



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 191/04.01.2022, formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., în calitate de lider al Asocierii ... SRL – ... SRL – ... SRL, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică desfășurată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată prin Licitatie deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție parcuri supratere” - Lotul 1 – „...” și Lotul 2 – „...”, se solicită anularea deciziilor nr. 1101/24.12.2021 și nr. 1104/24.12.2021 în ceea ce privește analiza și calificarea ofertei ... SRL ca inacceptabilă, obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei ... SRL potrivit considerentelor ce vor fi reținute de către CNSC prin decizie, precum și reluarea procedurii de atribuire de al momentul anterior descalificării ofertei ... SRL.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 rezultatul procedurii antemenționată solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

A. Contestatorul consideră că deciziile achizitoarei nr. 1101/24.12.2021 și nr. 1104/24.12.2021 pretinsa neîndeplinire a „cerințelor de calificare” sunt netemeinice și nelegale, din următoarele considerente:

1. Referindu-se la motivația de la pct. 1 din deciziile învederate "nu îndeplinește toate cerințele de CALIFICARE stabilite prin ANUNȚUL de participare/fisa de date" pe fondul în care întreaga argumentație a autorității Contractante de la pct. 1, vizează modul pretins defectuos de îndeplinire a cerințelor din cadrul CAIETULUI DE SARCINI referitoare la activitățile topo și geo din cadrul proiectului, petentul concluzionează:

a) Autoritatea contractanta a tras o concluzie cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor cuprinse în Caietul de Sarcini (document cu continui tehnic căruia în ofertele participanților îi corespunde propunerea tehnice și nu setul de documente de calificare) înainte de a deschide macara propunerea tehnica a ... SRL, condiții în care nu sunt respectate prevederile 209 din Legea nr. 98/2016 privind obligația autorității contractante de a tine cont de întreaga oferta a unui participant înainte de a fi descalificat.

b) modul în care a fost analizata și calificata oferta ... SRL autoritatea contractanta a adăugat "*cerințele de CALIFICARE*" care nu sunt menționate în anunțul de participare și care de altfel nici nu ar fi putut fi impuse de către autoritatea contractanta fata de prevederile art. 163 și art. 172 și următoarele din Legea nr. 98/2016 și fata de prevederile art. 20 din H.G. nr. 395/2016.

Având în vedere obiectul contractului, care conform secțiunii II.1.2. și II.2.2. din Anunțul de Participare nu include niciun cod CPV legat de: servicii TOPO, Servicii GEO sau Servicii de verificare de proiect, orice cerința legata expertii topo, geo sau verificatori de proiect, nu ar putea reprezenta "*criterii de calificare*" în cadrul acestei proceduri, fata de prevederile art. 163 și art. 172 alin. 5 din Legea nr. 98/2016 și deci pe baza unor astfel de cerințe cuprinse în Caietul de sarcini o oferta nu poate fi declarata ca fiind inacceptabila fără încălcarea principiului proporționalității și implicit a scopului legii nr. 98/2016, susține contestatorul.

2. întreaga problematica a modului de desemnare a operatorilor care participa la execuția contractului ca subcontractanți sau furnizori în cadrul Ofertei ... SRL, trebui analizata prin prisma noțiunii de "*furnizor*" așa cum este explicata prin Nota ANAP din 18.06.2021; dar și prin prisma noțiunii de "obiect al Contractului" așa cum este definit prin Fisa de Date prin limbajul CPV în sensul explicat mai sus în cadrul Secțiunii A.1. și definit de art. 16 alin. 2 din HG nr. 395.2016.

B. Motivul nr. 2 de descalificare a Ofertei ... SRL legat de pretinsa nedemonstrare a capacității legale de a executa toate activitățile proiectului (prin prisma autorizațiilor specialiștilor topo și geo de a realiza activitățile relevante în cadrul proiectului) este netemeinic și nelegal.

În acest sens contestatorul învederează mențiunile explicite din cadrul Notelor ANAP din 16.06.2021, în sensul ca pentru FURNIZORI: "*nu sunt solicitate ofertantului/candidatului informații și DOCUMENTE relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a furnizorilor...*"

În opinia contestatorului, ... SRL, în asociere, dispunea de resursele necesare pentru a realiza toate activitățile specifice din cadrul proiectului supus atribuirii:

- specialiștii topo și geo, având calitatea de furnizori în cadrul procedurii, DISPUN de autorizațiile și permisele necesare pentru a desfășura activitățile de studii geo și topo conexe Contractului;
- având doar calitatea de furnizori, pentru acești specialiști nu trebuiau depuse autorizațiile/permisele necesare în temeiul legii pentru activitățile lor specifice în cadrul proiectului.

C. Motivul nr. 3 de descalificare a Ofertei ... SRL legat de un presupus conflict de interese între verificatorii și proiectanții cooptați în cadrul și în scopul Ofertei ... SRL, este netemeinic și nelegal în condițiile în care, pentru considerentele expuse mai sus, potrivit cărora verificatorii au calitatea de simpli furnizori iar autoritatea contractantă nici măcar nu a verificat dacă între membrii Asocierii sau subcontractanții asocierii și verificatorii de proiect exista vreun conflict de interese/incompatibilitate în sensul definit de art. 13 alin 1 din Legea nr. 10/1995.

În realitate, persoanele desemnate în calitate de verificatori conform Ofertei ... SRL și Clarificărilor comunicate în cursul evaluării ofertei ... SRL, dețin relații contractuale cu membrii Asocierii/subcontractanții Asocierii, însă nu sunt angajați ai membrilor Asocierii/Subcontractanților, conform documentelor atașate în cadrul Răspunsului la Clarificări nr. 8413/10.11.2021.

D. Motivul nr. 4 de descalificare a Ofertei ... SRL legat de pretinsa nedemonstrare a cerinței legate de utilaje, instalații și echipament tehnic și lipsa de concludență a răspunsului la clarificări nr. 8413/10.11.2021 este netemeinic și nelegal pentru următoarele confidențe:

Criticând aspectul pur formal al modului de verificare al achiziției, petentul relevă că prin Anunțul de Participare și prin Caietul de Sarcini nu s-a nominalizat un număr anume de astfel de echipamente și facilități iar prin Răspunsul la clarificări nr. 8413/10.11.2021 ... SRL a demonstrat că deține un număr suficient de echipamente pentru a realiza activitățile specifice pe ambele loturi.

3. În al doilea rând, chiar și dacă am trece peste argumentele de mai sus și documentele atașate Răspunsului nr. 8413/10.11.2021, măsura dispusă încalcă mențiunile cuprinse la pct. III.1.3 cerința 4 Nota 4 - din Anunțul de Participare - pag 11 - potrivit cărora *"În acest sens și în aplicarea principiului proporționalității, în ipoteza în care un ofertant care depune oferta pe ambele loturi și va propune aceleași utilaje/mijloace de transport/ echipamente /programe software pentru ambele loturi, autoritatea contractantă va solicita acestuia să indice lotul pentru care dorește ca cerința să fie considerată îndeplinită, caz în care oferta sa va fi respinsă din procedura de atribuire a celui alt lot."*

Prin punctul de vedere cu nr. 115849/10.01.2022, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 1461/11.01.2022, autoritatea contractantă solicită:

- i) respingerea contestației ca inadmisibilă motivat de faptul că ... SRL, în asociere, nu a constituit cautiunea necesară soluționării acesteia cu

respectarea dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016;

ii) respingerea criticilor îndreptate împotriva deciziilor autorității contractante de a proceda la respingerea ofertelor depuse de ... SRL, în asociere, în cadrul loturilor nr. 1 și 2, ca nefondate.

Potrivit autorității contractante, în urma finalizării etapei de verificare a DUAЕ și a documentelor conexe care îl însoțesc, s-a procedat la respingerea ofertelor depuse de Asocierea ... în cadrul loturilor nr. 1 și 2. Aceste decizii au adoptate prin Procesul verbal *privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* înregistrat sub nr. 1097/24.12.2021 și au fost comunicate ofertantului prin adresele nr. 1101/24.11.2021 și nr. 1104/24.12.2021.

Asocierea ... a formulat contestație prin care critică măsurile autorității de a proceda la respingerea ofertelor sale depuse în cadrul loturilor nr. 1 și 2.

Autoritatea contractantă susține că nu poate fi de acord cu cererile contestatorului motiv pentru care solicită respingerea ambelor contestații formulate ca fiind, în principal inadmisibile iar în subsidiar nefondate și să mențină deciziile adoptate.

Valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 92.879.507,65 lei (pentru ambele loturi) iar Asocierea ... a sesizat Consiliul în data de 03.01.2022. Rezultă astfel că, în termen de 5 zile calculate de la acest moment (adică până cel târziu în data de 10.01.2022) acesta avea obligația de a constitui o cauțiune necesară soluționării contestației în valoare de 1.857.590 lei.

Pe baza informațiilor puse la dispoziție de către contestator rezultă că nu a constituit cauțiunea necesară soluționării contestației în condițiile mai sus arătate motiv pentru care achizitoarea solicită respingerea contestației pe cale de excepție, în conformitate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, achizitoarea menționează că în data de 07.01.2022 a primit o adresă din partea contestatorului din conținutul căreia rezultă că este solicitată reevaluarea quantumului cauțiunii ce trebuie constituit pentru soluționarea contestației și stabilirea acestuia la valoarea de 880.000 lei.

În acest sens contestatorul susține că valoarea cauțiunii pe care trebuie să o constituie trebuie să fie determinată prin raportare la legislația aflată în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.

Cererea contestatoarei este în mod evident una neîntemeiată întrucât procedura de soluționare a contestațiilor este reglementată de Legea nr. 101/2016, apreciază autoritatea contractantă.

Potrivit art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 dispozițiile acestui act normativ se aplică contestațiilor formulate după data intrării ei în vigoare rezultând că legea care reglementează modul de soluționare a contestației depuse de Asocierea ... este cea aflată în vigoare la data formulării contestației, respectiv la data de 03.01.2021. Or, la această dată quantumul cauțiunii care trebuia constituită de contestatoare este de 2% din valoarea estimată, dar nu mai mult de 2.000.000 lei.

Regula invocată de contestatoare este prevăzută la 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 însă aceasta se aplică exclusiv *procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică* și nu *procedurii de soluționare a contestațiilor* care, așa cum am arătat anterior, este reglementată printr-un act normativ diferit.

Nu în ultimul rând achizitoarea consideră și că cererea contestatorului de a fi repus în termen pentru constituirea și depunerea cauțiunii nu este întemeiată în condițiile în care:

Consiliul a solicitat acestuia să depună recipisa privind constituirea cauțiunii în data de 06.01.2022 iar această cerere se întemeiază pe dispozițiile art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora contestatoarea are obligația să răspundă cererii adresate în termen de 3 zile de la înștiințare. Prin urmare, legiuitorul stabilește un termen imperativ de răspuns la cererea Consiliului, acesta împlinindu-se în data de 10.01.2022;

În același sens, prin Hotărârea de plen din data de 05.06.2018 s-a stabilit la pct. 2 că *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.

De asemenea, potrivit art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, pentru soluționarea contestației este necesară constituirea în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului (transmiterii contestației, respectiv 03.01.2021), rezultând că ultima zi în care contestatoarea are dreptul să constituie cauțiunea este în data de 10.01.2022.

Având în vedere aceste aspecte este evident că până cel târziu la data de 10.01.2022 contestatoarea are obligația de a constitui cauțiunea necesară soluționării contestației sale și tot până la această dată contestatoarea trebuie să depună la Consiliu și recipisa privind consemnarea cauțiunii motiv pentru care cererile sale se impun a fi respinse ca nefondate.

II. Raportat la primul motiv de respingere a ofertei contestatorului, contrar afirmațiilor acestuia, prin intermediul Anunțului de participare/Fișei de date a achiziției au fost stabilite criterii de calificare pe care acesta nu le-a îndeplinit, respectiv:

- omisiunea ofertantului de a prezenta *Acordurile de subcontractare* din partea operatorilor economici ... SRL și ... SRL și
- omisiunea ofertantului de a prezenta *DUAЕ* din partea operatorilor economici ... SRL și ... SRL..

B. Invocând prevederile art. 179 lit. k) și art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, achizitoarea conchide că legea stabilește că informațiile referitoare la partea/părțile din contract pe care ofertantul intenționează să o/le subcontracteze reprezintă un criteriu de calificare privind capacitatea tehnică și profesională.

Operatorii economici care vor realiza activitățile de elaborare a studiilor *topografic* și *geotehnic* în cadrul acestui contract nu au calitatea de *furnizori* deoarece execută părți din contract, potrivit achizitoarei.

Pe de altă parte, contestatoarea susține faptul că acești doi operatori economici nu au calitatea de subcontractanți în cadrul procedurii de atribuire ci de furnizori, fără a fi necesar să prezinte nici *Acordurile de subcontractare* și nici *DUAE* așa cum este stabilit atât în documentația de atribuire cât și în legislația aplicabilă.

În situația de față, operatorii economici ... SRL și ... SRL ar realiza o parte din activitățile incluse în obiectul contractului care au fost explicit indicate în documentația de atribuire și, prin urmare, ar trebui să aibă calitatea de subcontractanți iar nu de *furnizori* de servicii așa cum precizează ofertantul.

Sub aspectul codurilor CPV menționate în Fișa de date, autoritatea contractantă invocă un motiv tehnic al platformei SICAP, ce nu permite completarea decât a maxim 5 coduri CPV.

Ori, raportat la modul în care au fost formulate cerințele, rezultă cu claritate faptul că în obiectul acestui contract sunt cuprinse și activitățile de elaborare a unui studiu topografic și a unui studiu geotehnic și, prin urmare, aceste activități reprezintă părți din contractul de achiziție publică.

C. Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă era obligată să-i ceară înlocuirea subcontractanților, achizițoarea o consideră neîntemeiată în primul rând pentru că în temeiul art. 174 alin. (2) din legea nr. 98/2016 se poate înlocui un operator economic care are calitatea de *subcontractant*. Or, contestatoarea a susținut și susține în continuare că operatorii economici ... SRL și ... SRL nu au calitatea de *subcontractanți* în procedura de atribuire ci sunt doar *furnizori*.

În ceea ce privește al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei comunicat acesteia prin adresele nr. 1101/24.11.2021 și nr. 1104/24.12.2021 este reprezentat de împrejurarea că, raportat la informațiile și documentele puse la dispoziție, Asocieria ... nu are calitatea de *operator economic* așa cum este acesta definit la art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016. Mai precis, raportat la informațiile prezentate a rezultat că ofertantul nu poate realiza în mod legal activitatea de elaborare a studiului topografic în condițiile în care în structura organizatorică în care participă la procedura de atribuire nu a inclus un operator economic care să dețină autorizația necesară prestării acestei activități, potrivit prevederilor art. 26 din Ordinul nr. 107/2010.

În contextul în care se cunoștea încă de la momentul depunerii ofertei că este obligatorie desfășurarea activității de elaborare a studiului *topografic*, ofertantul avea obligația de a coopera în structura de participare și alți operatori economici care dețin aceste autorizații sau de a subcontracta părți din contractul de achiziție publică către operatori economici care dețin aceste autorizații.

În ceea ce privește al treilea motiv de respingere a ofertei contestatorului privește împrejurarea că, raportat la explicațiile furnizate prin răspunsul de clarificare, rezultă că activitatea de verificare a proiectului va fi realizată de aceiași operatori economici în sarcina cărora intră și desfășurarea activităților de proiectare. Or, potrivit jurisprudenței constante a Consiliului și a Instanțelor de judecată, o asemenea situație

echivalează cu un veritabil conflict de interese care se impune a fi sancționat prin respingerea ofertei din procedura de atribuire.

Astfel, Potrivit acordului de asociere, ofertantul asociat ... SRL urmează a realiza în cadrul contractului servicii de proiectare (întocmirea D.T.A.C., D.T.O.E., a documentațiilor pentru obținere avize, a proiectelor tehnice, a detaliilor de execuție, verificare tehnică de specialitate și asistență tehnică)

În fapt, motivul de respingere constă în existența unui conflict de interese constând în faptul că cei doi operatori economici indicați prin răspunsul de clarificare nu pot realiza activitatea de verificare a proiectelor pe care tot ei le-au elaborat.

În ceea ce privește critica potrivit căreia autoritățile contractante nu ar avea dreptul de a solicita ofertanților să *procure în cadrul ofertei resurse legate de verificatori de proiecte* achizițioarea menționează că aceasta este lovită de tardivitate prin raportare la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin (2) din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia, orice critici îndreptate împotriva documentației de atribuire pot fi formulate în termen de maximum 10 zile calculate de la data publicării documentației de atribuire în SEAP, respectiv de la data de 15.06.2021.

În ceea ce privește al patrulea motiv de respingere al ofertei contestatorului, respectiv omisiunea de a formula un răspuns concludent la solicitările de clarificare și raportat la faptul că prin cerințe s-a specificat faptul că în ipoteza în care ofertantul va depune oferta pentru ambele loturi, acesta va trebui să facă dovada că dispune de utilaje/mijloace de transport/echipamente diferite pentru execuția lucrărilor aferente fiecărui lot în parte, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului să precizeze în concret care dintre utilajele/echipamentele menționate inițial în DUAE sunt alocate pentru îndeplinirea cerințelor de calificare aferente lotului nr. 1 și care dintre utilaje/echipamente sunt alocate pentru îndeplinirea cerințelor de calificare aferente lotului nr. 2.

Ofertantul a răspuns acestor solicitări prin adresa nr. 8413/10.11.2021 însă nu a procedat la nominalizarea utilajelor și echipamentelor ce urmează a fi folosite separat pentru fiecare lot în parte, limitându-se doar la a indica, din nou, la comun toate utilajele și echipamentele ce vor fi folosite la executarea ambelor contracte.

Având în vedere modul defectuos în care ofertantul a înțeles să prezinte informațiile referitoare la utilajele/echipamentele destinate executării lucrărilor aferente fiecărui lot în parte, autoritatea contractantă a stabilit în mod corect că oferta trebuie respinsă din procedura de atribuire în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 pentru furnizarea unui răspuns neconcludent.

Având în vedere cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de Asocierea ... și să mențină deciziile adoptate de autoritatea contractantă cu privire la evaluarea ofertei sale.

Prin adresa cu nr. 1978/17/C7/13.01.2022 Consiliul a pus în discuție contestatorului excepția inadmisibilității contestației, invocată de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere cu nr. 115849/10.01.2022, privind neconstituirea cauțiunii conform art. 61¹ alin.

(1) lit. b) și alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 2380/14.01.2022, ... SRL a formulat punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității, susținând că excepția este neîntemeiată întrucât, fata de dinamica legislativa din perioada iunie 2021 - momentul inițierii procedurii de atribuire în legătură cu care a fost formulata contestația - august 2021 momentul modificării cuantumului cauțiunii - valoarea cauțiunii nu ar trebui sa depășească suma de 880.000 RON.

Totodată, ... SRL arată că la data inițierii procedurii de atribuire ce face obiectul Contestației, respectiv data de 15.06.2021, potrivit prevederilor art. 61¹ din acel moment cuantumul maxim al cauțiunii era de doar 880.000 RON, condiții în care apreciază ca prevederile legale aplicabile în materia cailor de atac în sistemul achizițiilor publice ar trebui să fie cele în vigoare la momentul inițierii procedurii - respectiv data de 15.06.2021.

Contestatorul invocă caracterul neîntemeiat al excepției, care reprezintă o prevedere legală neconstituțională dar și în neconcordanță cu art. 1 din Directiva 89/665/CEE, raportat la cuantumul cauțiunii, considerând că reprezintă o piedică substanțială cu privire la accesul la o cale de atac extrajudiciara în domeniul achizițiilor publice și o măsură complet disproporționată față de valorile pe care aceasta normă încercă să le protejeze și față de riscul real ca aceste valori să fie lezate într-un context similar cu cel din cauză, considerând că, în prezent discuția referitoare la constituționalitatea acestor prevederi ar trebui să fie redeschisă.

Astfel, contestatorul apreciază ca prevederile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 nu sunt în acord cu prevederile art. 1 din Directiva 89/665/CEE și ar trebui analizate de către CUJE înainte de a-i fi aplicate și în general ofertanților contestatori.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură organizată prin Licitatie deschisă în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „*Proiectare și execuție parcuri supratere*” - Lotul 1 - „...” și Lotul 2 - „...”, cod CPV ... (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr.

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”, iar valoarea totală estimată pentru loturile 1 și 2 este de 92.879.507,65 lei, fără TVA.

Raportat la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției inadmisibilității contestației, invocată de către

entitatea contractantă, pentru neconstituirea cauțiunii, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului.

Din verificările preliminare, se constată că ... SRL a sesizat Consiliul cu prezenta contestație înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 191/04.01.2022, fără a face dovada constituirii cauțiunii prevăzută de lege, drept pentru care, prin adresa nr. 884/17/C7/06.01.2022, **transmisă și prin e-mail**, la data de 07.01.2022 ora 14:37, la adresa ... - aceeași adresă de la care s-a transmis și contestația - Consiliul a pus în vedere contestatorului ... SRL să comunice, în termen de 3 zile, în original, **dovada** (recipisa) privind constituirea cauțiunii pentru Loturile 1 și 2, în quantum total de **1.857.590,15 lei, în termenul prevăzut de lege**. Totodată, prin aceeași adresă, s-a solicitat contestatorului „**NOTĂ: Primirea prezentei va fi confirmată de îndată prin fax sau e-mail, indicate în antet**”.

Contestatorul a confirmat primirea adresei sus amintite prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 1034/07.01.2022, adăugând: *”În ceea ce privește quantumul cauțiunii specificat în adresa nr. 884/17/C7/06.01.2022, apreciem că acesta nu a fost stabilit în mod corect, sens în care vă rugăm să reveniți asupra acestei dispoziții potrivit cererii noastre atașate acestui e-mail”*. Prin adresa atașată, ... SRL precizează că procedura de atribuire ce face obiectul prezentei contestații a fost publicată prin anunțul de participare la data de 15.06.2021, iar potrivit prevederilor legale din acel moment quantumul cauțiunii era de doar 880.000 RON, apreciind că prevederile legale aplicabile în materia căilor de atac în sistemul achizițiilor publice ar trebui să fie cele în vigoare la momentul inițierii procedurii – respectiv data de 15.06.2021.

Totodată, contestatorul arată că prin *”OG nr. 3/2021, plafonul maxim al cauțiunii a fost majorat cu un procent de 127% față de reglementarea anterioară”*, precizând și că *”față de reglementările anterioare cuprinse în art. 271¹ din OUG nr. 34/2006, în prezent condițiile de constituire a cauțiunii (...) sunt și mai restrictive și prejudiciabile pentru participanții la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.”*

Contestatorul evocă și cauzele CJUE cu nr. C-439/14 și C-488/14 examinate prin prisma Directivei 89/665/CEE, evidențiind faptul că la momentul pronunțării respectivei decizii valoarea maximă a unei astfel de sarcini nu depășea o sumă de 100.000 Euro și că garanția impusă de art. 271¹ din OUG nr. 34/2006 era supusă restituirii în orice condiții, în comparație cu actualele reglementări cuprinse în art. 61¹ alin. (5)-(7) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră cauțiunea este supusă restituirii doar dacă autoritatea contractantă nu depune o acțiune în despăgubiri împotriva contestatorului, considerente în raport cu care ... SRL apreciază că reglementările actuale nu sunt în acord cu prevederile art. 1 din Directiva 89/665/CEE și ar trebui analizate de către CJUE înainte de a fi aplicate atât acesteia, cât și în general ofertanților contestatori.

Astfel, ... SRL solicită reevaluarea quantumului cauțiunii impuse în prezenta cauză și stabilirea acestuia la o valoare de 880.000 RON, comunicarea quantumului redus al cauțiunii, cu repunerea în termenul de depunere a cauțiunii după noua comunicare.

Având în vedere că legiuitorul a instituit pentru constituirea cauțiunii **un termen maxim de 5 zile, calculat de la data sesizării Consiliului**, potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificat prin O.U.G. nr. 114/2020, publicată în M. Of. la data de 13.07.2020, din documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constatat faptul ... SRL nu a constituit cauțiunea în termen legal, **data limită fiind 10.01.2022 și nici până la data prezentei decizii.**

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației invocată de către autoritatea contractantă, pentru neconstituirea cauțiunii, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, se are în vedere că, în speță, sunt incidente prevederile art. VIII alin. (3) din O.U.G. nr. 114/2020 potrivit căruia: „Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să se judece potrivit procedurii prevăzute de legislația în vigoare la data la care au fost începute”, și, având în vedere că ... SRL a depus prezenta contestație la data de 02.01.2022, respectiv după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 114/2020, sunt aplicabile prevederile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum au fost modificate prin art. IV pct. 38 din O.U.G. nr. 114/2020, conform căroră „(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: (...)”.

Totodată, Consiliul are în vedere cuantumul cauțiunii stabilit de art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 așa cum a fost modificat prin art. IV pct.7 din OG nr. 3/2021:

” **7.** La articolul 61¹ alineatul (1), litera b) va avea următorul cuprins:

” **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 2.000.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b).”

Procedând la verificarea îndeplinirii de către contestator a obligației constituirii cauțiunii în cuantumul și termenul legal, Consiliul constată că aceasta nu a fost constituită în termenului legal stipulat de art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările aduse prin O.U.G. nr. 114/2020 și OG nr. 3/2021, punând totodată în discuție excepția inadmisibilității contestației invocată de către autoritatea contractantă prin adresa cu nr. 1978/17/C7/13.10.2022.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 2380/14.01.2022, ... SRL a formulat punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității, susținând că excepția este neîntemeiată întrucât, față de dinamica legislativa din perioada iunie 2021 - momentul inițierii procedurii de

atribuire în legătură cu care a fost formulată contestația - august 2021 momentul modificării quantumului cauțiunii - valoarea cauțiunii nu ar trebui să depășească suma de 880.000 RON.

Totodată, ... SRL arată că la data inițierii procedurii de atribuire ce face obiectul Contestației, respectiv data de 15.06.2021, potrivit prevederilor art. 61¹ din acel moment quantumul maxim al cauțiunii era de doar 880.000 RON, condiții în care apreciază ca prevederile legale aplicabile în materia cailor de atac în sistemul achizițiilor publice ar trebui să fie cele în vigoare la momentul inițierii procedurii - respectiv data de 15.06.2021.

Contestatorul invocă caracterul neîntemeiat al excepției, care reprezintă o prevedere legală neconstituțională dar și în neconcordanță cu art. 1 din Directiva 89/665/CEE, raportat la quantumul cauțiunii, considerând că reprezintă o piedică substanțială cu privire la accesul la o cale de atac extrajudiciară în domeniul achizițiilor publice și o măsură complet disproporționată față de valorile pe care aceasta normă încearcă să le protejeze și față de riscul real ca aceste valori să fie lezate într-un context similar cu cel din cauză, considerând că, în prezent discuția referitoare la constituționalitatea acestor prevederi ar trebui să fie redeschisă.

Astfel, contestatorul apreciază ca prevederile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 nu sunt în acord cu prevederile art. 1 din Directiva 89/665/CEE și ar trebui analizate de către CJUE înainte de a-i fi aplicate și în general ofertanților contestatori.

Având în vedere punctul de vedere al contestatorului ... SRL din adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 2380/14.01.2022 prin care reclamă netemeinicia prevederilor legale ce au instituit cauțiunea și valoarea acesteia, Consiliul achiesează argumentației autorității contractante privind netemeinicia susținerilor ... SRL, în sensul că din prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 se desprinde faptul că acest act normativ se aplică strict **contestațiilor** formulate după data intrării acesteia în vigoare, rezultând că legea care reglementează modul de soluționare a contestației depuse de către ... SRL este cea aflată în vigoare la data formulării contestației, respectiv la data de 03.01.2021.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei și ținând seama de prevederile legale incidente, și anume Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, aduse prin O.U.G. nr. 114/2020 și OG nr. 3/2021, Consiliul constată că ... SRL a depus contestația cu ce face obiectul prezentei cauze în data de 03.01.2022, fiind înregistrată la Consiliu cu nr. 191/04.01.2022, **fără a consemna cauțiunea aferentă**, potrivit art. 61¹ alin.(1) lit. b) din Legea nr.101/2016 cu modificările și completările ulterioare, care prevede:

„(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: (...)

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 2.000.000 lei** pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b)."*

Astfel, Consiliul constată netemeinicia susținerilor contestatorului din punctul de vedere al acestuia la excepția inadmisibilității contestației, urmând a admite excepția inadmisibilității contestației formulată de ... SRL, invocată de către autoritatea contractantă

Având în vedere considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) 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, coroborate cu cele ale art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 114/2020, privind modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice, publicată în M.O. în data de 13.07.2020 și prin OG nr. 3/2021 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice, publicată în M.O. în data de 27.08.2021, Consiliul admite excepția inadmisibilității contestației pentru neconstituirea cauțiunii prevăzută de lege, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, excepție invocată de către autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, respinge contestația formulată de către ... SRL, în contradictoriu cu ..., ca inadmisibilă, pentru neconstituirea cauțiunii prevăzută de lege, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului.

Fără pronunțare pe fondul contestației formulată de către ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației formulată de către autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., pentru neconstituirea cauțiunii în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului.

Respinge contestația formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., în calitate de lider al Asocierii ... SRL – ... SRL – ... SRL, în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca inadmisibilă, pentru neconstituirea cauțiunii prevăzută de lege, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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,

...

...

....