C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 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. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de ....., formată din societatea ....., cu sediul în ....., ..., ... înmatriculată la Registrul Societăților sub nr. ....., în calitate de Lider și SC .....SRL, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..... CUI: ....., cu sediul în ....., str. Dimitrie Cantemir, nr. 2, et. 3, jud. ....., reprezentată convențional de Avocat ....., cu sediul ales în ..... , emis de către ...., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ....., ..., ..., în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „.....”, Cod CPV: ....., s-a solicitat, anularea comunicării/clarificării nr. ..... privind transmiterea contra garanției precum și nr. ..... privind declararea ca inacceptabilă a ofertei depuse.

Prin adresa nr. ..... înregistrată la CNSC sub nr. ....., SC ..... SRL, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr....., având CUI ....., cu sediul în ....., str. Delfinului nr. 22, Jud ....., formulează cerere de intervenție în interes propriu solicitând anularea solicitării de clarificări nr. ..... din 19.07....., anularea comunicării nr..... și obligarea entității contractante de a continua evaluarea incluzând oferta depusă de SC ..... SRL.

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

..... contestă comunicarea/clarificarea nr. ..... privind transmiterea contra garanției precum și nr. 31125/24.07..... privind declararea ca inacceptabilă a ofertei depuse, emise de către ....

În temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 31375/.....-...../31.07....., Consiliul solicită contestatorului ca în termen de 3 zile de la data comunicării adresei să transmită, în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. 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. ..... înregistrată la Consiliu sub nr. 31901/03.08....., entitatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație solicitând Consiliului respingerea ei ca nefondată și neîntemeiată.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la CNSC sub nr. 31963/06.08....., entitatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ....., contestatorul menționează expres că „în termenul acordat de 3 zile am fost în imposibilitate să achităm cauțiunea stabilită de art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016”.

Totodată prin aceeași adresă, contestatorul precizează expres că *„vom formula excepție de nelegalitate/neconstituționalitate împotriva art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016 având în vedere ca subscrisa nu a solicitat suspendarea licitației ci numai analizarea contestației. Considerăm ca prin impunerea unei cauțiuni fără ca Legea să stabilească și cazurile de reținere a acesteia reprezintă o împiedicare a liberului acces la justiție.*

Mai mult, Legea nr. 554/2004 prevede în art. 6 că «jurisdicțiile administrative speciale sunt facultative și gratuite»”.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliu sub nr. 31610/02.08....., SC ..... SRL, a formulat cerere de intervenție în interes propriu solicitând anularea solicitării de clarificări

nr. 30476 din 19.07....., anularea comunicării nr. .....24.07..... și obligarea entității contractante de a continua evaluarea incluzând oferta depusă de SC ..... SRL.

Prin adresa nr. 31711/.....-...../02.08....., Consiliul, calificând ca fiind o contestație cererea de intervenție, menționată anterior, solicită SC ..... SRL, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 31375/.....-...../31.07....., Consiliul solicită contestatorului ca în termen de 3 zile de la data comunicării adresei să transmită, în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. 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, precum și dovada primirii contestației de către entitatea contractantă.

Prin adresa nr. ....., SC ..... SRL, precizează expres că „nu intenționăm să facem o contestație separată, (...). Suntem de acord cu dumneavoastră că în redactarea textului pentru cererea noastră am introdus elemente dintr-o veritabilă contestație pe care vă rugăm să: a) le ignorați dacă considerați că nu vă sunt folositoare pentru cererea noastră, b) să le folosiți dacă considerați că sunt folositoare pentru cererea noastră".

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

...., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „.....", Cod CPV: ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare (sectoriale) nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este ..... lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut".

Având a se pronunța asupra admisibilității, în principiu, a **„cererii de intervenție în interes propriu"** formulată de SC ..... SRL, Consiliul se va raporta la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2017 coroborate cu art. 61 alin. (1) cpc care prevăd *„Oricine **are interes** poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare*", art. 62 alin. (1) cpc *„**Cererea de intervenție principală** va fi făcută **în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată***" și art. 63 alin. (1) cpc *„**Cererea de intervenție accesorie** va fi făcută în scris și **va cuprinde elementele***

prevăzute la art. 148 alin. (1), care se va aplica în mod corespunzător".

Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta astfel cum prevede art. 61 alin. (2) cpc.

Dincolo de definiția impusă de cod, Consiliul este dator să verifice condițiile de formă ale cererii de intervenție principală, care va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată conform prevederilor art. 62 alin. (1) cpc, acesta pentru că, sub aspectul naturii juridice, intervenția voluntară principală este o veritabilă chemare în judecată îndreptată împotriva ambelor părți inițiale, prin care se urmărește valorificarea unui drept subiectiv.

Întrucât prin intervenția principală, terțul poate invoca un drept propriu, fără a fi necesar să existe identitate între dreptul pretins de terț și dreptul ce formează obiectul cererii de chemare în judecată, se pune tocmai în evidență ipoteza că este vorba de o acțiune veritabilă, dar pentru faptul că trebuie îndeplinită și condiția interesului terțului, a fost calificată ca o acțiune civilă specială.

Totuși, între cele două cereri și anume cererea inițială și intervenția principală trebuie să existe o strânsă legătură de conexiune, impusă de altfel de cod și care în esență, să justifice rezolvarea împreună a acestora.

De aceea în contextul analizei admisibilității cererii de intervenție, Consiliul este dator să verifice dacă între cele două cereri există legătură plecând de la dreptul subiectiv pretins de părțile din proces și de intervenient deopotrivă.

Din interpretarea dispozitiilor legale, se deduce fără echivoc că, atunci când judecarea cererii principale ar fi întârziată de judecarea cererii de intervenție, instanța poate dispune disjungerea ei pentru a fi judecată separat, în afară de cazul în care intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, însuși dreptul dedus judecății.

Pe de altă parte este foarte important ca dreptul câștigat de către părțile litigante să aibă în acest sens repercusiune directă asupra dreptului pretins de către intervenienți.

În susținerea argumentelor legate de admisibilitatea sau nu a acestei cereri, Consiliul va avea în vedere însăși problema ipotetica a disjungerii, și conchide că, legiuitorul în mod evident a acordat o mare importanță intervenției, câtă vreme, a admis că măsura disjungerii celor

două cereri trebuie să fie luată de către Consiliu/instanța de judecată cu mare atenție, pentru a nu lipsi de conținut și de finalitate tocmai intervenția principală pe care legislația procesuală a consacrat-o ca o instituție în vederea rezolvării unor pretenții conexe, deci așa cum am arătat, în strânsă legătura cu cadrul procesual actual.

Per a contrario, se constată că în analiza situației este necesar a se porni de la temeiul legal ce guvernează dreptul pretins de intervenienți în cererea acestora și de la temeiul legal ce guvernează cererea principală.

Potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016 „*Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de (...)*”.

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../10.07....., formulată de ..... s-a solicitat anularea comunicării/clarificării nr. 30477/19.07..... privind transmiterea contra garanției precum și nr. 31125/24.07..... privind declararea ca inacceptabilă a ofertei depuse.

Prin cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL s-a solicitat anularea solicitării de clarificări nr. 30476 din 19.07....., anularea comunicării nr. .....24.07..... și obligarea entității contractante de a continua evaluarea incluzând oferta depusă de SC ..... SRL.

În esență actele entității contractante contestate toate sunt emise în cadrul aceleași proceduri de atribuire, însă cu toate acestea, Consiliul va reține că pentru a fi admisibilă, cererea de intervenție nu se poate subordona cerinței de conexitate și strânsa legătura cu cererea principală (cel puțin în ceea ce privește că au fost emise în cadrul aceleași proceduri de atribuire) prin simpla aparență, căci în ipoteza unei eventuale admiteri a contestației formulată de ..... nu va conduce în mod automat la anularea solicitării de clarificări nr. 30476 din 19.07....., anularea comunicării nr. .....24.07..... și obligarea entității contractante de a continua evaluarea incluzând oferta depusă de SC ..... SRL, astfel cum s-a solicitat de către intervenient.

După cum rezultă din petitul cererii de intervenție în interes propriu, Consiliul constată că, în fapt, intervenientul atacă doar solicitarea sa de clarificări și comunicarea rezultatului de respingere a ofertei sale.

Așadar, prin cererea de intervenție, intervenientul formulează numai critici cu privire la motivul de respingere a propriei sale oferte.

Despre acest ..... al procedurii, reține Consiliul, intervenientul SC ..... SRL a fost încunoștințat prin adresa

nr. .....24.07..... de comunicare a rezultatului procedurii.

Ulterior primirii acestui ....., SC ..... SRL a optat în sensul de a rămâne în pasivitate, ceea ce înseamnă că a acceptat rezultatul comunicat, pentru ca, în urma contestației, depusă de ....., intervenientul SC ..... SRL să depună cererea de intervenție în discuție, la data de 02.08.....

Dacă se considera vătămat de rezultatul procedurii (considera nelegală decizia de respingere a ofertei sale), intervenientul avea deschisă calea de atac a contestării, pe care trebuia să o exercite cu respectarea termenelor legale imperative prevăzute de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr.101/2016 și cu îndeplinirea condiției de admisibilitate de constituire a cațiunii conform prevederilor art. 61^1 din lege.

Astfel, primind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, intervenientul avea dreptul de a formula contestație.

Este adevărat că în conformitate cu art. 17 alin. (3) din Legea nr.101/2016, operatorii economici interesați au dreptul de a formula cerere din intervenție, însă acest mijloc de a interveni în proces nu poate fi utilizat în scopul de a se eluda termenele legale de formulare a contestației și condițiile acesteia de admisibilitate. Cu alte cuvinte, nu se poate utiliza acest mijloc procedural pentru a se masca, în fapt, o contestație, așa cum încearcă intervenientul să facă.

De asemenea, nu se poate admite nici că dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 au fost edictate pentru a se crea o categorie aparte, privilegiată, de operatori economici care, utilizând acest mijloc, să scape sancțiunilor inadmisibilității contestației, pentru neconstituirea cauțiunii, așa cum s-ar întâmpla în cazul intervenientului de față care, dacă i s-ar admite cererea de intervenție ar obține beneficiile formulării unei veritabile contestații, cu încălcarea, însă, a tuturor prevederilor legale impuse pentru inițierea acestui demers.

Calea de atac împotriva unui act emis de către entitatea contractantă cu încălcarea legii, în speță rezultatul procedurii, este contestația, și nu cererea de intervenție principală.

În consecință, în ipoteza în care SC ..... SRL dorea să supună controlului de legalitate actele emise de entitatea contractantă cu privire la modalitatea în care a fost evaluată oferta sa,

trebuia să facă aplicarea 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

Același raționament se regăsește și în decizia 5497/2017 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 9001/2/2017.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..... SC ..... SRL menționează în mod expres faptul că „nu intenționăm să facem o contestație separată".

Față de aceste aspecte Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

Referitor la contestația formulată de ..... Consiliul reține că pentru formularea unei contestații împotriva unui act al entității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției inadmisibilității contestației.

Din redactarea prevederilor art. 611, alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (modificată prin OUG nr. 45/04.06.....), rezultă că pentru a putea proceda la soluționarea contestației, Consiliul trebuie să constate depunerea cauțiunii, constituită potrivit prevederilor legale.

Modul de calcul al acestei cauțiuni este stabilit în detaliu de prevederile art. 61^1, alin. (1) din Legea nr. 101/2016 raportat la valoarea estimată a contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

În aceste condiții, 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 este o condiție obligatorie pentru soluționarea contestației cu care a fost investit Consiliul; dovada constituirii acesteia la dispoziția Consiliului se depune în original la CNSC, aceasta fiind o condiție de admisibilitate.

Obligativitatea constituirii cauțiunii reprezintă o condiție de fond pentru însăși soluționarea contestației, iar nu de procedură, de natură a obstrucționa accesul la justiție.

În cazul în care Consiliul învestit cu o contestație constată neîndeplinirea constituirii cauțiunii va respinge contestația potrivit art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere faptul că ....., a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrate la CNSC sub nr. ...../....., constatând că acesta nu a anexat contestației, dovada constituirii cauțiunii, respectiv, recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege, astfel cum prevede art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în exercitarea rolului său activ prin adresa nr.

31375/.....-...../31.07....., Consiliul a solicitat contestatorului ca în termen de 3 zile de la data comunicării adresei să transmită, în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. 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.

Având în vedere data depunerii contestației respectiv data de ...../....., și data publicării OUG nr. 45/..... pentru modificarea și completarea Legii nr. 101/2016, în speță sunt incidente următoarele:

- prevederile art. IV pct. 40 din OUG nr. 45/..... pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice, prin care se introduce art. 611 alin. (1);

- 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.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, contestația a fost transmisă de către contestator, fără a depune cauțiunea, constituită în mod legal.

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 fondul și excepțiile ce fac obiectul contestației.

Consiliul nu poate lua în considerare alegațiile contestatorului din adresa nr. 31982/06.08....., în care precizează: „în termenul acordat de 3 zile am fost în imposibilitate să achităm cauțiunea stabilită de art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016 (...) vom formula excepție de nelegalitate/neconstituționalitate împotriva art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016 având în vedere ca subscrisa nu a solicitat suspendarea licitației ci numai analizarea contestației. Considerăm ca prin impunerea unei cauțiuni fără ca Legea să stabilească și cazurile de reținere a acesteia reprezintă o împiedicare a liberului acces la justiție.

Mai mult, Legea nr. 554/2004 prevede în art. 6 că «jurisdicțiile administrative speciale sunt facultative și gratuite»”, având în vedere următoarele aspecte:

- prevederile art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 dispun expres „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 (...)” cu toate acestea în temeiul prevederilor art. 1057 cpc coroborat cu ar. 1062 alin. (3) cpc care prevede „Când există urgență, instanța va putea stabili cauțiunea și fără citarea părților. În acest caz, cauțiunea se va depune numai în numerar, într-un termen stabilit de instanță. Debitorului cauțiunii îi va fi comunicată încheierea prin care cauțiunea a fost stabilită, de la data acestei comunicări începând a curge termenul pentru plata cauțiunii”, Consiliul a acordat un termen de 3 zile de la data comunicării adresei nr. 31375/.....-.....-31.07..... pentru constituirea cauțiunii;
- cauțiunea nu reprezintă o taxă/ o plată ci reprezintă o garanție pentru eventualele daune suferite ca urmare a întârzierii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică și constă într-o indisponibilizare de bani până la momentul la care depunătorul a formulat cerere de restituire în condițiile legii.

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 inadmisibile cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL și contestația depusă de ....., în contradictoriu cu entitatea contractantă ...., fără 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:

Respinge ca inadmisibile cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL și contestația depusă de ....., în contradictoriu cu entitatea contractantă ...., fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.