



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. /...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în jud. ... și adresa de corespondență în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO eprezentată legal prin și convențional prin avocat ... în calitate de lider al Asocierii ... - ... - ... împotriva procesului-verbal de deschidere nr. 250/DCS din 23.09.2013, emis de către ... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Sprijin pentru AMPOSDRU în vederea desfășurării misiunilor de verificare a funcțiilor delegate la sediul OIPOSDRU”, coduri CPV 79419000-4 - Servicii de consultanță în domeniul evaluării (Rev.2), 48821000-9 - Servere de rețea (Rev.2), 60000000-8 - Servicii de transport (cu excepția transportului de deșeuri) (Rev.2), 72262000-9 - Servicii de dezvoltare software (Rev.2) 79400000-8 - Consultanță în afaceri și în management și servicii conexe (Rev.2), se solicită:

- să se constate că garanțiile de participare depuse de către Asocierile (1), (2) și (3) nu întrunesc condițiile legale și pe cele ale documentației de atribuire;

- obligarea autorității contractante de a respinge, ca inacceptabile, candidaturile depuse de Asocierile (1), (2) și (3), în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a) coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din

H.G. nr. 925/2006, pentru a respecta principiile transparenței, tratamentului egal și asumării răspunderii;

- anularea, în parte, și remedierea sau refacerea procesului-verbal de deschidere nr. 250/DSC din 23.09.2013, în sensul de a preciza, în cuprinsul acestuia, că se resping, ca inacceptabile, candidaturile depuse de către Asocierile (1), (2) și (3), în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a) coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006;

- obligarea autorității contractante ca, în conformitate cu principiile transparenței, tratamentului egal și asumării răspunderii, să transmită tuturor candidaților un exemplar al procesului-verbal de deschidere nr. 250/DSC din 23.09.2013, remediat/refăcut, conform celor solicitate anterior;

- obligarea autorității contractante de a lua măsurile necesare pentru a se asigura respectarea legislației achizițiilor publice și a principiilor prevăzute de aceasta;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante nr. 1637 din 11.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 34492 din 14.10.2013, depusă de ... cu sediul în jud. ... și sediul procesual ales în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO eprezentată legal prin în calitate de lider al Asocierii ...- ... se solicită respingerea, ca nefondată, a contestației depusă de către ...

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge excepția lipsei calității de reprezentant a ... în raport cu candidatul Asocierea "(2)", invocată de către ...

Admite contestația depusă de către ... cu sediul în județul ... în contradictoriu cu ... cu sediul în ... și anulează, în parte, procesul-verbal de deschidere nr. 250/DCS din 23.09.2013, cu privire la candidatura depusă de către Asocierea dintre,,, ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire, cu verificarea documentelor referitoare la garanția de participare depusă de Asociere, remedierea procesului-verbal de deschidere cu respectarea considerentelor din motivare și comunicarea actului astfel remediat participanților la procedură.

Încuviințează, în principiu, și admite cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, depusă de ... cu sediul în jud. ...

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din în calitate de lider al Asocierii ... - ... - ..., critică decizia autorității contractante de a nu respinge, în cadrul ședinței de deschidere a candidaturilor din data de 23.09.2013, ca inacceptabile, conform prevederilor art. 36 alin. 1 lit. a) coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, candidaturile Asocierii (1), Asocierii (2) și Asocierii (3). Motivul invocat de către contestator constă în faptul că garanțiile de participare prezentate de asocierile susmenționate nu întrunesc condițiile legale și pe cele ale documentației de atribuire.

Contestatorul critică decizia autorității contractante de "a trece în revistă" documentele de calificare ale Asocierilor (1), (2) și (3) și de a le menționa în procesul-verbal de deschidere nr. 250/DSC din 23.09.2013, și, de asemenea, decizia de a evalua documentele de calificare depuse de Asocierile (1), (2) și (3).

Arătând că apreciază a fi nelegale actele emise de către comisia de evaluare în cadrul procedurii de atribuire, solicită următoarele:

- să se constate că garanțiile de participare depuse de Asocierile (1), (2) și (3) nu întrunesc condițiile legale și ale documentației de atribuire;

- obligarea autorității contractante de a respinge, ca inacceptabile, candidaturile depuse de Asocierile (1), (2) și (3), în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a) coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, pentru a respecta principiile transparenței, tratamentului egal și asumării răspunderii;

- anularea, în parte, și remedierea sau refacerea procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. 250/DSC din 23.09.2013, în sensul de a preciza, în cuprinsul acestuia, că se resping, ca inacceptabile, candidaturile depuse de Asocierile (1), (2) și (3), în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a) coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006;

- obligarea autorității contractante ca, în conformitate cu principiile transparenței, tratamentului egal și asumării răspunderii, să transmită tuturor candidaților un exemplar al procesului-verbal de deschidere nr. 250/DSC din 23.09.2013 remediat/refăcut, conform celor solicitate anterior;

- obligarea autorității contractante de a lua măsurile necesare pentru a se asigura respectarea legislației achizițiilor publice și a principiilor prevăzute în această materie.

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

În fapt, contestatorul arată că procedura de atribuire în cauză s-a desfășurat în 3 etape, respectiv de selectare a candidaților, de depunere și negociere a propunerilor de oferte și de evaluare a ofertelor finale, fiind depuse 4 candidaturi, respectiv de către asocierile ai căror lideri sunt ... , ... și

Contestatorul susține că, în cadrul ședinței de deschidere, candidaturile asocierilor (1), (2) și (3) trebuiau respinse, ca inacceptabile, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a), coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, întrucât garanțiile de participare prezentate de respectivele asocieri nu au fost constituite în numele asocierii.

Precizează că în ceea ce îl privește, a constituit garanția de participare în numele asocierii, care este, în integralitatea sa, candidatul/ofertantul în procedură, iar, în ședința de deschidere a solicitat autorității contractante să verifice dacă și garanțiile de participare prezentate de ceilalți candidați sunt constituite în numele asocierilor respective, constatându-se că garanțiile de participare pentru celelalte 3 asocieri au fost constituite doar în numele câte unui singur operator economic membru al asocierii, și nu în numele asocierii.

În contestație se arată că asocieria (3) a depus acordul de asociere, ce menționa 5 asociați, în afara coletului, caz în care era cu atât mai evident că garanția de participare trebuia constituită în numele asocierii respective.

Deși a solicitat autorității contractante să nu deschidă coletele conținând documentele de calificare ale celor 3 asocieri, întrucât garanțiile de participare nu sunt constituite legal și nu respectă nici cerințele documentației de atribuire, nefiind constituite în numele asocierii, care este, în fapt, candidatul/ofertantul, ci doar în numele unui singur operator economic, susține contestatorul, totuși autoritatea contractantă a procedat la deschiderea coletelor, constatându-se că asocierile (1) și (2) au depus fiecare câte un acord de asociere din care reieșea faptul că prima asociere conține 4 asociați, iar cea de-a doua asociere conține 3 asociați, însă nici la acel moment autoritatea contractantă nu a respins cele două candidaturi, a Asocierii (1) și a Asocierii (2), în ciuda faptului că, cu atât mai mult, asocieria al cărei lider este ... a depus garanția de participare în numele unui alt membru asociat și nu al liderului de asociere.

Contestatorul arată că a consemnat cele de mai sus la rubrica „Observații” din procesul-verbal de deschidere din 23.09.2013.

Potrivit dispozițiilor art. 12 alin. 4 din H.G. nr. 925/2006, se arată în contestație, procedurii de atribuire prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare nu îi sunt aplicabile prevederile art. 11 alin. 4 din H.G. nr. 925/2006, iar, atâta timp cât legea nu permite înlocuirea vreunui document/îndeplinirea vreunei cerințe de calificare prin

prezentarea inițial a unei declarații pe proprie răspundere, nu este permisă nici completarea/înlocuirea prin clarificări, astfel încât garanțiile de participare nu ar putea fi completate/înlocuite/remediate prin eventuale solicitări de clarificări ale autorității contractante.

Invocând faptul că H.G. nr. 925/2006 nu dispune asupra posibilității prezentării garanției de participare ulterior ședinței de deschidere, contestatorul învederează că sunt nelegale eventualele acte ale autorității contractante prin care ar solicita celor 3 asocieri să completeze/înlocuiască/ remedieze respectivele documente, ulterior depunerii de candidaturi și ședinței de deschidere a acestora, întrucât s-ar încălca grav principiul tratamentului egal prin avantajarea respectivilor candidați, în detrimentul său.

În opinia contestatorului, obligația autorității contractante de a asigura tratamentul egal al operatorilor economici presupune condiții egale pentru fiecare candidat, în primul rând cu privire la garanțiile de participare, fără conformitatea cărora nu este permisă continuarea participării la procedură a candidaților.

În contestație se subliniază că documentația de atribuire nu prevede acceptarea prezentării garanției de participare constituită doar de unul dintre membrii asocierii, iar autoritatea contractantă nu ar putea face o astfel de mențiune, ulterior datei de depunere a candidaturilor, întrucât aceasta ar fi tardivă.

Invocând prevederile art. 33 alin. (3) lit. b), art. 36 alin. (1) lit. a), art. 84, art. 85, art. 87 alin. (1) și (2), art. 88 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, art. 44 alin. 1 din O.U.G. nr. 925/2006, contestatorul susține că garanția de participare trebuie să fie constituită de către ofertant, iar în cazul depunerii unei candidaturi/oferte de către o asocierie, garanția de participare se impune a fi constituită în numele asocierii.

În opinia contestatorului, garanțiile de participare ce nu sunt constituite în numele asocierii, ci în numele unui singur operator economic (membru de asocierie) nu reprezintă instrumente reale care să protejeze autoritatea contractantă în legătură cu asocierea în integralitatea ei, neputând fi executată de autoritatea contractantă pentru culpa unui alt membru al asocierii, și în acest sens se exemplifică prin: refuzul semnării contractului de achiziție, refuzul prelungirii valabilității părții sale din ofertă, refuzul constituirii garanției de bună execuție, decizia de a retrage sau de a nu mai respecta condițiile comerciale ce au stat la baza ofertei comune depusă de asocierie.

Susține că respingerea celor 3 candidaturi trebuia făcută de către autoritatea contractantă în cadrul ședinței de deschidere și nu în urma evaluărilor ulterioare, întrucât, conform prevederilor art. 33 alin. 6 din H.G. nr. 925/2006, ulterior ședinței de deschidere, se iau decizii doar cu privire la calificarea/selecția ofertanților/candidaților, respectiv cu privire la evaluarea ofertelor.

În jurisprudență se invocă sentința civilă nr. 4461 din 17.12.2009 a Curții de Apel ... Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, decizia civilă nr. 2495 din 11.06.2012 a Curții de Apel

În opinia contestatorului, și candidatura asocierii al cărei lider este ... trebuia respinsă, ca inacceptabilă, în cadrul ședinței de deschidere, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a), coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, întrucât garanția de participare prezentată de această asocierie nu a fost constituită la valoarea integrală de 100.000 lei, ci la jumătate din această valoare, respectiv 50.000 lei, această asocierie fiind, în mod eronat, încadrată ca fiind IMM, în condițiile în care nu s-a dovedit îndeplinirea de către toți membrii săi a condițiilor de IMM.

Invocând prevederile art. 16 alin. 2 din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, contestatorul învederează că asocieria al cărei lider este ... a prezentat o garanție de participare constituită de un alt membru al asocierii, în valoare de 50.000 lei, fără a depune declarațiile de IMM care ar fi trebuit să probeze calitatea de IMM a fiecărui asociat, pentru a îndeplini condiția necesară pentru ca garanția de participare să fie constituită la jumătate din valoarea prevăzută în documentația de atribuire.

Contestatorul subliniază că în candidatura acestei asocieri, ... a depus declarațiile de IMM din cuprinsul cărora reieșea că informațiile erau aferente anului 2011, și nu anului 2012 (exercițiul financiar precedent), așa cum se prevede la art. 6 alin. 1 din Legea nr. 346/2004.

În contestație se precizează că, în cadrul ședinței de deschidere, această asocierie „ar fi declarat și întreprinderi legate, ale căror informații prezentate erau tot aferente anului 2011, nu anului 2012”.

Contestatorul subliniază că, în condițiile în care unul dintre membrii asocierii nu dovedește, la momentul ședinței de deschidere, că îndeplinește condițiile de IMM, asocieria, per ansamblu, nu mai poate fi considerată ca îndeplinind condițiile de IMM, astfel încât garanția de participare constituită la jumătatea valorii prevăzute în documentația de atribuire nu respectă cerințele legale și nici pe cele ale documentației de atribuire, respectiv este o garanție de participare neconformă.

Reiterează susținerile conform cărora acestei proceduri nu îi sunt aplicabile prevederile art. 11 alin. 4 din H.G. nr. 925/2006, nefiind permisă, în consecință, nici completarea/înlocuirea prin clarificări, astfel încât garanția de participare sau declarațiile de IMM nu ar putea fi completate/înlocuite/remediate prin eventuale solicitări de clarificări ale autorității contractante, iar respingerea acestei candidaturi trebuia făcută în cadrul ședinței de deschidere a candidaturilor și nu în urma evaluărilor ulterioare, întrucât, conform prevederilor art. 33 alin. 6 din H.G. nr. 925/2006, ulterior ședinței de deschidere se iau decizii doar cu privire la calificarea/selecția ofertanților/candidaților, respectiv cu privire la evaluarea ofertelor.

Contestatorul mai susține că autoritatea contractantă trebuia să respingă candidatura asocierii (3), ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a), coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, întrucât garanția de participare prezentată de această asocierie nu respectă cerința de valabilitate de 90 de zile calendaristice

calculate de la data de depunere a candidaturilor, ci este de 89 zile calendaristice.

Invocând prevederile fișei de date a achiziției, pe cele ale anunțului de participare, pct. 1 din răspunsului la clarificări nr. 3 publicat în SEAP, art. 3 lit. z), art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 181 alin. 1 pct. 2 din Codul de procedură civilă, contestatorul susține că termenul de 90 de zile calendaristice calculat de la data limită de depunere a candidaturii se împlinește în data de 23.12.2013, iar asocieria (3) a prezentat o garanție de participare valabilă doar până la data de 22.12.2013, respectiv de 89 zile calendaristice. Față de această situație, se arată în contestație, ... a solicitat autorității contractante să nu deschidă candidatura acestei asocieri, ci să o respingă, întrucât garanția de participare nu este constituită conform legii și documentației de atribuire, aspect consemnat în obiecțiunile formulate în procesul-verbal din 23.09.2013, însă autoritatea contractantă a decis deschiderea candidaturii acestei asocieri și trecerea în revistă a documentelor de calificare.

Se învederează că au fost abrogate articolele din legislația achizițiilor publice care permiteau o lipsă de câteva zile din termenul de valabilitate a garanției de participare, astfel că sunt în vigoare prevederi conform cărora, chiar și lipsa unei zile calendaristice din valabilitatea garanției de participare atrage, în mod automat, neconformitatea acesteia.

Reiterează și cu privire la acest aspect susținerile conform cărora acestei proceduri nu îi sunt aplicabile prevederile art. 11 alin. 4 din H.G. nr. 925/2006, și susține că autoritatea contractantă trebuia să respingă candidatura asocierii (3), ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a), coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, întrucât garanția de participare prezentată de această asocierie nu respectă cerința de valabilitate de 90 de zile calendaristice calculate de la data de depunere a candidaturilor, ci este de 89 zile calendaristice.

În drept, se invocă prevederile art. 255 și următoarele din O.U.G. nr. 34/2006, H.G. nr. 925/2006, Codul Civil și Codul de Procedură Civilă, Sentința civilă nr. 4461 din 17.12.2009 a Curții de Apel ... - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 2495 din 11.06.2012 a Curții de Apel ... Decizia civilă nr. 3112 din 27.06.2008 a Curții de Apel ... - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 1639 din 15.06.2009 a Curții de Apel ... - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 1748 din 25.06.2009 a Curții de Apel ... - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal.

În probațiune, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: anunțul de participare, fișa de date a achiziției, răspunsul la clarificări nr. 3, procesul-verbal de deschidere nr. 250/DSC din 23.09.2013.

Cu adresa nr. 19225 din 08.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 33983 din 08.10.2013, ... a transmis, în conformitate cu prevederile art. 274 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, punctul de vedere la contestația depusă de către ... în care arată că

accesul operatorilor economici la documentația de atribuire a fost direct și nerestricționat, conform prevederilor art. 40 alin. (2) și art. 75 alin. (5) O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, aceasta fiind publicată pe site-ul SEAP (www.e-licitatie.ro) în cadrul anunțului de participare nr. ... din 10.08.2013, iar procedura este în curs de derulare, la data de 23.09.2013, având loc ședința de deschidere a candidaturilor, în urma căreia a fost încheiat procesul-verbal al ședinței de deschidere nr. 250/DSC din 23.09.2013.

Autoritatea contractantă menționează că participanții la procedură au prezentat, în cadrul ședinței de deschidere, următoarele:

1. Polița seria H nr. 21593 din 23.09.2013, emisă de OMNIASIG-Vienna Insurance Group, în valoare de 100.000 lei, cu valabilitate până la 26.12.2013, constituită în numele asocierii și anume pentru ... (lider) - ... (asociat) - ... (asociat);

2. Instrument de garantare nr. GI-13/3721, emis de ING Sucursala ... în valoare de 100.000 lei, cu valabilitate până la 23.12.2013, constituită în numele liderului de asociere, respectiv ...;

3. Scrisoare de garanție bancară nr. 84000-02-0021409 din 20.09.2013, emisă de către Millennium Bank, în valoare de 50.000 lei, cu valabilitate până la 23.12.2013, constituită în numele asocierii și anume pentru ... - ... însoțită de declarații privind încadrarea în categoria IMM pentru toți membrii asocierii;

4. Scrisoare de garanție bancară nr. LG/BB13006454RON din 23.09.2013, emisă de către UniCredit ȚIRIAC Bank, în valoare de 50.000 lei, cu valabilitate până la 22.12.2013, constituită în numele asocierii (3), însoțită de declarații privind încadrarea în categoria IMM pentru toți membrii asocierii.

Autoritatea contractantă învederează că doar o singură garanție de participare a fost constituită în numele liderului de asociere, respectiv pentru ...

În punctul de vedere se menționează că, întrucât prezentarea garanțiilor de participare reprezintă o condiție preliminară de participare la procedura de achiziție publică, nu sunt aplicabile prevederile Ordinului președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care prevede condițiile în care sunt îndeplinite cerințele de calificare, în funcție de tipul ofertei depuse (ofertă comună/ofertă comună cu susținere, oferta comună cu subcontractare).

Invocând prevederile care fac referire la constituirea garanției de participare din legislația aplicabilă achizițiilor, respectiv art. 84 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, art. 3 lit. p) și q) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă subliniază că nu a sancționat cu excluderea din procedură a ofertantului care "a prezentat garanția de participare doar în numele asocierii", având în vedere faptul că liderul asocierii este împuternicit de membrii întregii asocieri.

Autoritatea contractantă învederează că depunerea garanției de participare reprezintă o condiție preliminară de participare la procedură și

nicidecum o cerință de calificare, astfel că invocarea declarației pe proprie răspundere din contestație nu are niciun fel de relevanță în contextul prezentat.

Precizează că, în cadrul ședinței de deschidere, a verificat pentru toți participanții la procedură, îndeplinirea prevederilor secțiunii III.1.1.a) „Garanție de participare”, din fișa de date a achiziției, cu privire la cuantumul, perioada de valabilitate, forma de constituire și, având în vedere că toți operatorii economici au depus garanția de participare în cuantumul, perioada de valabilitate și forma de constituire, în favoarea autorității contractante, explicit pentru procedura de atribuire a contractului în cauză, comisia de evaluare a considerat îndeplinită cerința preliminară privind garanția de participare de către toți participanții la procedură.

În fișa de date a achiziției și în legislația aplicabilă nu este prevăzută, în mod expres, obligativitatea menționării întregii asocieri în cadrul garanției de participare, se arată în punctul de vedere exprimat.

Susține că nu există consecințe ulterioare care să afecteze buna derulare a procedurii de atribuire, motivând că, în situația în care autoritatea contractantă ar fi nevoită să execute garanția bancară, aceasta se va adresa direct instituției emitente, și executarea se va realiza „la prima cerere scrisă și fără ca să aibă obligația de a-și motiva cererea respectivă, cu condiția ca în cererea sa autoritatea contractantă să specifice că suma cerută de ea și datorată ei este din cauza existenței uneia sau mai multora dintre situațiile următoare(...)”, autoritatea contractantă putând executa, astfel, garanția bancară, indiferent dacă liderul sau unul dintre asociați dau dovadă de un comportament necorespunzător pe parcursul derulării procedurii de achiziție publică.

În opinia autorității contractante, invocarea, de către contestator, a prevederilor art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare vine în susținerea faptului că la acest moment al depunerii candidaturilor nu există obligativitatea menționării întregii asocieri în cadrul garanției de participare.

Se specifică faptul că, chiar prin faptul de a fi considerat conforme garanțiile de participare cu cerințele din fișa de date a achiziției și de a recurge la deschiderea tuturor ofertelor, autoritatea contractantă a asigurat tratamentul egal și condiții egale de acces la procedură tuturor operatorilor economici prezenți.

Referitor la susținerea contestatului, conform căreia nu toți membrii asocierii (2) îndeplinesc condițiile de încadrare în categoria IMM, autoritatea contractantă reiterează că această asocierie a depus, în cadrul ședinței de deschidere, documentul Scrisoare de garanție bancară nr. 84000-02-0021409 din 20.09.2013, emisă de Millennium Bank, în valoare de 50.000 lei, cu valabilitate până la 23.12.2013, constituită în numele asocierii și anume pentru ..., ... însoțită de declarații privind încadrarea în categoria IMM pentru toți membrii asocierii.

Autoritatea contractantă menționează că verificarea faptului că toți membrii asocierii se încadrează în categoria IMM face obiectul unei

analize detaliate, ulterioare ședinței de deschidere a candidaturilor, când se va decide și acceptarea/respingerea candidaturii în cauză.

Până la momentul formulării punctului de vedere, și cu avizul observatorilor din partea UCVAP, autoritatea contractantă nu a întreprins vreun demers în ceea ce privește asocierea respectivă, urmând ca verificarea, în detaliu, a anexelor depuse la garanția de participare, să se facă într-o ședință ulterioară, se arată în punctul de vedere.

Autoritatea contractantă precizează că a calculat perioada de valabilitate a garanției de participare, respectiv de „minim 90 zile calendaristice de la data limită de depunere a candidaturilor”, astfel: prima zi a fost considerată ziua de 24.09.2013, respectiv ziua ulterioară deschiderii ofertelor, iar a 90-zi este 23.12.2013, astfel că, având avizul observatorilor UCVAP, a considerat corectă garanția de participare prezentată. Se subliniază că modalitatea de calcul este în conformitate cu prevederile art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, ziua deschiderii ofertelor, respectiv data de 23.09.2013 nefiind luată a în calcul.

Autoritatea contractantă susține că este lipsită de temei solicitarea contestatorului de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea, pe fond, a contestației, având în vedere tipul procedurii, respectiv negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, faptul că, până la acel moment, nu a fost creat niciun fel de prejudiciu, iar comisia de evaluare nu a inițiat niciun fel de demers de excludere a vreunui candidat de la procedură, având interes de a parcurge etapa de preselectare cu cât mai mulți operatori economici, în vederea respectării cerințelor prevăzute la secțiunea IV. 1.2) din anunțul de participare.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, și continuarea procedurii de atribuire.

Cu adresele nr. 19225 din 08.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 33983 din 08.10.2013, nr. 19946 din 17.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 35223 din 17.10.2013 și respectiv nr. 20869 din 28.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 36712 din 29.10.2013, ... a depus, în copie conformă cu originalul, documentele dosarului achiziției publice împreună cu candidaturile depuse.

Prin cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante nr. 1637 din 11.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 34492 din 14.10.2013, ... în calitate de lider al asocierii (2) solicită respingerea, ca nefondată, a contestației depusă de către ...

Intervenientul arată că Scrisoarea de garanție bancară nr. 84000-02-0021409/20.09.2013 este emisă de Millennium Bank S.A. la cererea Asocierii (3) iar toate mențiunile relevante din scrisoare se referă exclusiv la asociere. Susținând că astfel a făcut dovada constituirii garanției de participare în numele asocierii, intervenientul solicită Consiliului să constate caracterul nefondat al solicitării de respingere, ca inacceptabilă, a candidaturii sale, pe motiv că garanția de participare nu este constituită în numele asocierii.

Referitor la solicitarea de respingere a candidaturii sale, pe motiv că asocierea a fost, în mod incorect, încadrată ca IMM și garanția de participare a fost constituită la valoarea pentru IMM, intervenientul arată că, deși, din eroare, declarația sa privind încadrarea în categoria IMM, cuprinde datele aferente exercițiului financiar 2011, totuși, acest document permite autorității contractante să determine că, și prin raportare la exercițiul financiar 2012, și-a păstrat statutul de IMM.

În acest sens, intervenientul menționează că, din declarația sa pe propria răspundere, completată cu respectarea modelului din Anexa nr. 1 la Legea nr. 346/2004, în care a precizat că, față de exercițiul financiar anterior, respectiv 2010, datele financiare nu au înregistrat modificări care determină încadrarea întreprinderii într-o altă categorie, rezultă, fără echivoc, că ... a avut calitatea de IMM prin raportare la datele financiare aferente exercițiului financiar 2010, iar, conform art. 6 alin. (2) din Legea nr. 346/2004, dacă la data întocmirii situațiilor financiare anuale întreprinderea nu se mai încadrează în plafoanele stabilite la art. 3 și 4, aceasta nu își va pierde calitatea de întreprindere mică, mijlocie sau microîntreprindere decât dacă depășirea acestor plafoane se produce în două exerciții financiare consecutive.

Intervenientul subliniază că, întrucât, conform declarației depusă în cadrul procedurii, a declarat că se încadează în categoria IMM atât în anul 2010, cât și în anul 2011, în temeiul dispozițiilor legale de mai sus, își păstrează calitatea de IMM și în prezent. Se învederează că, chiar și în situația ipotetică în care, potrivit datelor aferente exercițiului financiar 2012, ... nu s-ar încadra în plafoanele stabilite la art. 3 și art. 4 din Legea nr. 346/2004, totuși și-ar păstra această calitate, având în vedere că nu se afla în situația de a depăși plafoanele legale în două exerciții financiare consecutive.

Intervenientul precizează că autoritatea contractantă are la dispoziție toate datele necesare pentru a constata că ... deține calitatea de IMM, fapt care, coroborat cu declarațiile depuse de ceilalți membri ai asocierii, demonstrează că Asociera (3) beneficiază de facilitatea prevăzută la art. 16 alin. (2) din Legea nr. 346/2004, astfel că garanția de participare depusă în cadrul procedurii a fost constituită în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

În plus, pentru a proba că nici situația ipotetică analizată mai sus nu este reală, intervenientul depune declarația pe propria răspundere privind încadrarea sa în categoria întreprinderilor mici și mijlocii, și prin raportare la datele aferente exercițiului financiar 2012.

În drept, cererea de intervenție se întemeiază pe prevederile O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Cu adresa fără număr de înregistrare la emitent, datată 24.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 36179 din 25.10.2013, ... a formulat „punct de vedere cu privire la cererea de intervenție accesorie formulată

de ...”, „răspuns la punctul de vedere al autorității contractante” și „precizări”.

Cu titlu de precizări prealabile, contestatorul menționează următoarele:

1. A formulat contestația ținând seama de faptul că practica C.N.S.C. și a Curților de Apel conține decizii conform cărora sunt respinse, ca tardive, criticile în legătură cu garanția de participare, declarațiile de IMM și procesul-verbal de deschidere, dacă sunt formulate mai târziu de 10 de zile de la luarea la cunoștință, care se consideră a fi data ședinței de deschidere, astfel încât contestația a fost depusă în interiorul termenului de 10 zile calculat de la data ședinței de deschidere.

2. În situația în care C.N.S.C. va considera contestația ca fiind prematură, sunt aplicabile prevederile art. 276 din O.U.G. nr. 34/2006, împrejurare care ar împiedica o soluție dată pe fondul contestației.

3. Prin contestația formulată, ... nu urmărește și nu solicită anularea procedurii.

Cu privire la cererea de intervenție accesorie formulată de ... contestatorul invocă excepția lipsei calității de reprezentant a acestui intervenient, în raport cu candidatul Asocieria (2), solicitând admiterea excepției, cu consecința respingerii cererii de intervenție accesorie formulată de către ... în favoarea autorității contractante, ca fiind formulată de o persoană fără calitatea de reprezentant.

În motivare, contestatorul arată că, în conformitate cu pct. 4 din acordul de asociere, încheiat între ... și ... liderul de asociere ... este împuternicit în cadrul asocierii, doar pentru întocmirea candidaturii, a ofertei comune, semnarea și depunerea acestora și pentru semnarea contractului de achiziție publică, în numele și pentru asociere, nefiind mandatat de membrii asocierii pentru a formula cererea de intervenție accesorie, acordul de asociere fiind limitativ în ceea ce privește împuternicirea acordată ...

În acest sens, contestatorul arată că, în conformitate cu dispozițiile procedurale în vigoare, cererea de intervenție accesorie trebuia să fie însoțită de dovada mandatului acordat de membrii asocierii către intervenientul ... pentru ca acesta să formuleze cererea de intervenție, iar, din documentele depuse la dosarul cauzei, nu reiese că există un astfel de mandat și nici acordul de asociere nu conține o astfel de prevedere.

În sprijinul celor de mai sus, contestatorul invocă drept jurisprudență, Decizia civilă nr. 1655 din 23.06.2008, pronunțată de Curtea de Apel ... în Dosar nr.1639/2/2008.

Pe cale de consecință, pentru cele expuse mai sus, contestatorul susține că cererea de intervenție accesorie este formulată de o persoană ce nu a făcut dovada calității sale de reprezentant al candidatului Asocieria (2), cu consecința respingerii acesteia ca fiind formulată de o persoană fără calitate de reprezentant.

Referitor la punctul de vedere al autorității contractante, contestatorul arată că, în urma studierii dosarului cauzei, a constatat că

garanțiile de participare pentru Asocierile (2) și (3) sunt constituite, într-adevăr, în numele acestor asocieri, situație față de care, precizează că înțelege să renunțe la criticile conform cărora candidaturile acestor două asocieri trebuiau respinse, ca inacceptabile, în cadrul ședinței de deschidere, întrucât garanțiile de participare prezentate de respectivele asocieri nu ar fi fost constituite în numele asocierii, dar, totodată, își menține în continuare critica referitoare la candidatura Asocierii (1), conform căreia aceasta trebuia respinsă, ca inacceptabilă, în cadrul ședinței de deschidere, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a), coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, întrucât garanția de participare prezentată de respectiva asocierie nu a fost constituită în numele asocierii.

Contestatorul învederează că garanția de participare prezentată de Asocieria (1) este constituită doar în numele operatorului economic ..., nu conține mențiunea că ar fi lider în cadrul unei asocieri, putând fi executată exclusiv în anumite situații și numai din culpa ofertantului ...

Contestatorul arată că nici în scrisoarea de înaintare ce însoțea candidatura nu se specifică faptul că aceasta se depune în numele asocierii, ci doar în numele ..., doar după deschiderea candidaturilor constatându-se depunerea unui acord de asociere, conform căruia Asocieria (1) conține 4 asociați.

Față de mențiunile exprese ale scrisorii de garanție de participare referitoare la operatorul economic în numele căruia s-a constituit garanția precum și la condițiile de executare a acesteia, contestatorul opinează că situația nu a fost determinată de eventuale „erori” sau „omisiuni”, pentru a putea aduce în discuție o eventuală remediare a documentului.

Cu privire la aceste aspecte, contestatorul reiterează susțineri din contestație, invocând aceleași acte normative.

Contestatorul susține că afirmațiile autorității contractante conform cărora Asocieria (1) a prezentat garanția de participare în numele asocierii sunt eronate, aceasta fiind în eroare și atunci când menționează că liderul Asocierii (1) ar fi fost împuternicit de membrii asocierii în ceea ce privește constituirea garanției de participare, întrucât din acordul de asociere nu reiese un astfel de mandat dat pentru ..., în calitate de lider de asociere.

Invocând prevederile art. 4 din acordul de asociere, contestatorul precizează că este mandatată doar pentru întocmirea ofertei comune, semnarea și depunerea acesteia și semnarea contractului de achiziție publică, în numele și pentru asociere, fiind evident că ... a constituit garanția de participare în nume propriu, aceasta neacoperind asocierea.

În opinia contestatorului, este eronată afirmația autorității contractante, conform căreia aceasta poate executa garanția de participare pentru comportament necorespunzător al oricărui dintre membrii asocierii, întrucât scrisoarea de garanție bancară este constituită doar de către ..., fără nicio legătură cu ceilalți membri ai asocierii, iar banca, în calitate de terț față de procedura de atribuire și față de asociați, urmează a se conforma instrucțiunilor din scrisoare, ce prevăd, în mod

exclusiv, situațiile de executare a garanției de participare decurgând exclusiv din culpa ..., nu și a celorlalți asociați.

Contestatorul subliniază că garanția de participare este un element extern față de documentele de calificare, iar verificarea cerințelor preliminare trebuie să fie făcută înainte de deschiderea candidaturii conținând documentele de calificare și reiterează că respingerea candidaturii Asocierii (1) trebuia făcută în cadrul ședinței de deschidere, și nu în urma evaluărilor ulterioare.

În sprijinul celor de mai sus, se invocă și jurisprudență: sentința civilă nr. 4461 din 17.12.2009 a Curții de Apel ... - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal și decizia civilă nr. 2495 din 11.06.2012 a Curții de Apel

Pe cale de consecință, contestatorul susține că sunt nelegale și de natură să-i prejudicieze interesele comerciale, fiind luate și cu încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal și asumării răspunderii, următoarele:

- decizia autorității contractante de a nu respinge în cadrul ședinței de deschidere, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. 1 lit. a) coroborat cu art. 33 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, candidatura Asocierii (1), întrucât garanția de participare prezentată de respectiva asocierie nu a fost constituită în numele asocierii;

- decizia autorității contractante de a trece în revistă documentele de calificare prezentate în candidatură de Asocieria (1) și de a le menționa în procesul-verbal de deschidere din 23.09.2013;

- actele autorității contractante de a evalua documentele de calificare depuse de Asocieria (1) și orice acte emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii în legătură cu aceasta.

Contestatorul precizează că își menține criticile din contestație vizând faptul că Asocieria (2) a fost, în mod incorect, încadrată ca IMM, nefăcând dovada acestui fapt în ședința de deschidere.

În acest sens, se reiterează susțineri din contestație și se subliniază că Asocieria (2) a declarat și întreprinderi partenere și legate, ale căror informații prezentate erau tot aferente anului 2011, și nu anului 2012.

Contestatorul susține că, în condițiile în care unul dintre operatorii economici membru al asocierii declarate nu dovedește, la momentul ședinței de deschidere, că îndeplinește condițiile de IMM, asocieria per ansamblu nu mai îndeplinește condițiile de IMM, astfel încât garanția de participare constituită la jumătatea valorii solicitate de autoritatea contractantă nu respectă cerințele legale și nici ale documentației de atribuire, fiind o garanție de participare neconformă.

Se subliniază că, în punctul de vedere, autoritatea contractantă a omis să precizeze faptul că Asocieria (2) a depus documentele completate cu date aferente anului 2011 și nu anului 2012.

Referitor la faptul că la cererea de intervenție accesorie, ... a atașat un set de documente prin care face dovada faptului că Asocieria (2) este IMM conform datelor aferente anului 2012, ... precizează că nu a afirmat că această asocierie nu ar fi IMM conform datelor oficiale, ci că garanția

de participare constituită la jumătate nu este conformă, deoarece nu a făcut dovada, în cadrul ședinței de deschidere, în cadrul căreia a depus declarațiile IMM pentru anul 2011, iar legislația în domeniul achizițiilor publice nu permite remedierea unor erori/depunerea de documente legate de garanția de participare sau declarațiile de IMM ulterior ședinței de deschidere și deci, nici nu îi poate fi acceptată garanția de participare constituită la jumătate din valoarea solicitată (în speță 1/2 din 100.000 lei), candidatura respectivă, în mod evident, trebuind să fie respinsă în cadrul ședinței de deschidere.

Contestatorul susține că dovedirea calității de IMM se face în cadrul ședinței de deschidere și nu ulterior, prin depunerea altor documente sau în urma solicitărilor de clarificări ale autorității contractante.

Se învederează că toate documentele anexate cererii de intervenție, pe lângă faptul că sunt tardiv înaintate, sunt neînsușite de Asociera (2), ca urmare a lipsei semnăturii, ștampilei și datei, și nu pot fi luate în considerare, nici de autoritatea contractantă, nici de C.N.S.C. ca reprezentând dovada IMM.

Contestatorul arată că își menține criticile cu privire la faptul că garanția de participare prezentată de Asociera (3) nu este conformă legislației și documentației de atribuire, întrucât termenul de valabilitate al acesteia nu este de 90 zile calendaristice, ci de 89 zile calendaristice.

Reiterând susțineri din contestație, contestatorul opinează că modalitatea de calcul a perioadei de valabilitate a garanției de participare se face în conformitate cu dispozițiile art. 181 alin. 1 pct. 2 din Codul de procedură și nu în conformitate cu dispozițiile art. 3 lit. z) din O.U.G. 34/2006, prevederi care sunt aplicabile numai în ceea ce privește normele procedurale stabilite de legislația achizițiilor publice, privind strict evenimentele sau actele autorității contractante, și care nu sunt aplicabile în cazul calculului altor termene, inclusiv în cazul termenelor de valabilitate aferente unor documente emise de terți (bănci/societăți de asigurare) și prezentate de candidați.

Contestatorul învederează că, chiar și dacă s-ar calcula termenul de 90 de zile calendaristice, conform prevederilor art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, acesta s-ar împlini în data de duminică 22.12.2013, situație în care, pentru a executa garanția de participare, autoritatea contractantă trebuie să se adreseze băncii cel mai târziu vineri 20.12.2013, astfel că garanția de participare este chiar mai mică de 89 de zile.

În opinia contestatorului, dacă se va face calculul celor 90 de zile calendaristice „pe zile pline”, luându-se în considerare data de depunere și deschidere a candidaturii ca fiind prima zi a termenului, atunci cea de a 90-a zi a termenului se va împlini în data de sâmbătă 21.12.2013, autoritatea contractantă aflându-se în imposibilitatea de a executa garanția de participare în cea de-a 90-a zi de valabilitate, întrucât este zi nelucrătoare, caz în care candidatul ar fi trebuit să manifeste diligența necesară și să aibă în vedere solicitarea ca banca să precizeze în scrisoarea de garanție de participare o valabilitate care să cuprindă inclusiv ziua de luni, 23.12.2013.

Contestatorul susține că, în conformitate cu prevederile art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006 art. 181 alin. 1 pct. 2 din Codul de procedură civilă, termenul de 90 de zile calendaristice calculat de la data limită de depunere a candidaturii se calculează conform prevederilor art. 181 alin. 1 pct. 2 din Codul de procedură civilă, în sensul că, în calcul nu intră ziua de la care începe să curgă termenul și nici ziua când acesta se împlinește, cele 90 de zile calendaristice împlinindu-se în data de luni 23.12.2013.

Reiterează cererile din contestație, solicitând să se ia act de renunțarea la criticile conform cărora candidaturile Asocierilor (2) și (3) trebuiau respinse, ca inacceptabile, în cadrul ședinței de deschidere a candidaturilor, pe motiv că nu au fost constituite în numele asocierii.

Se subliniază că, prin contestația formulată, ... nu urmărește și nu solicită anularea procedurii.

Având în vedere faptul că în punctul de vedere cu privire la cererea de intervenție accesorie formulată de a invocat excepția lipsei calității de reprezentant a ... în raport cu candidatul Asocierii (2), în considerarea dispozițiilor art. 269 din ordonanța de urgență, Consiliul a solicitat ... prin adresa nr. 21786/.../.../ din 01.11.2013, să se pronunțe în legătură cu excepția invocată.

Cu adresa nr. 1743 din 05.11.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 37556 din 05.11.2013, ... a formulat „răspuns” cu privire la excepția lipsei calității sale de reprezentant al Asocierii (3) în care învederează, în primul rând, că cererea de intervenție accesorie a fost depusă de ... în nume propriu, nu în numele și pe seama Asocierii (3) fapt care rezultă, fără echivoc, din modul de formulare a preambulului și a finalului cererii de intervenție accesorie, în care nu se face nicio referire la depunerea acesteia în numele și pe seama Asocierii, cererea de intervenție fiind formulată de ... prin reprezentantul său legal, motiv pentru care se solicită respingerea excepției invocată de contestatoare, ca lipsită de obiect.

În susținerea dreptului său de a formula, în calitate de membru individual al unei asocieri fără personalitate juridică, organizată în temeiul art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006, cerere de intervenție accesorie, ... arată că interpretarea pe care C.N.S.C. și jurisprudența o aplică cu privire la dreptul membrului individual al unei asocieri de a depune contestație în cadrul procedurii administrativ-jurisdicționale, este aceea că, în condițiile în care O.U.G. nr. 34/2006 nu stabilește un tratament distinct pentru contestațiile depuse de participanții la procedură, organizați ca asocieri fără personalitate juridică, oricare membru al asocierii poate depune contestație, sens în care se invocă Decizia C.N.S.C. nr. 2180/2011 și Decizia civilă nr. 1875 din 26.09.2011 pronunțată de Curtea de Apel ... - Secția a VIII- a de contencios administrativ și fiscal.

În considerarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza, mai întâi, excepția lipsei calității ... de a formula cerere de intervenție accesorie în numele Asocierii (3) și ... invocată de către ...

În legătură cu excepția invocată, Consiliul stabilește că cererea de intervenție accesorie este formulată de către ... în nume propriu, iar nu în numele asocierii al cărei lider este, după cum rezultă din preambulul acesteia „Subscrisa, ..., în calitate de Lider al Asocierii dintre (2), candidat în cadrul procedurii (...)” , precum și din semnătură, respectiv a ...ului ... pentru aceasta, iar nu pentru Asociere.

Constată Consiliul că nici din cuprinsul cererii de intervenție nu rezultă că este formulată în numele și pentru Asocierea al cărei lider este, astfel că susținerile contestatorului cu privire la acest aspect, apar ca fiind neîntemeiate.

În legătură cu dreptul ... de a formula cerere de intervenție accesorie, în nume propriu, reține Consiliul că sunt relevante dispozițiile art. 255 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

"Art. 255. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.

(2) În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire."

Prin prisma acestor norme, este limpede că ordonanța de urgență nu stabilește legitimarea procesuală activă a petentului, în funcție de calitatea sa de ofertant individual sau asociat.

Atât interesul legitim, cât și riscul de a suferi un prejudiciu, se regăsesc în persoana ... prin faptul de a fi participat cu candidatură comună la procedura în cauză urmând a executa o parte din contractul licitat, în ipoteza în care ar fi fost atribuit asocierii din care face parte. Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 nu prevede niciunde că, în cazul ofertanților asociați, contestația poate fi depusă numai de către toți asociații, împreună, ci dimpotrivă, atribuie legitimare procesuală activă oricărei persoane care se consideră vătămată, cum s-a arătat mai sus. Așadar, trebuie acceptat că ... poate investi și sta *nomine proprio* în fața Consiliului.

Având în vedere cele prezentate, Consiliul respinge excepția lipsei calității de reprezentant a intervenientului ... în raport cu candidatul Asocierea (2), și încuviințează, în principiu, în temeiul art. 52 Cod pr. civ., cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante,

formulată de către ... procedând, în cele ce urmează, la analiza pe fond a cauzei.

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

... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Sprijin pentru AMPOSDRU în vederea desfășurării misiunilor de verificare a funcțiilor delegate la sediul OIPOSDRU”, coduri CPV 79419000-4 - Servicii de consultanță în domeniul evaluării (Rev.2), 48821000-9 - Servere de rețea (Rev.2), 60000000-8 - Servicii de transport (cu excepția transportului de deșeuri) (Rev.2), 72262000-9 - Servicii de dezvoltare software (Rev.2) 79400000-8 - Consultanță în afaceri și în management și servicii conexe (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ... din 10.08.2013.

Conform anunțului de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului este de 12.558.760 lei, fără TVA.

Au fost depuse 4 candidaturi, printre care și cea a contestatorului, care au fost deschise în data de 23.09.2013, ocazie cu care a fost întocmit procesul-verbal nr. 250/DSC, împotriva căruia ... a depus contestație, solicitând, printre altele, și suspendarea procedurii de atribuire.

Prin decizia nr. ... din ... C.N.S.C. a suspendat procedura de atribuire până la soluționarea, pe fond, a contestației.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Într-o primă critică, ... susține că „garanțiile de participare pentru Asocierea (1), Asocierea (2) și Asocierea (3) sunt constituite doar în numele unui singur operator economic membru al asocierii, nu în numele asocierii”.

Consiliul constată că, prin „răspuns la punctul de vedere al autorității contractante și precizări”, contestatorul arată că renunță la criticile susmenționate, cu privire la garanțiile de participare depuse de către Asocierea (2) și Asocierea (3), fapt despre care se ia act, în analiză rămânând garanția de participare depusă de către Asocierea (1).

În legătură cu aceasta, Consiliul reține că, la dosarul cauzei, se regăsește „Instrument de garantare nr. GI-13/3721 pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică”, emis de către ING BANK N.V. AMSTERDAM – SUCURSALA ... prin care aceasta se obligă față de autoritatea contractantă să plătească suma de 100.000 lei, „corespunzătoare garanției **pentru participarea ... cu ofertă** la procedura de atribuire”. În documentul menționat se mai arată că banca va efectua plata „în contul specificat de Autoritatea Contractantă, cu condiția ca, în cererea sa, Autoritatea Contractantă să specifice că suma cerută de ea și datorată ei este din cauza existenței uneia sau mai multora dintre situațiile următoare: a) **oferantul ... și-a**

retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia; b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul ... nu a constituit garanția de bună execuție în perioada de valabilitate a ofertei și oricum nu mai târziu de data semnării contractului; c) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul ... a refuzat să semneze contractul de achiziție publică în perioada de valabilitate a ofertei; d) ofertantul se află în situația prevăzută de art. 278¹ alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 (...)".

Consiliul constată că, din documentul susmenționat reiese că garanția a fost constituită numai de către un membru al Asocierii și pentru acesta, respectiv de către și pentru ... spre a proteja autoritatea contractantă împotriva unui comportament abuziv al acestuia, precizat la literele a), b) c) și d), iar nu pentru întreaga asociere care este, în fapt, ofertantul în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel cum este elaborată garanția de participare, constată Consiliul că nu are menirea de a proteja autoritatea contractantă împotriva unui eventual comportament necorespunzător al ofertantului, constituit din asocierea a 4 operatori economici, prin urmare al oricăruia dintre aceștia sau al tuturor, concluzia fiind că documentul în cauză nu îndeplinește scopul pentru care a fost solicitat, definit la art. 84 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare: "Garanția de participare se constituie **de către ofertant** în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual **comportament necorespunzător al acestuia** pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului-cadru".

Consiliul nu va reține, fiind nefondate, apărările autorității contractante potrivit cărora ... este liderul asocierii și împuternicit de către membrii întregii asocieri, deoarece în legătură cu aspectul în cauză nu se face vorbire în acordul de asociere.

Nu vor fi reținute, fiind nefondate, nici apărările autorității contractante potrivit cărora "nu există consecințe ulterioare care să afecteze buna derulare a procedurii de atribuire, în situația posibilă în care Autoritatea contractantă ar fi nevoită să execute garanția bancară, aceasta se adresează direct instituției emitente, respectiv banca" deoarece, în forma în care a fost emisă, în speță numai pentru ofertantul ..., banca nu eliberează suma reprezentând garanția de participare, în favoarea autorității contractante, decât în cazurile precizate la literele a)-d), care privesc exclusiv un membru al asocierii, respectiv liderul. Chiar dacă se constituia de către ..., garanția de participare trebuia să se refere la ofertantul care este Asocieria dintre operatorii economici, iar cazurile de executare a garanției trebuiau precizate cu privire la Asociere, pentru ca garanția să poată produce efectul vizat de lege.

În niciun caz autoritatea contractantă nu va executa garanția bancară, constituită prin instrumentul bancar susmenționat, "indiferent dacă liderul sau unul dintre asociați dau dovadă de un comportament necorespunzător", așa cum, eronat, se susține în punctul de vedere

exprimat, deoarece în instrumentul de garantare se precizează, expres, cazurile în care banca va vira suma în cauză autorității contractante, printre care cel prezentat de către autoritatea contractantă nu se regăsește, situațiile descrise, după cum s-a arătat, vizând exclusiv acțiuni ale ...

Față de cele prezentate, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor contestatorului referitoare la garanția de participare depusă de către Asociera al cărei lider este ...

Similar s-a pronunțat și Curtea de Apel ... prin Sentința civilă nr. 4461 din 17.12.2009, în care s-a reținut după cum urmează: "Retragerea unui membru al asocierii, cu consecința modificării ofertei tehnice/financiare prezentată de asociera de operatori economici, creează riscul pentru autoritatea contractantă de a nu-și putea executa scrisoare de garanție conform dispozițiilor legale, în ipoteza în care din conținutul scrisorii de garanție nu rezultă că oferta a fost prezentată în asociera", la fel pronunțându-se prin decizia civilă nr. 2495 din 11.06.2012, aceeași Curte de Apel.

În consecință, în cazul candidaturii depusă de către Asociera al cărei lider este ..., determină Consiliul că sunt incidente dispozițiile art. 33 alin. 3 lit. b) coroborate cu cele ale art. 36 alin. 1 lit. a) din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare.

În cele ce urmează, Consiliul va analiza criticile contestatorului referitoare la garanția de participare depusă de către Asociera (2), despre care susține că nu a fost depusă în cuantumul solicitat ci la jumătate din valoarea acestuia, Asociera prevalându-se, fără a face dovada, de încadrarea în categoria IMM.

Consiliul constată că, într-adevăr, Asociera "(2)" a depus o garanție în valoare de 50.000 lei, prin scrisoare de garanție bancară nr. 84000-02-0021409 emisă de către Banca Millenium S.A., în condițiile în care, prin fișa de date a achiziției, s-a stabilit pentru garanția de participare un quantum de 100.000 lei.

Verificând documentele depuse de către Asociera pentru a dovedi încadrarea în categoria IMM a membrilor acesteia, Consiliul constată că ... a depus declarația privind încadrarea în categoria întreprinderilor mici și mijlocii, cuprinzând datele financiare aferente exercițiului financiar 2011, iar nu 2012 cum ar fi fost legal, fapt recunoscut și de către operatorul economic în cauză, prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

În soluționare, Consiliul se raportează la următoarele reglementări din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii:

- art. 6 alin. 1 – "Datele utilizate pentru calculul numărului mediu anual de salariați, cifra de afaceri netă anuală și activele totale sunt **cele raportate în situațiile aferente exercițiului financiar precedent**, aprobate de adunarea generală a acționarilor";

- art. 6 alin. 2 – "Dacă la data întocmirii situațiilor financiare anuale întreprinderea nu se mai încadrează în plafoanele stabilite la art. 3 și 4,

acesta nu își va pierde calitatea de întreprindere mică, mijlocie sau microîntreprindere decât dacă depășirea acestor plafoane se produce în două exerciții financiare consecutive”.

Prin urmare, față de dispozițiile legale invocate, Consiliul determină că, într-adevăr, obligația candidatului era de a depune declarația pe proprie răspundere privind încadrarea întreprinderii în categoria întreprinderilor mici și mijlocii, conform anexei nr. 1 din Legea susmenționată, cuprinzând date referitoare la numărul mediu anual de salariați, cifra de afaceri netă anuală și activele totale, aferente anului 2012, în timp ce ... a precizat, în respectiva declarație, informații aferente anului 2011, așa cum s-a arătat în cele ce preced.

Dar, având în vedere alin. 2 al articolului invocat, Consiliul determină că chiar dacă în anul 2012, pentru care nu s-a dat declarație, societatea în cauză nu s-ar mai fi încadrat în plafoanele precizate la art. 3 și 4 din Lege, iar în anul 2011 a făcut parte din categoria IMM, în prezenta procedură nu și-a pierdut drepturile aferente acestei categorii, deoarece depășirea plafoanelor nu s-a produs, după cum rezultă, în doi ani consecutivi, din declarația depusă reieșind că ... se încadrează în categoria IMM în anul 2010 și 2011.

Mai mult decât atât, Consiliul constată că datele ce se menționează în declarația pe proprie răspundere sunt unele ce se regăsesc și în situațiile financiare aferente exercițiilor financiare în discuție.

Față de cele arătate, Consiliul apreciază că ar fi fost excesiv de formalistă o măsură de respingere a candidaturii Asocierii "(2)" pentru motivul invocat de către contestator, câtă vreme, din documentele depuse, reiese, fără putință de tăgadă, calitatea de IMM a ... și, implicit, dreptul acesteia de a beneficia de facilitățile conferite prin art. 16 alin. 2 din Legea nr. 346/2004 consolidată, consecința unei astfel de măsuri fiind înfrângerea chiar a unuia dintre scopurile O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, statuat la art. 2 alin. 1 lit. a), respectiv "promovarea concurenței între operatorii economici".

În ceea ce privește principiul "tratamentului egal" al tuturor candidaților, invocat de către contestator, Consiliul constată că acesta nu a fost încălcat, câtă vreme, din înscrisurile depuse de către eiese că are dreptul legal de a depune jumătate din valoarea garanției de participare stabilită de către autoritatea contractantă. Principiul „tratamentului egal” se putea considera a fi fost încălcat, în situația în care se accepta candidatura unui candidat în legătură cu care se constata că a depus jumătate din valoarea garanției de participare, deși nu avea acest drept.

Susținerile contestatorului referitoare la documente depuse de către ... anexat cererii de intervenție, care nu au făcut obiectul analizei comisiei de evaluare, nu vor fi reținute în soluționare, documentele în sine fiind considerate fără relevanță în cauză, deoarece nu au stat la baza deciziei a cărei legalitate este investit Consiliul, prin contestație, să o cenzureze.

Pentru cele prezentate, Consiliul va reține ca fiind nefondate criticile contestatorului referitoare la candidatura depusă de către Asociera al cărei lider este ...

O altă critică a ... se referă la garanția de participare depusă de către Asociera (3), sub aspectul termenului de valabilitate al acesteia.

Consiliul constată că, prin fișa de date a achiziției, s-a solicitat "Perioada de valabilitate a garanției de participare: minim **90 zile calendaristice** de la data limită de depunere a candidaturilor. Garanția de participare va avea perioada de valabilitate egală cu perioada de valabilitate a ofertei".

Din scrisoarea de garanție bancară depusă de către Asociera "(3)", emisă de Uni Credit Țiriac Bank, reiese, cu privire la aspectul în cauză, că **"această garanție expiră cel mai târziu la data de 22 decembrie 2012"**.

Din chiar cerința formulată prin fișa de date a achiziției, Consiliul constată că termenul de valabilitate se stabilește pe "zile calendaristice", iar nu pe zile libere cum, în mod eronat, susțin atât autoritatea contractantă care face referire la dispozițiile art. 3 lit. z) din ordonanța de urgență cât și contestatorul care face referire la art. 181 alin. 1 pct. 2 din Codul de procedură civilă.

În legătură cu temeiul de drept invocat de către contestator, Consiliul constată că art. 181 alin. 1 din Noul Cod de procedură civilă reglementează termenele procedurale, care, potrivit art. 180 alin. 1, reprezintă "intervalul de timp în care poate fi îndeplinit un act procedural sau în care este interzis să se îndeplinească un act de procedură", or, în cazul în speță, scrisoarea de garanție bancară nu constituie un act procedural, prin urmare nu se supune normelor de procedură civilă.

Consiliul are în vedere, în soluționare, faptul că nici O.U.G. nr. 34/2006 și nici H.G. nr. 925/2006 nu au prevederi exprese privind modul de calcul al termenului și nicio trimitere finală în sensul că dispozițiile acestor acte normative se completează cu dispozițiile codului de procedură civilă. Totodată, art. 3 din ordonanța de urgență, invocat de către autoritatea contractantă, arată că "În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații", cu definiția de la lit. z) referitoare la ceea ce trebuie înțeles prin "zile", dar, reține Consiliul, ordonanța de urgență nu stabilește vreun termen pentru garanția de participare cu mențiunea "zile" pentru a-i fi aplicabile respectivele dispoziții legale.

Faptul că termenul în cauză nu se calculează pe zile libere apare evident și din logica elementară a necesității ca scrisoarea de garanție să fie valabilă începând chiar din data limită de depunere a candidaturilor, care este și ziua deschiderii acestora, cum trebuie să fie, în mod evident, și oferta, al cărei termen de valabilitate este necesar a fi acoperit de cel al garanției de participare.

Similar într-o astfel de speță a reținut și Curtea de Apel Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, prin Decizia nr. 1129 din 23.06.2010.

Procedând la calculul termenului de valabilitate a garanției de participare pe zile calendaristice, astfel cum s-a arătat, Consiliul determină că prima zi a acestuia este 23.09.2013, iar ultima zi, în care se împlinește termenul de 90 zile, solicitat prin fișa de date, este 21.12.2013, inclusiv.

Față de mențiunea din scrisoarea de garanție bancară eliberată pentru Asocieria "(3)", potrivit căreia garanția **expiră cel mai târziu la data de 22 decembrie 2012**, Consiliul constată că este îndeplinită cerința din fișa de date a achiziției, criticile contestatorului apărând ca fiind nefondate.

Consiliul nu va reține, în soluționare, susținerile contestatorului potrivit cărora, prezumând că a 90 zi a termenului de valabilitate este 21.12.2013, o zi de sâmbătă, "autoritatea contractantă aflându-se în imposibilitatea de a executa garanția de participare în cea de-a 90-a zi de valabilitate aceasta fiind nelucrătoare (...) candidatul ar fi trebuit să manifeste **diligentă**" și să solicite băncii precizarea, în scrisoarea de garanție, a unei valabilități care să cuprindă inclusiv ziua de luni, 23.12.2013, deoarece ... nu justifică interes în formularea acestor critici, nefiind vătămată în vreun fel de împrejurarea descrisă, situația vizând-o exclusiv pe autoritatea contractantă, care, la întocmirea fișei de date și a anunțului de participare, trebuia să aibă în vedere un eventual dezavantaj ce i s-ar putea crea, prin stabilirea termenului respectiv, dacă aprecia astfel.

Față de cele prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 2 și 6 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată de către ... și anulează, în parte, procesul-verbal de deschidere nr. 250/DCS din 23.09.2013, cu privire la candidatura depusă de către Asocieria (1). Dispune continuarea procedurii de atribuire, cu verificarea documentelor referitoare la garanția de participare depusă de respectiva Asocierie, în considerarea aspectelor reținute în motivare, precum și comunicarea actului astfel remediat participanților la procedură.

Având în vedere soluția pronunțată, admite cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, formulată de către ...

Decizia este obligatorie, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. 1 și 3 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 5 exemplare originale, conține 25 pagini.