie să îl aibă Consiliul.**

Având în vedere argumentele menționate, instanța va respinge plângerea petentei

În același sens s-a pronunțat Consiliul și cu ocazia emiterii Deciziei nr. 2518/C9/2865 din 25.10.2023, care a fost menținută de Curtea de Apel Cluj - Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, prin Hotărârea nr. 1320/2023 din 23.11.2023.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) coroborat art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și va respinge contestația formulată de SRL, pentru neconstituirea cauțiunii în termenul legal.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului contestației.

Solicitarea autorității contractante privind plata cheltuielilor de judecată va fi respinsă, nefiind depuse dovezi în acest sens.

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

În baza art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 611 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, admite excepția invocată de autoritatea contractantă și respinge contestația formulată de SRL, pentru neconstituirea cauțiunii în termenul legal, în contradictoriu cu

Respinge solicitarea autorității contractante privind plata cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva deciziei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

▪

MEMBRU,

▪

MEMBRU,

▪

Redactată în 4 exemplare, conține 5 pagini.