



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. 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., CUI, reprezentată legal de administrator, formulată împotriva adresei nr., emisă de, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect, s-a solicitat Consiliului considerarea ofertei contestatoarei ca fiind conformă, precum și reluarea procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Observând că respectiva contestație este însoțită de ordin de plată nr., emis de, pentru suma de lei, reprezentând și având drept beneficiar, prin adresa nr., Consiliul a solicitat contestatoarei să îi comunice în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, dovada constituirii cauțiunii, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul stabilit de articolul 61¹ alin (1) și (2¹), cauțiunea putându-se constitui la Trezoreria Statului, la CEC Bank – S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele, la dispoziția Consiliului.

Prin aceeași adresă, Consiliul i-a pus în vedere contestatoarei că valoarea de, constituită prin ordin de plată nr. din data de, emis de, nu acoperă cuantumul prevăzut de lege.

De asemenea, Consiliul a solicitat contestatoarei să facă dovada luării la cunoștință a actului atacat, respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii nr.

Solicitarea a fost transmisă la adresa de e-mail și numărul de fax indicate în contestație. La dosarul cauzei a fost atașată dovada primirii solicitării Consiliului, transmisă contestatoarei de la office@cnsr.ro, precum și de la nr. de fax 021/310.46.42.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., menționând că a suplimentat, precum și că transmite dovada luării la cunoștință a actului atacat.

Anexat adresei sale, contestatoarea a transmis Ordinul de plată nr. din data de, emis de, pentru suma de lei, reprezentând și având drept beneficiar

Văzând cele două ordine de plată prezentate de contestatoare, Consiliul constată că sumele respective sunt depuse în contul autorității contractante, aceasta figurând ca beneficiar al celor două sume constituite drept „garanția de bună conduită”.

În pofida atenționării primite de la Consiliu pentru constituirea și depunerea cauțiunii, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) și (2¹) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea nu a constituit cauțiunea impusă de articolele legal citate.

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.

Conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„(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, 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 35.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai mult de 88.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b);

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).

(2¹) În cazul unei proceduri de atribuire împărțite pe loturi, prevederile alin. (1) se raportează la valoarea estimată a fiecărui lot contestat. ”

Potrivit art. 1057 alin (1) din Codul de Procedură Civilă „Când legea prevede darea unei cauțiuni, suma datorată de parte cu acest titlu se stabilește de către instanță în condițiile legii și se depune 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 instanței sau, după caz, a executorului judecătoresc.”

Raportat la situația de fapt și la textele de lege citate, ce reglementează modul de constituire a cauțiunii, Consiliul stabilește că documentele depuse de contestatoare nu reprezintă dovezi valide ale constituirii cauțiunii. Astfel, aceste sume nu sunt la dispoziția Consiliului, așa cum stabilește textul art. 1057 din Codul de Procedură Civilă.

Drept urmare, constatând că petenta nu și-a îndeplinit obligația prevăzută la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în temeiul acestui text de lege și al art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge contestația formulată de, pentru neconstituirea cauțiunii.

Fără pronunțare cu privire la alte excepții și la fondul cauzei.

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

CU MAJORITATE DE VOTURI, CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația depusă de, în contradictoriu cu, pentru neconstituirea cauțiunii.

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

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de

respingere a contestației, pentru neconstituirea cauțiunii –, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci dimpotrivă, în contradicție cu acestea, având în vedere următoarele considerente:

În esență, situația factuală relevă că societatea reclamantă a atașat contestației sale un ordin de plată, nu o recipisă de constituire a cauțiunii, într-un quantum înjumătățit (... lei) decât cel prevăzut de actualul art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 (2% din valoarea estimată a contractului pentru lotul....., de lei).

Din eroare, societatea nu doar că a constituit cauțiunea în quantum insuficient, ci și într-o formă care nu mai este în vigoare (garanție de bună conduită), cel mai probabil din cauza modificărilor legislative repetate. Sesizând doar parțial eroarea, cu adresa nr., forul administrativ-jurisdicțional i-a pus în vedere societății că *„valoarea de lei, constituită prin ordin de plată nr. din data de, emis de, nu acoperă quantumul prevăzut de lege. Drept urmare, recipisa pe care o veți prezenta urmare a acestei cereri a Consiliului va face dovada constituirii unei cauțiuni care respectă valoarea stabilită prin dispozițiile 61¹ alin. (1) și (2¹) din Legea nr. 101/2016.”*

Nicăieri, în cuprinsul adresei, Consiliul nu a specificat faptul că ordinul de plată nr. din data de, emis de, nu reprezintă o cauțiune și că, în consecință, nu poate fi luat în considerare, sens în care îi revine obligația de a aduce o „altă cauțiune”, la quantumul integral, constituită la Trezoreria Statului, la CEC Bank SA sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele, la dispoziția Consiliului.

În opinia noastră, ca manifestare a rolului său activ, intra în sarcina Consiliului să verifice și să informeze contestatoarei modalitatea invalidă de constituire a inițialei „cauțiuni”, astfel încât contestatoarea să aibă cunoștință de obligația de a constitui corespunzător cauțiunea. Plecând de la modul de redactare al adresei nr., care nu indică reclamantei greșeala care i se impută mai sus, ..., de bună-credință fiind, a constituit o garanție suplimentară de, care, împreună cu aceea precedentă, totalizează 2% din valoarea estimată, în acord cu art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2 ind. 1) din Legea nr. 101/2016.

Este evident că a greșit forma de constituire a cauțiunii, greșeală la care a concurat și modul de redactare al adresei Consiliului, în care nu i s-a precizat că nu poate fi luată în considerare „garanția de bună conduită” virată în contul autorității achizitoare prin ordin de plată. La fel de evident este că nu se poate discuta de o eventuală rea-credință a reclamantei, ci dimpotrivă, aceasta a indisponibilizat în litigiul de față suma totală corespunzătoare (..... lei).

Nu îi poate fi imputată contestatoarei forma cauțiunii, câtă vreme principala culpă ține tocmai de redactarea evazivă a adresei precitate. Apreciem că revenea Consiliului obligația de a îi preciza contestatoarei că nu este corespunzătoare constituirea sub forma ordinelor de plată (chiar dacă însuși Codul de procedură civilă permite și plata de numerar). Din punct de vedere juridic, soluția își află suport în principiul validității

aparenței în drept, a cărei esență este exprimată prin adagiul *error communis facit jus*.

Pe de altă parte, o cauțiune care îmbracă forma transferului sumei de bani corespunzătoare direct către autoritatea contractantă protejată de lege prin mecanismul cauțiunii ar trebui să fie considerată validă de către Consiliu, plecând tocmai de la scopul pe care îl are acest mecanism – acoperirea ulterioară a eventualelor prejudicii pe care le poate suferi autoritatea. În speță, prin virarea banilor direct către beneficiara autoritate contractantă, care îi are la dispoziție pentru eventuale dezdăunări, scopul cauțiunii este cu prisosință atins.

Considerentele din deciziile Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 și nr. 750 din 4 noiembrie 2015, referitoare la prevederi legale ce instituiau o garanție de bună conduită, sunt aplicabile *mutatis mutandis* și în privința prevederilor Legii nr. 101/2016, care instituie o cauțiune (a statuat Curtea Constituțională în Decizia nr. 865 din 17 decembrie 2019). Aceeași Curte a considerat expres că garanția de bună conduită **are semnificația unei cauțiuni** menite să asigure exercitarea corespunzătoare și neabuzivă a drepturilor procesuale, cu toate consecințele procesuale care decurg din finalitatea urmărită prin instituirea acesteia (Decizia nr. 5 din 15 ianuarie 2015, precitată, paragraful 41).

În consecință, nu doar că cele două plăți interbancare ale sumelor către pot fi asimilate unei cauțiuni, ci ele sunt și suficiente pentru acoperirea scopului cauțiunii, de indisponibilizare a sumelor direct în contul și în beneficiul autorității contractante

După cum se cunoaște, Curtea de la Strasbourg a subliniat că o interpretare strictă a regulilor procedurale îl poate priva pe reclamant de dreptul de acces la justiție. Acest drept poate fi afectat atunci când regulile încetează să mai servească principiului securității juridice și unei bune administrări a justiției, formând un fel de barieră ce îl împiedică pe justițiabil să supună cazul său pe fond instanței competente [Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Omerović împotriva Croației (nr. 2), Hotărârea din 5 decembrie 2013, § 39].

Pentru aceste motive, în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar, organul de jurisdicție ar fi trebuit să îi accepte drept cauțiune cele două plăți efectuate de către contestatoare sau, ca alternativă, să îi acorde reclamantei dreptul la apărare, pentru a preveni orice greșală [art. 22 alin. (2) C. proc. civ.], respectiv să interpeleze societatea reclamantă asupra formei de constituire a cauțiunii, iar nu să îi respingă direct contestația, pentru care există deja indisponibilizată suma corespunzătoare în contul

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie separată.