

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 nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul social în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... - administrator, împotriva raportului procedurii nr. ..., aferent loturilor 153 și 155, emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea încheierii „ACORD CADRU DE FURNIZARE PRODUSE FARMACEUTICE”, cod CPV principal 33600000-6 - Produse farmaceutice (Rev.2), cu referire exclusivă la lotul nr. 153 Combinații tip amnioplasmal HEPA 10% și nr. 155 nutritflex lipid peri 1250 ML (combinații), sa solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea contestației;
- anularea actelor administrative atacate;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor tehnice depuse pentru loturile 153 și 155;
- luarea de măsuri de remediere, în sensul reevaluării ofertelor tehnice câștigătoare de pe locul 153 și 155.

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

Prin contestația formulată ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., contestatoarea a transmis, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din data de .., emisă de ... în valoare de ... lei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, solicitând respingerea, ca neîntemeiată și nefondată, a contestației formulate de către

Prin adresa nr. ..., Consiliul, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, a solicitat contestatoarei dovada constituirii cauțiunii stabilite de legiuitor potrivit dispozițiilor art. 61¹ alin (1) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „În cazul în care procedura de atribuire a acordului-cadru este organizată pe loturi, prevederile alin. (1) se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv aferent fiecărui lot contestat”.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a răspuns că recipisa a fost trimisă prin curier, împreună cu contestația în original.

Totodată mai precizează că suma cauțiunii se va calcula astfel: 2% din dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent, după cum urmează:

-Lot 153 – valoarea celui mai mare contract subsecvent: valoare maximă/lună = 14942,4 lei;

-Lot 155 - valoarea celui mai mare contract subsecvent: valoare maximă/lună = 13790,4 lei.

$(14942,4 + 13790,4) \times 2 = 57465,6$

$57465,6 \times 2\% = 1149,32$ lei

Având în vedere cele arătate anterior, contestatoarea apreciază că valoarea cauțiunii a fost corect calculată.

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

Licitația deschisă, a fost inițiată de ..., în data de 20.05.2022, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii „ACORD CADRU DE FURNIZARE PRODUSE FARMACEUTICE”, divizat pe loturi, cu referire exclusivă la lotul nr. 153 Combinații tip amnioplasmal HEPA 10% și lotul nr. 155 nutriflex lipid peri 1250 ML (combinații), prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare având codul de identificare ... din data de 20.05.2022, stabilind data și oră limită de depunere a ofertelor ca fiind 07.07.2022 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea totală estimată a acordului-cadru fiind de 69.961.357,87 lei, fără TVA, lotul nr. 153 având ca obiect *Combinații tip amnioplasmal HEPA 10%* și o valoare estimată de 358.617,60 lei, fără TVA și lot nr. 155 având ca obiect nutriflex lipid peri 1250 ML (combinații), în valoare de 330.969,60 lei, fără TVA.

Procedând la verificarea cuantumului cauțiunii, Consiliul constată că în cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale, în forma în vigoare la data la care a fost depusă contestația (20.10.2022):

- art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare:

„(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:

a) 2% din valoarea estimată a contractului, în cazul în care aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, [...], dar nu mai mult de [...] 88.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b);

[...]

(2²) În cazul în care procedura de atribuire a acordului-cadru este organizată pe loturi, prevederile alin. (1) se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv aferent fiecărui lot contestat".

Astfel, raportat la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent, stabilită de autoritatea contractantă în documentația de atribuire pentru lotul 153 - 358.617,60 lei și pentru lot 155 - 330.969,60 lei, contestatoarea avea obligația ca în maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului (adică până la data de 25.10.2022 inclusiv), să constituie o cauțiune în sumă totală de 27.583,48 lei (14.344.70 lei pentru lot 153 și 13.238,78 lei pentru lot 155).

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ... a depus cauțiunea în cuantum de 1.149,32 lei.

Consiliul reține că determinarea cuantumului cauțiunii revine autoarei contestației, neaflându-ne în prezenta unei cauțiuni judiciare cu cuantum variabil, ci a unei cauțiuni al cărei cuantum este determinat legal, în sumă fixă, dispozițiile legale stabilind modul de calcul al cauțiunii ce cuprinde toate elementele necesare pentru determinarea certă a cuantumului acesteia.

În sensul arătat, s-a pronunțat Curtea de Apel București - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal, în decizia nr. 1269/2021, dosar nr. 3331/2/2021, potrivit căreia:

„Petenta ... SRL, în calitate de participant la procedura de atribuire organizată de ... în calitate de autoritate contractantă, a formulat plângere împotriva Deciziei CNSC prin care contestația sa împotriva rezultatului procedurii de încheiere a acordului cadru a fost respinsă ca inadmisibilă.

Consiliul a reținut în decizia sa că, deși contestatoarea trebuia să depună, în conformitate cu prevederile art.61¹ alin.2 din Legea nr.101/2016 («lege»), o cauțiune de 96.000 lei, aceasta a depus recipisa de consemnare pentru o cauțiune de numai 48.000 lei, insuficientă în raport cu dispozițiile legale incidente.

Într-adevăr, instanța reține că procedura are ca obiect încheierea unui acord-cadru, organizată pe loturi.

Potrivit art.61¹ din lege (forma în vigoare la data depunerii contestației - 22.04.2021):

«(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 cauciune stabilită după cum urmează:

b) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr.98/2016 cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai mult de 880.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b).

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

(...)

(2²) În cazul în care **procedura de atribuire a acordului-cadru** este **organizată pe loturi**, prevederile alin. (1) **se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent** ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv aferent fiecărui lot contestat.»

Pentru lotul 6, la care se referă rezultatul contestat de petentacontestatoare, potrivit caietului de sarcini valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent este de 2.400.000 lei, astfel încât, raportat la dublul acestei valori astfel cum prevede alin. 2², adică la 4.800.000 lei, rezultă în sarcina contestatoarei obligația de depunere a unei cauciuni de 96.000 lei.

Curtea va respinge ca nefondate susținerile formulate de petentă cu privire la faptul că respingerea ca inadmisibilă a contestației reprezintă o sancțiune nejustificată și o încălcare a dreptului său la apărare.

Contrar susținerilor petentei, Curtea observă că nu suntem în prezenta unei cauciuni judiciare cu quantum variabil, ci a unei cauciuni al cărei quantum este determinat legal, în sumă fixă; dispozițiile legale care stabilesc modul de calcul al cauciunii cuprind toate elementele necesare pentru determinarea certă a quantumului acesteia, în funcție de valoarea celui mai mare contract subsecvent ce urmează a fi atribuit în cadrul lotului, așadar fără vreun element aleatoriu care să împiedice partea în ași calcula prealabil, în mod corect, suma. Prin urmare, nu este vorba despre o cauciune stabilită de organul jurisdicțional, între anumite limite, la aprecierea acestuia - situație în care depunerea cauciunii într-adevăr, nu s-ar poate face decât după indicarea valorii de către respectiva autoritate. În cauză, determinarea corectă a valorii este la îndemâna părților, după criterii transparente și ușor determinabile, obiective, în funcție de datele procedurii, fiind facil de înțeles, legislația privind achizițiile adresându-se prin natura materiei, profesioniștilor.

Curtea mai reține că, în speță, prin adresa nr...., Consiliul a solicitat contestatoarei dovada constituirii în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului (22.04.2021), a cauciunii **stabilite potrivit art.61¹ alin.2²** din Legea nr.101/2016. Astfel, Consiliul și-a îndeplinit rolul activ, solicitând contestatoarei depunerea dovezii de consemnare a cauciunii, deși această este o obligație ce trebuie îndeplinită de cel ce formulează o contestație, în virtutea legii; petenta nu a indicat nicio prevedere legală explicită care să oblige

Consiliul să solicite contestatorului îndeplinirea propriilor obligații, depunerea contestației fiind un demers unilateral, ce trebuie asumat de participanții la procedură cu toate sarcinile și obligațiile ce decurg din acest demers. Așadar, modul în care Consiliul este ținut să procedeze poate fi analizat exclusiv prin prisma principiilor care îi guvernează activitatea, anume cel al rolului activ care îi revine potrivit Codului de procedură civilă, în virtutea calității sale de organ cu atribuții jurisdicționale.

Astfel, Consiliul a indicat, în adresa sa, exact textul de lege aplicabil în speță, în funcție de datele speței și anume art.61¹ alin.2², furnizând astfel contestatoarei temeiul de drept concret de care aceasta ar fi trebuit să se folosească. În aceste condiții, eroarea de calcul aparține exclusiv contestatoarei, care nu își poate invoca propria culpă și nici nu poate evita sancțiunea prin atribuirea responsabilității sale, Consiliului.

Prin transmiterea către contestatoare a solicitării nr...., Consiliul a respectat inclusiv, Hotărârea Plenului Consiliului din 5.06.2018 (invocată de reclamantă), prin care și-a autoreglementat procedura în situația în care contestația nu este însoțită de dovezi (complete) privind cauțiunea. Potrivit acesteia,

«I. Pentru contestațiile transmise sau depuse la Consiliu începând cu data de 4.07.2018, se va solicita operatorilor economici prezentarea dovezii constituirii cauțiunii impuse la art.61¹ din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr.45/2018.

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

3. Regula de la pct.2 se aplică și în cazul în care cauțiunea depusă nu respectă cuantumul menționat la art.61¹ din Legea nr.101/2016 modificată prin OUG nr.45/2018, caz în care se va solicita dovada completării acestuia.»

Termenul de 3 zile (pct.2) vizează transmiterea dovezii de către contestatori, dovezi care însă trebuie să vizeze depunerea cauțiunii (sau a suplimentării acesteia) în același termen legal de 5 zile prevăzut de art.61¹ alin.1, termen de decădere de la care nu există modalități de a deroga. Curtea nu își însușește interpretarea petentei potrivit căreia are dreptul la completarea cauțiunii dincolo de termenul legal de 5 zile, dat fiind că solicitarea Consiliului nu poate opera o repunere în termenul de depunere a cauțiunii.

Contrar susținerilor petentei, Consiliul nu avea obligația indicării a însuși cuantumului cauțiunii, date fiind, astfel cum s-a arătat, pe de o parte caracterul legal al determinării cuantumului, claritatea normei, criteriile obiective prevăzute transparent și, pe de altă parte, responsabilitatea ce revine întreprinderilor participante la orice procedură de achiziție, incluzând remedii și căi de atac, de cunoaștere și înțelegere a legii cu exigența specifică profesioniștilor. În cele din urmă, calcularea cauțiunii este o chestiune de dificultate minoră în raport cu complexitatea participării în sine la o procedură de atribuire, a întocmirii și depunerii unei oferte cu componentele sale tehnică și financiară, astfel încât este rezonabil ca sistemul normativ să prezume, în

privința părților, capacitatea de rezolvare a unui incident procedural precum calcularea corectă a cauțiunii.

Sanctiunea respingerii contestației în cazul nedepunerii cauțiunii este prevăzută de lege, așadar afirmația petentei că «este o sancțiune nelegală» este contrazisă explicit de alin.1 al art.61¹.

Sanctiunea operează dacă partea nu dovedește că a consemnat cauțiunea în termenul de 5 zile de la data sesizării Consiliului (termen prevăzut de art.61¹ alin. 1), în cuantumul legal. În speță, petenta ar fi trebuit să depună întreaga cauțiune cel mai târziu la data de 27.04.2021 (data sesizării Consiliului fiind 22.04.2021). Termenul se referă la consemnarea propriu-zisă, iar nu la depunerea dovezii. Așadar, este lipsită de relevanță împrejurarea că Consiliul stabilise petentei termen la data de 5.05.2021 pentru studiul dosarului și că fixase termen pentru formularea concluziilor la data de 6.05.2021. De asemenea, nici faptul că «până în data de 06.05.2021, orele 12, subsemnata, alăturat concluziilor scrise formulate, a consemnat suplimentar suma de 48.000 lei, reprezentând diferența de cauțiune dintre valoarea calculată de Consiliu și valoarea consemnată inițial» nu reprezintă un remediu valabil împotriva prevederilor imperative ale legii, deoarece legea nu permite complinirea lipsurilor dincolo de termenul imperativ. Atâta vreme cât cauțiunea nu a fost consemnată, în întregime, în termenul prevăzut de lege, Consiliul nu putea proceda altfel decât aplicând sancțiunea, prin respingerea ca inadmisibilă a contestației.

Concluzionând, nemulțumirile petentei față de modul în care a procedat Consiliul sunt nefondate, dat fiind că acesta nu putea proceda altfel decât prevede legea: lipsa unui mecanism care să permită suplinirea dincolo de termen a insuficienței cauțiunii sau un dialog scris între Consiliu și contestator ori contestarea cuantumului nu derivă dintr-o greșită aplicare a legii de către Consiliu, ci din concepția și limitele impuse de legea însăși, determinate, la rândul lor, de considerente de celeritate, eficacitate și exigență în procedura de achiziție publică.

În raport cu considerentele expuse, Curtea apreciază decizia Consiliului ca fiind temeinică și legală, urmând să respingă plângerea ca nefondată. ”

Consiliul reține că documentul prezentat de contestatoare (recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de ... în data de 18.10.2022, în cuantum de 1.149,32 lei) nu face dovada constituirii cauțiunii în cuantumul legal.

În speță, Consiliul constată că autoarea contestației avea obligația de a constitui o cauțiune în cuantum de 27.583,48 lei, suma de 1.149.32 lei, achitată de contestatoare fiind insuficientă în raport de dispozițiile legale aplicabile.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2²) 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 va respinge, ca inadmisibilă, contestația

formulată de ..., în contradictoriu cu ..., pentru neconstituirea cauțiunii în cuantumul legal.

Fără pronunțare asupra altei excepții și a fondului contestației.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., pentru neconstituirea cauțiunii în cuantumul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii 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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.