CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1/04.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34648/05.09.2019, depusă de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal de ..... – director general și convențional prin ..... - Cabinet Individual de Avocat, cu sediul profesional în str....., ..., împotriva adresei nr. 3347/30.08.2019, reprezentând comunicarea rezultatului selecției de oferte pentru ..., organizată de ..., cu sediul în ....., ..., ..., s-au solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. 3347/30.08.2019, reprezentând comunicarea rezultatului selecției de oferte, prin care oferta ..... SRL a fost declarată inacceptabilă;
- obligarea autorităţii contractante de a recunoaşte ca fiind admisibilă oferta ..... SRL;
- reluarea procedurii de evaluare a ofertelor, cu includerea ofertei ..... SRL.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care ..... SRL reclamă adresa nr. 3347/30.08.2019, reprezentând comunicarea rezultatului selecției de oferte, potrivit căreia autoritatea contractantă a declarat oferta sa drept inacceptabilă.

Contestatorul arată că în actul atacat, autoritatea ..... - ... i-a comunicat următoarele:

"Prin prezenta vă comunicăm faptul că, în urma evaluării, oferta societăţii dumneavoastră înregistrată sub nr. 1175/28.03.2019, ora 08.31, este necâştigătoare, fiind declarată inacceptabilă, în cadrul selecţiei de oferte pentru ...".

Raportat la cerinţele din Documentaţia de atribuire, oferta societăţii dumneavoastră a fost declarată inacceptabilă pentru următoarele motive:

- Propunerea financiară este în valoare de 1.134.480 lei, la care se va adăuga TVA pentru perioada mai-decembrie şi 567.240 lei, la care se adaugă TVA pentru perioada ianuarie-aprilie 2020. Astfel, rezultă o valoare totală de 1.701.720 lei fără TVA.

- Conform Secţiunii IV- punctul IV. 13) din Anunţul de participare 1148/26.03.2019, "Propunerea financiară se va prezenta în lei şi va conţine detaliat tocite costurile pentru realizare şi difuzarea materialelor prin urmare, valoarea totală a ofertei, care cuprinde valoarea ofertei până Ici finalul anului 2019 la care se adaugă valoarea aferentă serviciilor ce urmează a fi prestate în perioada 01.01.-30.04.2020 trebuia să se încadreze în valoarea estimată pe tip de serviciu comunicată prin documentaţia de atribuire;

- Din documentele depuse rezultă că valoarea totală a ofertei este în valoare de 1.701.720 lei fără TVA, valoare ce depăşeşte valoarea estimată a achiziţiei pe tip de serviciu prevăzută la Secţiunea II- punctul II. 8) din Anunţul de participare, respectiv 1.150.000 lei fără TVA pentru servicii producţie şi difuzare TV".

Totodată, contestatorul susține că la data de 26.03.2019, autoritatea contractantă a emis Anunțul de participare nr. 1148, prin care a precizat pe lângă denumirea obiectului achiziției, tipul contractului, modalitatea de atribuire, coduri CPV aferente, atât durata cât și valoarea totală alocată și estimată:

II.7) Durata:

Serviciile vor fi prestate până la 31.12.2019, cu posibilitatea prelungirii cu 4 luni în anul 2020, dacă autoritatea contractantă identifică fondurile bugetare necesare cu această destinaţie.

II.8) Valoare totală alocată Programului Cultural „...: ...": 6.722.689,07 lei, exclusiv TVA.

Valoarea estimată proiect servicii de producţie TV - 1.150.000 lei exclusiv TVA

Valoarea estimată proiect servicii de producţie radiofonică - 690.000 lei exclusiv TVA; Valoarea estimată proiect servicii de agenţii de presă - 230.000 lei exclusiv TVA; Valoarea estimată proiect servicii prestate de autori şi artişti independenţi - 230.000 lei exclusiv TVA.

Pentru proiectele declarate eligibile, în ordinea depunerii, se vor atribui şi semna contracte de servicii până la epuizarea valorii totale alocate Programului Cultural Turistic „...: ...".

Pe cale de consecință, petentul reține că prin art. II.8) alin. (2) din Anunţul de participare, autoritatea contractantă a dorit oferte ce vor fi prestate până la 31.12.2019 şi a căror valoare estimată proiect servicii de producţie TV să se încadreze pe această perioadă (până la 31.12.2019) în suma de 1.150.000 lei exclusiv TVA.

Se menționează că pentru anul 2020, sub condiţie suspensivă, autoritatea contractantă a precizat că există posibilitatea prelungirii cu 4 luni, doar dacă autoritatea contractantă identifică fondurile bugetare necesare cu această destinaţie *("cu posibilitatea prelungirii cu 4 luni în anul 2020, dacă autoritatea contractantă identifică fondurile bugetare necesare cu această destinaţie."*).

Autorul contestației precizează că condiţia este suspensivă atunci când de îndeplinirea sa depinde eficacitatea obligaţiei (art. 1.400 Noul Cod civil), adică naşterea în mod valabil a obligaţiei, în funcţie de îndeplinirea sau nu a acestei condiţii producându-se sau nu efectele specifice ale obligaţiei.

Totodată, contestatorul afirmă că potrivit art. 1404 Cod civil, *(2) Când obligaţia este contractată sub condiţia producerii unui eveniment într-un anumit termen, condiţia este socotită neîndeplinită dacă termenul s-a împlinit fără ca evenimentul să se producă. In lipsa unui termen, condiţia se consideră neîndeplinită numai atunci când este sigur că evenimentul nu se va produce*.

Societatea contestatoare face mențiunea că valoarea estimată de 1.150.000 lei exclusiv TVA pentru serviciile ce vor fi prestate până la 31.12.2019 interesează sub mai multe aspecte:

- pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a);

- condiţiile şi modalităţile de aplicare a procedurii simplificate prevăzute la alin. (2) presupun cel puţin termene mai scurte decât cele prevăzute în cuprinsul prezentei legi şi formalităţi procedurale reduse faţă de cele prevăzute în cuprinsul acesteia pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică, acordurilor-cadru şi concursurilor de soluţii a căror valoare estimată este mai mare decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1).

- valoarea estimată a achiziţiei se determină înainte de iniţierea procedurii de atribuire şi este valabilă la momentul iniţierii procedurii de atribuire etc.

Petenta susține că potrivit dispoziţiilor legiuitorului din art. 9 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice (însă inaplicabilă prezentei, cum chiar şi autoritatea reţine şi prin Anunţul de participare), autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziţii având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, deci în cauză VALOAREA TOTALĂ DE PLATĂ DE 6.722.689,07 lei, exclusiv TVA (pct. II.8 alin. (1) din Anunţul de participare *"II.8 Valoare totală alocată Programului Cultural „...:...": 6.722.689,07 lei, exclusiv TVA"*).

Totodată, contestatorul indică faptul că art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice prevede că oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preţ depăşeşte valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită şi documentată înainte de iniţierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată.

Se afirmă de către petent că aceleaşi condiţii cumulative cu privire la preţ sunt prevăzute şi de normele metodologice de aplicare a prevederilor din Legea nr. 98/2016; astfel, potrivit dispoziţiilor art. 137 alin. (2) lit. e)

din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/ acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, oferta este considerată inacceptabilă în situaţia în care *„preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv*".

Aşadar, ofertantul conchide că potrivit dispoziţiilor legale, oferta este considerată acceptabilă atunci când depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare, însă numai dacă această valoare poate fi suplimentată, existând posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare de către autoritatea contractantă pentru îndeplinirea respectivului contract de achiziţie publică, şi suplimentarea nu conduce la modificarea substanţială a contractului.

Estimarea valorii contractului de achiziţie publică derivă în accepțiunea contestatorului dintr-o altă estimare a valorii totale de plată a serviciilor/ produselor/lucrărilor, estimare făcută de autoritatea contractantă prin consultarea pieţei şi identificarea mediei preţurilor de pe respectiva piaţă.

Așadar, ofertantul contestator semnalează faptul că cazurile prevăzute la art. 137 alin. (2) lit. e) şi lit. f) din HG nr. 395/2016 reglementează situaţiile în care oferta este respinsă ca inacceptabilă, ambele având aceeaşi cauză de respingere, respectiv depăşirea valorii estimate comunicate prin anunţul de participare.

Cu toate acestea, contestatorul opinează că ambele cazuri sus-menţionate prevăd necesitatea îndeplinirii cumulative a două, respectiv trei condiţii pentru calificarea ofertei ca fiind inacceptabilă, respectiv: (i) depăşirea valorii estimate comunicate prin anunţul de participare şi (ii) inexistenţa posibilităţii disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică, respectiv (i) depăşirea valorii estimate comunicate prin anunţul de participare, (ii) existenţa posibilităţii disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică.

În acest context, autoarea contestației subliniază că posibilitatea depunerii unei oferte al cărei preţ să fie mai mare decât valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare există şi în legislaţia anterioară a achiziţiilor publice (art. 36 alin. (1) lit. e) din HG nr. 925/2006), iar în legătură cu aceasta ANAP a statuat că *„estimarea făcută de către autoritatea contractantă nu reprezintă o valoare maximă pe care o poate avea contractul ce urmează a fi încheiat, ci este o estimare a valorii contractului elaborată pe baza calculării şi însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, estimare ce nu poate reprezenta întotdeauna răspunsul pieții din momentul în care ofertanţii îşi depun ofertele*".

Totodată, contestatorul arată că ANAP a publicat pe pagina sa oficială de internet un punct de vedere cu privire la acest aspect, conchizând că *„în măsura în care autoritatea contractantă poate identifica, în sensul celor menţionate, fondurile necesare în vederea îndeplinirii contractului de*

achiziţie publică de furnizare ce se doreşte a fi atribuit, are dreptul de a continua aplicarea procedurii competitive potrivit legislaţiei în vigoare, însă la momentul semnării contractului, ce reprezintă angajamentul legal, sursele de finanţare trebuie asigurate în mod obligatoriu”.

Contestatorul menţionează şi dispoziţiile Paragrafului 4 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, intitulat sugestiv "Exceptări specifice pentru contractele de servic”, astfel, la art. 29 se stipulează: *"(1) Prezenta lege nu se aplică pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru de servicii care au ca obiect: b) cumpărarea, dezvoltarea, producţia sau coproducţia de materiale pentru programe destinate serviciilor media audiovizuale, atribuite de furnizori de servicii media, ori contractelor pentru spaţiu de emisie sau furnizarea de programe care sunt atribuite furnizorilor de servicii media;"*, iar la alin. (2) *"În sensul alin. (1) lit. b): a) noţiunile serviciu media audiovizual şi furnizor de servicii meclia au înţelesurile prevăzute la art. 1 alin. (1) pct. 1 şi 12 din Legea audiovizualului nr. 504/2002, cu modificările şi completările ulterioare; b) noţiunea program cuprinde atât programele având înţelesul prevăzut la art. 1 alin. (1) pct. 4 din Legea nr. 504/2002, cu modificările şi completările ulterioare, incluse într-un serviciu de programe de televiziune, cât şi programele incluse într-un serviciu de programe de radiodifuziune şi materialele pentru programe, iar noţiunea material pentru programe are acelaşi înţeles cu noţiunea program"*, lege inaplicabilă prezentei, cum chiar şi autoritatea reţine şi prin Anunţul de participare.

Se precizează de către ofertant că în prezenta cauză, aşa cum chiar autoritatea contractantă a menţionat explicit în cadrul Procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. 1352/08.04.2019 - fila 6 poziția 11, oferta tehnică a fost complinită întru-totul, sub toate aspectele, acest lucru fiind reluat în cadrul paginii 10.

În egală măsură, contestatorul susține că în cadrul Procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. 1352/08.04.2019, autoritatea a indicat, cu privire la oferta financiară a ..... SRL, în cadrul pag. 10, la şi-a ÎNSUŞIT EXPRES şi a INDICAT la rubrica ''Ofertă financiară (lei, fără TVA)" la poziţia 11 "7175/28.03.2019 08:31 ..... SRL" suma de 1.134.480 lei şi nu suma de 1.701.720 lei fără TVA, cum susţine autoritatea în cadrul actului contestat Comunicare privind rezultatul selecţiei de oferte nr. 3347/30.08.2019.

Pe cale de consecință, ofertantul constată că la data de 08.04.2019 ora 12.00, cu ocazia deschiderii ofertelor depuse, comisia de evaluare a stabilit că oferta financiară a ..... SRL este în sumă de 1.134.480 lei şi nu suma de 1.701.720 lei fără TVA.

Contestatorul arată că perioada pentru care există valoare totală de plată de 6.722.689,07 lei, exclusiv TVA (pct. II.8 alin. (1) din Anunţul de participare *II.8) Valoare totală alocată Programului Cultural „...: ...": 6.722.689,07 lei, exclusiv TVA)* este până la 31.12.2019 şi a căror Valoare estimată proiect servicii de producţie TV pe această perioadă (până la 31.12.2019) în suma de 1.150.000 lei exclusiv TVA.

Astfel, contestatorul menționează că procesul-verbal din data de 08.04.2019 ora 12.00 este în forţă, nefiind niciodată desfiinţat/anulat, constatând că oferta financiară pentru suma de 1.134.480 lei se încadrează

întru-totul în valoarea estimată a proiectului în suma de 1.150.000 lei exclusiv TVA, astfel că oferta şi din acest punct de vedere este pe deplin admisibilă.

Se indică de către ofertantul contestator un alt argument al autorităţii în cadrul actului contestat, astfel:

- Conform Secţiunii IV- punctul IV 13) din Anunţul de participare 1148/26.03.2019, *"Propunerea financiară se va prezenta în lei şi va conţine detaliat toate costurile pentru realizare şi difuzarea materialelor prin urmare, valoarea totală a ofertei, care cuprinde valoarea ofertei până la finalul anului 2019 la care se adaugă valoarea aferentă serviciilor ce urmează a fi prestate în perioada 01.01.-30.04.2020 trebuia să se încadreze în valoarea estimată pe tip de serviciu comunicată prin documentaţia de atribuire*".

Spre deosebire de reţinerile şi interpretările autorităţii contractante,petentul susuține că în realitate dispoziţiile precitate sunt următoarele - Pagina 6 din Anunţul de participare:

"IV. 13) Modul de prezentare a propunerii financiare:

Propunerea financiară se va prezenta în lei şi va conţine detaliat toate costurile pentru realizarea şi difuzarea materialelor (costuri de documentare, producţie, postproducţie, onorarii, difuzare, etc).

Nota: Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informaţiile cu privire la preţ, precum şi la alte condiţii financiare si comerciale legate de obiectul achiziţiei. De asemenea, propunerea financiară va fi elaborată astfel încât să fie evidenţiate costurile lunare şi săptămânale pentru serviciile propuse. Graficul de producţie şi difuzare cu valori (zilnic, lunar) va fi întocmit astfel: Pentru perioada 01.05.2019 -31.12.2019;

Pentru perioada 01.01.2020-30.04.2020, deoarece contractul va fi încheiat cu posibilitatea prelungirii cu 4 luni în anul 2020, dacă se identifică fonduri cu această destinaţie".

Totodată, autorul contestației învederează că în cuprinsul pct. IV. 13, autoritatea contractantă, cea care a emis Anunţul de participare, nu a dorit să folosească terminologia de "valoare totală a ofertei” pe care o introduce abuziv abia în cadrul actului contestat.

În realitate, petentul apreciază că toate aspectele prevăzute în cadrul pct. IV. 13 au fost complinite de către ..... SRL, neexistând nicio nemulţumire cu privire la alte aspecte, decât cu privire la aşa-zisa valoare totală a ofertei, terminologie şi interpretare abuzivă introdusă abia în cadrul actului contestat.

Complinirea şi raportarea la dispoziţiile pct. IV. 13 din Anunţul de participare, în sensul indicării ofertei - sumei şi pentru perioada 01.01.2020-30.04.2020 însă sub condiţia suspensivă a identificării de fonduri este firească în opinia contestatorului, suma de 567.240 lei aferentă acestei noi perioade, nefiind luată în seamă de autoritatea contractantă, aşa cum rezultă neechivoc din Procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 1352/08.04.2019, pag. 10, ci având valenţă doar suma de 1.134.480 lei.

Or, contestatorul face precizarea că a prezentat o ofertă financiară astfel cum a fost evidenţiată în cadrul Procesului-verbal de deschidere a

ofertelor nr. 1352/08.04.2019, pag. 10, proces-verbal prin care autoritatea și-a însușit expres oferta ..... SRL și a indicat la rubrica "Ofertă financiară (lei, fără TVA)" la poziţia 11 "1175/28.03.2019 08:31 ..... SRL" suma de "1.134.480 lei".

În subsidiar, ofertantul învederează că, chiar dacă s-ar reţine ca admisibile susţinerile autorităţii contractante, oferta sa este considerată acceptabilă chiar şi atunci când depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare, dacă această valoare poate fi suplimentată, existând posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare de către autoritatea contractantă pentru îndeplinirea respectivului contract de achiziţie publică.

Ca o consecinţă a anulării actului atacat emis de către autoritate - Comunicare privind rezultatul selecţiei de oferte pentru servicii de producţie TV, radiofonică, prestate de furnizori de servicii media, agenţii de presă şi de autori şi artişti independenţi pentru Programul cultural "...: ...t" nr. 3347/30.08.2019, prin care oferta ..... SRL a fost respinsă, se impune în accepțiunea ofertantului reluarea procedurii de evaluare a ofertelor conform procedurii, enunțată mai jos:

SECŢIUNEA IV: PROCEDURA

IV. I) Tipul procedurii: excepţie

Conform art. 29. Ut. b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, prezenta lege nu se aplică pentru atribuirea către furnizorii de servicii media a contractelor de achiziţie publică/contractelor de prestări servicii având ca obiect furnizarea programelor cumpărate, dezvoltate sau care conţin materiale produse sau coproduse pentru Programul Cultural Turistic "...: Bucharest".

IV. 2) Reguli obiective de selecţie: Ofertanţii vor fi selectaţi in ordinea depunerii ofertelor, până la epuizarea valorii totale alocate Programului Cultural Turistic „...: ...".

Orice operator economic va depune o singură ofertă pe tip de serviciu (tip I: servicii de producţie TV. tip 2: servicii de producţie radiofonică, tip 3: servicii de agenţii de presaşi servicii prestate de autori si artişti independenţi) în cadrul procedurii. În cazul în care un operator economic depune două sau mai multe oferte pe acelaşi tip de serviciu, se va lua în considerare prima ofertă depusă.

Regula succesivităţii se aplică dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ, atât cerinţele minime referitoare la ofertă, cât şi criteriile de calificare şi selecţie privind ofertanţii. Dacă în urma aplicării regulii succesivităţii vor rămâne fonduri insuficiente cât să cuprindă oferta următoare, autoritatea contractantă va solicita ofertantului să depună, într-un termen de 3 zile, o ofertă care să se încadreze în valoarea fondurilor rămase disponibile, în cazul în care ofertantul respectiv nu prezintă oferta solicitată, autoritatea contractantă va aplica regula succesivităţii pentru reofertare până la epuizarea fondurilor alocate Programului Cultural Turistic "...: ...",

cu consecinţa includerii ofertei contestatorului cel puţin la poziţia 9 în clasamentul final.

Prin adresele nr. ..., în temeiul art. 15 alin. (1) şi art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a pus în discuţia părţilor excepţia lipsei sale de competență în soluţionarea contestaţiei depuse, raportat la prevederile

art. 2 și art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispoziţiile art. 29 lit. b) din Legea nr. 98/2016 și art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și la împrejurarea că, din cuprinsul contestației, rezultă că, în cauză, a fost derulată o procedură pentru care Legea nr. 98/2016 nu se aplică.

Prin adresa nr. 1/18.09.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 36638/18.09.2019, contestatorul a formulat punct de vedere față de adresa CNSC nr. ....

Prioritar, contestatorul constată că însuși CNSC, prin cadrul adresei anterioare nr. ... a apreciat pe deplin incidente dispozițiile Legii nr. 98/2016 și procedurii de contestare reglementată de Legea nr. 101/2016, punând în sarcina societății sale a achita cauțiune în raportare la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018 (în cuantum de 23.000 lei, sumă substanțială și împovărătoare pentru societatea sa, dar depusă de bună-credință la dosarul cauzei), cât și față de eventuala incidență a excepției tardivității în lumina acelorași două legi (mențiuni exprese ale autorității administrativ-jurisdicționale CNSC, complinite de asemenea de societatea sa prin depunerea dovezilor privind comunicarea contestației și autorității publice contractante).

Pe de altă parte, contestatorul arată că necesitatea supunerii procedurii reglementată de Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 101/2016 este recunoscută chiar și de autoritatea contractantă - AMTP și rezidă și din actele sale unilaterale de achiziție (*Criteriile de eligibilitatea* art. 3.3 din Nota de justificare, respectiv Secțiunea III din Anunțul de participare):

- neîncadrarea ofertantului (lider, asociat, subcontractant) în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;
- neîncadrarea ofertantului (lider, asociat, subcontractant) în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice coroborat cu art. 166 (2) din același act normativ;
- neîncadrarea ofertantului (lider, asociat, subcontractant) în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.
- încadrarea în situația prevăzută la art. 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice atrage excluderea ofertantului din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Într-adevăr, așa cum a arătat chiar prin cadrul contestației (pag. 3-4), "La data de 26.03.2019, sub nr. 1148, autoritatea ..... - ...a emis ANUNȚ DE PARTICIPARE, prin care, a declarat neechivoc, însușindu-și dispozițiile legale: că SECŢIUNEA IV: PROCEDURA IV. 1) Tipul procedurii: excepție

Conform art. 29. lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prezenta lege nu se aplică pentru atribuirea către furnizorii de servicii media a contractelor de achiziție publică/contractelor de prestări servicii având ca obiect furnizarea programelor cumpărate, dezvoltate sau care conțin materiale produse sau coproduse pentru Programul Cultural Turistic "...: ...".

Totodată, contestatorul arată că în cadrul Notei de justificare nr. 210/05.03.2019, ce stă la baza demarării procedurii, autoritatea contractantă a arătat că: *"Serviciile de agenții de presă și serviciile*

prestate de autori și artiști independenți se regăsesc pe anexa 2 din Legea nr. 98/2016 modificată și completată.

Conform art. 34 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, "în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât achiziții pentru care se aplică dispozițiile prezentei legi, cât și achiziții pentru care se aplică dispozițiile altor acte normative, iar diferitele părți ale unui contract mixt sunt în mod obiectiv separabile, autoritatea contractantă are dreptul de a alege între a atribui contracte distincte pentru părți separate și a atribui contracte distincte pentru părțile separate și a atribui un singur contract".

Coroborat cu art. 35 alin (2) din Legea nr. 98/2016, "în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2, cât și alte servicii, precum și în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii, cât și produse, obiectul principal se determină în funcție de care mai mare dintre valorile estimate ale serviciilor sau produselor respective".

Având în vedere cele menționate și luând în considerare faptul că pentru serviciile de producție TV și serviciile de producție radiofonică valoarea estimată a proiectelor este mai mare decât în cazul serviciilor prestate de agenții de presă și servicii prestate de artiști independenți, achiziția de servicii de producție TV, radiofonică, prestate de furnizori de servicii media, agenții de presă și de autori și artiști independenți pentru Programul cultural "...: ..." este exceptată de la Legea nr. 98/2016, conform art. 29, alin (1), lit. b)".

Or, în realitate, contrar reținerilor autorității, contestatorul susține că serviciile de agenții de presă și serviciile prestate de autori și artiști independenți NU se regăsesc pe anexa 2 din Legea nr. 98/2016 modificată și completată, sens în care redă *in extenso* toate descrierile din anexa nr. 2:

- Servicii de sănătate, servicii sociale și servicii conexe;
- Servicii sociale administrative, servicii de învățământ, servicii de sănătate și servicii culturale
- Servicii de asigurări sociale obligatorii
- Servicii de indemnizații
- Alte servicii comunitare, sociale și personale, inclusiv servicii prestate de organizații sindicale, de organizații politice, de asociații de tineri și servicii diverse prestate de organizații asociative
- Servicii religioase
- Servicii hoteliere și restaurante
- Servicii juridice, în măsura în care nu sunt excluse în temeiul art. 29 alin. (3)
- Alte servicii administrative și servicii guvernamentale
- Prestări de servicii pentru comunitate
- Servicii legate de închisori, de securitate publică și de salvare, în măsura în care nu sunt excluse în temeiul art. 29 alin. (1) lit. h)
- Servicii de investigație și de siguranță
- Servicii internaționale
- Servicii poștale
- Servicii diverse (Servicii de reşapare de pneuri şi Servicii de feronerie),

neexistând niciunde în cadrul Anexei nr. 2 Cod CPV /Descriere vreo asemenea relaționare.

Pe cale de consecință, în opinia contestatorului, raționamentul autorității contractante privind "*Coroborat cu art. 35 alin (2) din Legea nr. 98/2016, "în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2, cât și alte servicii, precum și în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii, cât și produse, obiectul principal se determină în funcție de care mai mare dintre valorile estimate ale serviciilor sau produselor respective*", nu își are fundament.

Altfel spus, întrucât serviciile de agenții de presă și serviciile prestate de autori și artiști independenți nu se regăsesc în Anexa 2 din Legea nr. 98/2016 modificată și completată, dispozițiile art. 35 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 nu își găsesc aplicabilitatea în cadrul acestei proceduri de achiziții, supunându-se deci cadrului general reglementat de Legea nr. 98/2016 și procedurii de contestare reglementată de Legea nr. 101/2016.

Nu în ultimul rând, contestatorul arată că chiar autoritatea contractantă a înțeles să aplice dispozițiile Legii nr. 98/2016, chiar prin modul de redactare a comunicării contestate: "*oferta societății dumneavoastră înregistrată sub nr. 1175/28.03.2019, ora 08,31, este inacceptabilă, pentru următoarele motive:....".*

Mai mult, contestatorul arată că, în mod expres, în cadrul Notei de justificare, autoritatea contractantă înțelege incidența Legii nr. 98/2016:

"*3. 2. DETERMINAREA ŞI JUSTIFICAREA VALORII ESTIMATE*

Valoarea totală a programului, respectiv valoarea estimată a tuturor serviciilor este de 6.722.698,07 lei fără TVA.

Estimarea s-a efectuat conform art. 9 alin. (1) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, avându-se în vedere valoarea totală de plată fără TVA, luându-se în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției.

Valoarea estimată a unei achiziții de servicii de producție TV/producție radiofonică/servicii de agenții de presă, respectiv servicii prestate de autori, artiști independenți (vloggeri, bloggeri, etc) s-a determinat pe baza unor contracte similare încheiate de instituția noastră cu furnizorii de servicii de producție TV, producție radiofonică, producție a furnizorilor de servicii media, precum și servicii prestate de autori și artiști independenți".

În concluzie, contestatorul precizează că suntem în fața unei achiziții ce nu se regăsește în Anexa nr. 2 din Lege, supunându-se deci cadrului general reglementat de Legea nr. 98/2016 și procedurii de contestare reglementată de Legea nr. 101/2016.

Pe cale de consecință, față de exigențele Legii nr. 98/2016 și 101/2016, contestatorul consideră că autoritatea competentă în a soluționa prezenta contestație este CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR.

Prin adresa nr. 3668/20.09.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 36968/20.09.2019, ... a răspuns adresei Consiliului nr. ..., solicitând admiterea excepției lipsei de competență a C.N.S.C. în soluționarea

contestației nr. 1/04.09.2019 (înregistrate la C.N.S.C. sub nr. 34648/05.09.2019), raportat la prevederile art. 2 coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 29 lit. b) din Legea nr. 98/2016 și art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în condițiile în care în cauză a fost derulată o procedură pentru care nu se aplică dispozițiile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice astfel cum este stipulat la Paragraful 4 „Exceptări specifice pentru contractele de servicii" - art. 29 lit. b) din Legea nr. 98/2016.

I. Aspecte prealabile:

i. ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat selecția de oferte pentru „...: ...", cod-uri CPV: 92221000-6 „Servicii de producție TV" (Rev.2); 92211000-3 „Servicii de producție radiofonică" (Rev.2); 92400000-5 „Servicii de agenții de presă" (Rev.2) și 92312200-3 „Servicii prestate de autori și artiști independenți" (Rev.2).

ii. Într-o cauză similară (diferă doar denumirea contestatorului) cu cea care face obiectul dosarului nr. ..., prin Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. ..., cu privire la soluționarea contestației înregistrată la Consiliu sub nr. 34651/05.09.2019, formulată de ... S.R.L., împotriva actului ... reprezentând Comunicare privind rezultatul selecției de oferte pentru servicii de producție TV și radiofonică, prestate de furnizori de servicii media, agenții de presă și de autori și artiști independenți pentru Programul cultural „...: ...", CNSC a admis excepția lipsei de competență a acestuia în soluționarea contestației, pe care, de altfel, a invocat-o din oficiu.

II. Motivarea excepției invocate:

1. Așa cum a amintit anterior, ... a inițiat:

a. o procedură de selecție de oferte pentru atribuirea unor contracte de servicii de producție TV și radiofonică prestate de furnizori de servicii media, agenții de presă și de autori și artiști independenți, care fac parte din categoria contractelor de servicii pentru care nu se aplică prevederile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, fiind expres prevăzute de legiuitor la art. 29 lit. b) din Legea nr. 98/2016 - Paragraful 4 *„Exceptări specifice pentru contractele de servicii";*

b. selecția de oferte prin publicarea pe site-ul propriu …, la secțiunea „Informații" subsecțiunea „Anunțuri" a anunțului de participare din data de 26.03.2019 intitulat „Anunț De Participare - ...: ... 26.03.2019", prin care *„invită toți operatorii economici interesați să depună oferta pentru ...»"* în vederea atribuirii de contracte de servicii având ca obiect *„servicii de producție TV, radiofonică, prestate de furnizori de servicii media, agenții de presă și de autori și artiști independenți pentru Programul cultural „...: ...", cod-uri CPV: 92221000-6 „Servicii de producție TV" (Rev.2); 92211000-3 „Servicii de producție radiofonică" (Rev.2); 92400000-5 „Servicii de agenții de presă" (Rev.2); 92312200-3 „Servicii prestate de autori și artiști independenți" (Rev.2)*", stabilind data și ora limite de depunere a ofertelor ca fiind 05.04.2019 ora 21:00, data și ora deschiderii ofertelor ca fiind 08.04.2019, ora 12:00.

2. Potrivit anunțului de participare, valoarea totală alocată Programului Cultural „...: ..." a fost de 6.722.689,07 lei, fără TVA din care:

a. valoarea estimată proiect servicii de producție TV - 1.150.000 lei exclusiv TVA;

b. valoarea estimată proiect servicii de producție radiofonică - 690.000 lei exclusiv TVA;

c. valoarea estimată proiect servicii de agenții de presă - 230.000 lei exclusiv TVA;

d. valoarea estimată proiect servicii prestate de autori și artiști independenți - 230.000 lei exclusiv TVA,

cu precizarea că „Pentru proiectele declarate eligibile, în ordinea depunerii, se vor atribui și semna contracte de servicii până la epuizarea valorii totale alocate Programului Cultural Turistic „...: ...".

3. Or, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare:

„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi".

4. Prin urmare, singurele acte asupra cărora CNSC are competența materială a se pronunța sunt cele care se încadrează în definiția sintagmei *„act al autorității contractante",* enunțată la art. 3 alin. (1) lit. a) din același act normativ, respectiv:

„în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare".

5. În acest sens, trebuie interpretate și prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, ca referindu-se numai la procedurile de atribuire reglementate mai sus menționate și nu la toate modalitățile de atribuire a contractelor de achiziție publică, la care fac referire actele normative incidente.

6. În acest context, ... că serviciile ce fac obiectul achiziției în discuție sunt exceptate de la aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, la art. 29 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 - Paragraful 4 „Exceptări specifice pentru contractele de servicii" fiind expres menționat faptul că: „Prezenta lege nu se aplică pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii care au ca obiect: b) cumpărarea, dezvoltarea, producția sau coproducția de materiale pentru programe

destinate serviciilor media audiovizuale, atribuite de furnizori de servicii media, ori contractelor pentru spațiu de emisie sau furnizarea de programe care sunt atribuite furnizorilor de servicii media".

7. Față de dispozițiile anterior menționate, competența de soluționare a CNSC se limitează doar la contestațiile depuse în cadrul unei proceduri de atribuire, astfel cum sunt acestea definite de art. 68 din Legea nr. 98/2016, și nu la proceduri exceptate de la aplicarea Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

8. În consecință, ... reiterează solicitarea de admitere a excepției astfel cum a fost invocată și de constatare că, în ceea ce privește CNSC, acesta nu are competența de a soluționa contestația cu care a fost învestit.

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

....., a inițiat o procedură de selecţie de oferte pentru atribuirea unor contracte de....", care fac parte din categoria contractelor de servicii pentru care nu se aplică prevederile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, fiind expres prevăzute de legiuitor la art. 29 lit. b) din Legea nr. 98/2016 - Paragraful 4 „Exceptări specifice pentru contractele de servicii".

..... a inițiat selecția de oferte prin publicarea pe site-ul propriu ..., la secțiunea „Informații" subsecțiunea „Anunțuri" a anunțului de participare din data de 26.03.2019 intitulat „Anunț De Participare - ...: .... 26.03.2019", prin care „invită toți operatorii economici interesați să depună oferta pentru ..." în vederea atribuirii de contracte de servicii având ca obiect „servicii de producţie TV, radiofonică, prestate de furnizori de servicii media, agenţii de presă şi de autori şi artişti independenţi pentru Programul cultural „...: ...", cod-uri CPV: 92221000-6 „Servicii de producţie TV" (Rev.2); 92211000-3 „Servicii de producţie radiofonică" (Rev.2); 92400000-5 „Servicii de agenţii de presă" (Rev.2); 92312200-3 „Servicii prestate de autori şi artişti independenţi" (Rev.2), stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 05.04.2019 ora 21:00, data și ora deschiderii ofertelor ca fiind 08.04.2019, ora 12:00 .

Potrivit anunțului de participare, valoarea totală alocată Programului Cultural „...: ..." este de 6.722.689,07 lei, fără TVA din care: valoarea estimată proiect servicii de producţie TV - 1.150.000 lei exclusiv TVA; valoarea estimată proiect servicii de producţie radiofonică - 690.000 lei exclusiv TVA; valoarea estimată proiect servicii de agenţii de presă - 230.000 lei exclusiv TVA; valoarea estimată proiect servicii prestate de autori şi artişti independenţi - 230.000 lei exclusiv TVA cu precizarea că „Pentru proiectele declarate eligibile, în ordinea depunerii, se vor atribui şi semna contracte de servicii până la epuizarea valorii totale alocate Programului Cultural Turistic „...: ...".

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei"*, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția lipsei sale de competență materială în soluționarea contestației, invocată din oficiu.

Consiliul are în vedere dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”*, conform cărora, singurele acte asupra cărora Consiliul are competența materială a se pronunța sunt cele care se încadrează în definiția sintagmei „act al autorității contractante”, enunțată la art. 3 alin. (1) lit. a) din același act normativ, respectiv *„În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:a) act al autorităţii contractante - orice act, orice operaţiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, cu modificările şi completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, cu modificările şi completările ulterioare*”.

În acest sens, trebuie interpretate și prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, ca referindu-se numai la procedurile de atribuire reglementate mai sus menționate și nu la toate modalitățile de atribuire a contractelor de achiziție publică, la care fac referire actele normative incidente.

Totodată, Consiliul reține că serviciile ce fac obiectul achiziției în discuție sunt exceptate de la aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, la art. 29 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 - Paragraful 4 „Exceptări specifice pentru contractele de servicii” fiind expres menționat faptul că *„Prezenta lege nu se aplică pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru de servicii care au ca obiect: b) cumpărarea, dezvoltarea, producţia sau coproducţia de materiale pentru programe destinate serviciilor media audiovizuale, atribuite de furnizori de servicii media, ori contractelor pentru spaţiu de emisie sau furnizarea de programe care sunt atribuite furnizorilor de servicii media”*.

Față de dispozițiile de mai sus, competența de soluționare a Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor se limitează doar la contestațiile depuse în cadrul unei proceduri de atribuire, astfel cum sunt acestea definite de art. 68 din Legea nr. 98/2016, și nu la procedurii exceptate de la aplicarea Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Astfel că, față de prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, ce fac referire la posibilitatea înaintării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională, Consiliul constată că autoarea contestației nu putea uza de calea administrativ-jurisdicțională de atacare a actelor emise de

autoritatea contractantă, neexistând o procedură de atribuire reglementată de Legea nr. 98/2016.

În consecință, raportat la dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 ce prevăd aplicabilitatea dispozițiilor Legii nr. 554/2004, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare, coroborate cu dispozițiile art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „Contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent”, Consiliul va admite excepția lipsei competenței sale de solutionare a contestației, invocată din oficiu, și, ținând cont de dispozițiile art. 10 din Legea nr. 554/2004, raportat la natura litigiului, tipul de autoritate emitentă a actului atacat și sediul acesteia, constată că, în cauză, TRIBUNALUL ..... - SECŢIA A II-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL are competența materială privind soluționarea litigiului, astfel că va declina cauza către instanța de judecată, soluție care, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu este supusă niciunei căi de atac.

Soluția declinării cauzei se impune, fiind în deplină concordanță cu art. 21 alin. (1) din Constituția României, republicată, și cu art. 6 paragraf. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată prin Legea nr. 30/1994, permițând accesul neîngrădit și efectiv al contestatorului la judecarea cauzei de către instanța judiciară competentă.

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

În temeiul dispozițiilor art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, declină competența de soluționare a contestației formulată de către ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în favoarea TRIBUNALULUI ..... - SECŢIA A II-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL.

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către această instanță judecătorească, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Fără cale de atac.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
…… …… ……

...