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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal de administrator .... și convențional de ..... cu sediul ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în ....., str. ....., împotriva Raportului privind anularea procedurii nr. 7000/74596/27.08.2019 și a comunicării de înștiințare a anulării procedurii nr. 7000/75003/28.08.2019, emisă de către ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată pentru încheierea acordului-cadru de servicii având ca obiect ”Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică în instalațiile de MT+JT de pe arealul ...” – lotul 3, cod CPV 71323100-9, s-au solicitat următoarele:

- anularea Raportului privind anularea procedurii şi a Notificării;
- obligarea autorităţii contractante la finalizarea procedurii şi emiterea Raportului procedurii prin care să fie desemnată societatea câştigătoare.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă Raportului procedurii nr. 7000/74596/27.08.2019 și comunicarea nr. 7000/75003/28.08.2019, potrivit cărora entitatea contractantă a procedat la anularea procedurii de atribuire.

În fapt, contestatorul susține că la data de 05.06.2018, entitatea contractantă a publicat anunţul de participare nr. ... privind atribuirea acordului cadru de achiziţie publică enunțat mai sus, număr anunţ în JOUE ..., în baza Legii nr. 99/2016 privind achiziţiile publice sectoriale, cu o valoare estimată între .... lei fără TVA.

Potrivit Raportului privind anularea procedurii, ca răspuns la anunţul de participare anterior menţionat, au depus oferte doi operatori economici, respectiv

- ... SRL
- Asocierea formată din ....

Se arată de către petent că în data de 30.08.2019, entitatea contractantă a postat pe SEAP Raportul privind anularea procedurii prin care a fost adoptată măsura anulării procedurii de atribuire a acordului - cadru de achiziţie publică având ca obiect „Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică în instalaţiile de MT+JT de pe arealul ... S.A.” în temeiul dispoziţiilor art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, semnat doar de doi dintre cei cinci membri ai Comisiei de analiză şi evaluare, printre care nu se regăseşte şi Preşedintele comisiei.

Contestatorul afirmă că din Raportul de anulare a procedurii (pagina 26) rezultă că, în urma analizării ofertelor financiare şi aplicării criteriului de atribuire „preţul cel mai scăzut" societatea ... s-a clasat pe primul loc; de asemenea, din cuprinsul Raportului de anulare rezultă faptul că entitatea contractantă a solicitat în mod repetat clarificări din partea operatorilor economici care au depus oferte, ultima solicitare de clarificări având loc la data de 12.10.2018 iar răspunsul la această ultimă solicitare de clarificări a fost comunicat de către cei doi ofertanţi la data de 17.10.2018.

Societatea contestatoare învederează că în data de 02.09.2019, entitatea contractantă a comunicat societăţii ... Notificarea prin care i se aduce la cunoştinţă măsura anulării procedurii de atribuire a acordului cadru de achiziţie publică în dezbatere, potrivit dispoziţiilor art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, având următoarea justificare: *„De la data lansării prezentei proceduri de atribuire, respectiv 29.05.2018 şi până la data prezentului raport, s-au produs modificări în ceea ce priveşte activitatea de proiectare, în sensul în care, serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri, se prestează cu personal propriu, ca urmare a dezvoltării compartimentului propriu, prin angajare de personal calificat. Având în vedere acoperirea necesarului de servicii de proiectare, cu personal propriu, la acest moment se reanalizează necesitatea achiziţionării acestor servicii cu prestaţie externă"*.

În aceste condiții, petentul apreciază că Raportul privind anularea procedurii şi Notificarea sunt nelegale, fiind emise cu încălcarea dispoziţiilor art. 225 alin. (1) lit. c) şi art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, sens în care argumentează următoarele:

- în conformitate cu prevederile art. 224 din Legea nr. 99/2016, procedura de atribuire se finalizează fie prin încheierea contractului de achiziţie publică, fie prin anularea procedurii, cazurile în care poate interveni anularea procedurii de atribuire fiind expres şi limitativ prevăzute de art. 225 şi art. 226 din Legea nr. 99/2016;

- pe de altă parte, potrivit dispoziţiilor art. 149 alin. 1 şi art. 152 alin. 2 din H.G. nr. 394/2016, entitatea contractantă are obligaţia de a încheia acordul cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare şi nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor sau de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016;
- potrivit art. 225 alin. 1 din Legea nr. 99/2016 entitatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a acordului cadru în următoarele cazuri: *„a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare admisibilă; b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluţiilor tehnice şi/ori financiare; c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului; d) Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sau instanţa de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificaţii tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile reglementate la art. 2 alin. (2); e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câştigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situaţie de forţă majoră sau în imposibilitate fortuită de a executa contractul şi nu există o ofertă clasată pe locul doi admisibilă”*;
- entitatea contractantă a invocat drept motiv pentru anularea procedurii *„De la data lansării prezentei proceduri de atribuire, respectiv 29.05.2018 şi până la data prezentului raport, s-au produs modificări în ceea ce priveşte activitatea de proiectare, în sensul în care, serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri, se prestează cu personal propriu, ca urmare a dezvoltării compartimentului propriu, prin angajare de personal calificat. Având în vedere acoperirea necesarului de servicii de proiectare, cu personal propriu, la acest moment se reanalizează necesitatea achiziţionării acestor servicii cu prestaţie externă"*, pe care a înţeles să îl încadreze în drept la dispoziţiile art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016;
- având în vedere motivul de anulare invocat de entitatea contractantă, contestatorul este de părere că trebuie analizată posibilitatea încadrării acestuia în condiţiile de anulare prevăzute de art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016;
- ofertantul indică faptul că potrivit art. 225 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 prin încălcări ale prevederilor legale se înţelege *„situaţia în care, pe parcursul procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)"*.

În ceea ce priveşte motivul de anulare a procedurii potrivit căruia de la data demarării procedurii de atribuire și până la data emiterii Raportului privind anularea procedurii nevoile entităţii contractante au suferit

modificări, societatea contestatoare face următoarele precizări care vin să demonstreze nelegalitatea acestui motiv de anulare şi imposibilitatea încadrării lui în ipotezele prevăzute de art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016:
- ofertantul susține că etapa de planificare a unui proces de achiziţie publică, ca etapă primară a oricărui proces de achiziţie publică (art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016), se iniţiază prin identificarea necesităţilor şi elaborarea referatelor de necesitate şi se încheie cu aprobarea de către conducătorul entităţii contractante a documentaţiei de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum şi a strategiei de contractare pentru procedura respectivă (art. 9 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016);
- potrivit art. 9 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016: *„Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a unei achiziţii în legătură cu:*
a) relaţia dintre obiectul, constrângerile asociate şi complexitatea contractului, pe de o parte, şi resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităţilor din etapele procesului de achiziţie sectorială, pe de altă parte; [...];
c) tipul de contract propus şi modalitatea de implementare a acestuia;
d) mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităţilor pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligaţiilor contractuale;
e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum şi orice alte elemente legate de obţinerea de beneficii pentru autoritatea contractantă şi/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administraţiei publice în care activează autoritatea contractantă; [...]".

Prin urmare, petentul opinează că doar în situaţia în care se constată că deciziile luate în etapa de planificare/pregătire a achiziţiei au fost documentate cu încălcarea prevederilor legale incidente, afectând astfel procedura de atribuire, doar atunci situaţia prezentată se încadrează în motivul de anulare prevăzut la art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

Or, în situaţia prezentată, ofertantul semnalează faptul că modificarea necesităţilor cu afectarea valorii estimate a achiziţiei s-a realizat după lansarea procedurii de atribuire şi ca urmare a acţiunii entităţii contractante, care a angajat, în baza unor contracte de muncă, experţi care să presteze serviciile de proiectare ce formau obiectul procedurii de achiziţie; drept urmare, contestatorul este de părere că în acest caz nu suntem în situaţia constatării unor erori sau omisiuni, care fac imposibilă adoptarea unor măsuri corective fără încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, iar entitatea contractantă nu se poate prevala de cazul de anulare prevăzut la art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce priveşte găsirea unei soluţii alternative care asigură în mod corespunzător necesarul de servicii de proiectare care fac obiectul acordului-cadru, prin anularea procedurii de atribuire pe acest considerent, autorul contestației consideră că entitatea contractantă încalcă obligaţiile

expres reglementate la art. 149 alin. (1) şi art. 152 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016, mai sus menţionate.

De asemenea, având în vedere că prin procedura în atribuire se urmărea încheierea unui acord-cadru, iar cantităţile minime şi maxime pe care entitatea contractantă le stabileşte iniţial în documentaţia de atribuire şi ulterior în acordul-cadru reprezintă estimări ale unor cantităţi care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru şi nu cantităţile exacte care vor fi achiziţionate, acestea din urmă putând fi mai mici, egale sau mai mari raportat la cele estimate, în funcţie de necesităţile efective ale entităţii contractante, contestatorul susține că entitatea nu poate invoca imposibilitatea încheierii acordului-cadru motivând că nu pot fi respectate cantităţile maxime de ore de evaluare prevăzute în documentaţia de atribuire.

În concluzie, societatea contestatoare apreciază că motivele invocate nu constituie temei legal de anulare a procedurii de atribuire, aceasta urmând a fi finalizată prin încheierea acordului-cadru, având în vedere că entitatea contractantă nu se poate prevala de niciunul din cazurile de anulare prevăzute la art. 225 din Legea nr. 99/2016.

Totodată, ofertantul precizează că procedura de atribuire poate fi finalizată prin anularea procedurii numai în condiţiile în care entitatea contractantă poate invoca alte motive de natură să demonstreze încadrarea în cazurile de anulare prevăzute la art. 225 din Legea nr. 99/2016, cu respectarea obligaţiilor expres reglementate la art. 149 alin. (1) şi art. 152 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016.

De asemenea, petentul afirmă că potrivit dispoziţiilor art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016 deciziile comisiei de evaluare se iau cu votul a cel puţin 2/3 dintre membrii săi cu drept de vot.

Or, contestatorul subliniază că din cuprinsul Raportului privind anularea procedurii rezultă că soluţia anulării a fost aprobată de doar doi din cei cinci membri ai comisiei de evaluare, care au şi semnat acest raport, respectiv doar de ...., nefiind respectate astfel dispoziţiile privind întrunirea cvorumului prevăzut de art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016.

În egală măsură, ofertantul contestator remarcă faptul că Raportul privind anularea procedurii deşi a fost semnat de doi membri, niciunul nu este Preşedintele comisiei.

Faţă de cele menţionate, contestatorul solicită admiterea contestaţiei formulate ca fiind temeinică şi legală.

Prin adresa nr. 35441/1806-C10/11.09.2019, Consiliul a solicitat societății contestatoare să își completeze cuantumul inițial al cauțiunii depuse, în acord cu prevederile art. 61^1 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 45/2018.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ... SRL formulează *cerere de reexaminare* prin care solicită CNSC să revină asupra cuantumului cauţiunii, comunicat prin adresa antemenționată, şi, pe cale de consecinţă, să considere că ... şi-a îndeplinit obligaţia de a constitui cauţiunea prevăzută de Legea nr. 101/2016, prin depunerea la dosar a recipisei de consemnare a cauţiunii nr. ... din data de 09.09.2019 emisă de ... pentru suma de .... lei, având în vedere următoarele motive:

a) Scopul pentru care legiuitorul a înţeles să instituie obligaţia de constituire a cauţiunii este acela de a se preveni, prin povara plăţii acesteia, abuzul participanţilor la procedurile de atribuire în sensul formulării unor contestaţii lipsite de temei împotriva autorităţii contractante şi suspendării în mod abuziv a procedurilor de atribuire;

b) Ceea ce este important pentru stabilirea cuantumului cauţiunii este reaua credinţă şi abuzul în formularea contestaţiei din partea participantului la procedura de achiziţie sau să fie identificată posibilitatea ca autoritatea contractantă să sufere un prejudiciu din cauza contestaţiei nejustificate a participantului la procedura de achiziţie;

c) Or, în prezenta cauză atât scopul prevăzut de legiuitor, cât şi prevenirea relei credinţe sau a abuzului în formularea contestaţiei sunt îndeplinite prin consemnarea unei cauţiuni în cuantum de .... lei. De asemenea, lipsa relei credinţe şi a oricărui abuz în formularea contestaţiei rezultă şi din motivele invocate prin contestaţie de ..., dar şi din motivul pentru care entitatea contractantă a înţeles să anuleze procedura de achiziţie - înfiinţarea, ulterior datei publicării anunţului şi ofertelor de către participanţi, a unui departament intern care să presteze serviciile pentru care a fost demarată procedura de achiziţie;

d) între data publicării anunţului - 05.06.2018, şi data anulării procedurii de către entitatea contractantă - august 2019, a trecut mai bine de un an, perioadă de timp în care banii pe care ... i-a constituit drept garanţie de participare au fost indisponibilizaţi, fără a putea fi folosiţi de ...;

e) Cuantumul de .... lei stabilit pentru cauţiune este excesiv de mare şi în raport de posibilităţile financiare actuale ale .... În măsura în care, CNSC va menţine obligaţia ... de consemnare a unei cauţiuni în cuantum de ... lei, ... se va afla în imposibilitatea de a avea acces la o instanţă sau de a înlătura abuzul evident comis de entitatea contractantă prin anularea procedurii de achiziţie;

i) Nu se impune obligarea ... la plata unei cauţiuni în cuantum de ... lei nici prin prisma faptului că această sumă ar fi necesară în vederea îndestulării entităţii contractante pentru prejudiciile suferite ca urmare a introducerii contestaţiei, atâta timp cât actul atacat prevede măsura anulării procedurii de achiziţie şi nu a atriburii, iar motivul pentru care a fost anulată procedura este reprezentat de lipsa interesului în contractarea serviciilor de la terţi, atâta timp cât entitatea contractantă şi-a înfiinţat, ulterior demarării procedurii de achiziţie, un departament intern care să realizeze respectivele servicii;

g) Pe de altă parte, ofertantul învederează CNSC faptul că o eventuală menţinere a obligaţiei ... de plată a unei cauţiuni în cuantum de ... lei, reprezintă, raportată la posibilităţile reale de plată ale ..., o limitare a dreptului la acces la o instanţă, drept prevăzut şi garantat de art. 6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.

Se menționează de către petent că, referitor la garantarea dreptului de acces la un tribunal, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a arătat în mod constant că acesta nu este unul absolut, existând loc pentru restrângeri admise implicit, impunând prin însăşi natura lui existenţa unor

reglementări din partea statului în funcţie de nevoile şi resursele comunităţii.

Admiţând că statul dispune de o anumită marjă de apreciere în ceea ce priveşte limitarea accesului la o instanţă, contestatorul reține că s-a subliniat însă în jurisprudenţa constantă a Curţii Europene a Drepturilor Omului faptul că limitele impuse, în măsura în care restrâng accesul individului la un tribunal astfel încât însuşi dreptul să fie afectat în substanţa lui sunt incompatibile cu dispoziţiile art. 6 paragraful 1 din CEDO, cu excepţia situaţiilor în care urmăresc un scop legitim şi există un raport rezonabil de proporţionalitate între mijloacele folosite şi scopul urmărit (Bellet vs Franţa; Stubbings şi alţii vs Regatul Unit).

Mergând mai departe în raţionamentul său Curtea a stabilit că efectivitatea dreptului de acces la un tribunal impune ca exerciţiul lui să nu fie afectat de obstacole sau impedimente de drept sau de fapt care ar putea să pună în discuţie însăşi substanţa sa, un astfel de impediment constituindu-l fixarea unui cuantum excesiv al sumei ce se impune a fi avansată, potrivit legislaţiei naţionale, pentru exercitarea unei acţiuni în justiţie sau a unei căi de atac, când cel care intenţionează să le exercite este lipsit de mijloace financiare.

În concret, pentru a nu se constata că restricţionarea este incompatibilă cu drepturile recunoscute de Convenţia Europeană a Drepturilor Omului atunci când accesul unui justiţiabil la un tribunal este limitat de jocul unor dispoziţii legale, contestatorul opinează că în fapt se cere să fie întrunite cumulativ mai multe condiţii, respectiv: a) restricţionarea să nu atingă chiar substanţa acestui drept; b) ea să urmărească un scop legitim ; c) să existe un raport de proporţionalitate între mijloacele folosite şi scopul urmărit. Admiţând în cauza de faţă că restricţionarea accesului la justiţie prin instituirea obligaţiei de plată a unei sume de bani cu titlu de cauţiune, stabilită proporţional cu valoarea contractelor ce urmau a fi atribuite prin procedura publică, urmăreşte un scop legitim, respectiv protejarea drepturilor entităţii contractante, ofertantul apreciază că datorită cuantumului sumei ce trebuie consemnată cu titlu de cauţiune - ... lei, şi în raport de posibilităţile concrete de plată ale ..., această obligaţie împiedică în fapt pe ... să obţină analizarea contestaţiei sale de către CNSC (care este organ cu activitate jurisdicţională) şi/sau instanţă, aducând atingere însăşi substanţei dreptului recunoscut de lege, de acces liber la justiţie, drept recunoscut şi garantat atât de Constituţia României (art. 21), cât şi de Convenţia Europeană a Drepturilor Omului (art. 6).

Totodată, autorul contestației semnaleaqză faptul că suma stabilită cu titlu de cauţiune în baza dispoziţiilor art 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, respectiv ... lei este vădit disproporţionată în raport de posibilităţile reale de plată ale ..., precum şi de eventualele prejudicii care ar putea fi suportate de către entitatea contractantă ca urmare a promovării contestaţiei ce formează obiectul dosarului nr. 1806/2019, fapt care - în condiţiile în care consemnarea cauţiunii reprezintă o condiţie de admisibilitate a contestaţiei iar legislaţia internă nu oferă posibilitatea ... de a obţine reduceri sau scutiri de la plata cauţiunii - este de natură s-o pună într-o imposibilitate obiectivă de a accede în mod efectiv la justiţie. De

altfel, în acelaşi mod s-a pronunţat instanţa europeană şi în cazuri similare, chiar împotriva României, în materia taxelor de timbru, astfel în cauza Rusen contra România, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat necesar să examineze dacă, în cazul reclamantei, aprecierea făcută de instanţă nu a restrâns dreptul de acces la instanţă într-o asemenea măsură încât l-a transformat într-un drept teoretic şi iluzoriu. Curtea a considerat faptul că ne aflăm în prezenţa unei încălcări a art. 6 paragraful 1 CEDO, constituind o ingerinţă neproporţională în dreptul de acces la justiţie, cu atât mai mult cu cât cuantumul acestor taxe nu se raportează la eventualele şanse de succes a acţiunii (Cauza Malahov contra Moldova, Cauza Ad't Mouhoub contra Franţei). De asemenea, în cauza Kreuz contra Poloniei Curtea a considerat că este încălcat dreptul prevăzut de art. 6 din CEDO dacă cuantumul unei taxe de timbru este important şi nejustificat în raport de solicitările formulate în faţa instanţei de judecată şi de posibilităţile financiare ale petentului.

Contestatorul învederează CNSC faptul că dreptul de acces în instanţă este recunoscut atât în legislaţia naţională (articolul 21 din Constituţia României *"Orice persoană se poate adresa justiţiei pentru apărarea drepturilor, a libertăţilor şi a intereselor sale legitime. Nici o lege nu poate îngrădi exercitarea acestui drept"*), cât şi de dispoziţiile Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, motiv pentru care pentru identitate de raţiune argumentele expuse de Curtea Europeană a Drepturilor Omului sunt aplicabile şi în prezenta cauză în ceea ce priveşte raţiunile pentru care nu se impune obligarea ... la plata unei cauţiuni în cuantum de ... lei.

Faţă de toate aceste considerente şi reţinând că în condiţiile art 20 din Constituţia României privind drepturile şi libertăţile cetăţenilor vor fi interpretate şi aplicate în concordanţă cu Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, cu pactele şi cu celelalte tratate la care România este parte, iar dacă există neconcordanţe între pactele şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, şi legile interne, au prioritate reglementările internaţionale, cu excepţia cazului în care Constituţia sau legile interne conţin dispoziţii mai favorabile, ofertantul consideră că se impune stabilirea unei cauţiuni într-un cuantum rezonabil - 35.000 lei, deoarece menţinerea cauţiunii de ... lei ar reprezenta în fapt o încălcare a dreptului ... de acces liber la justiţie, astfel cum acest drept este prevăzut şi garantat de art. 6 din CEDO.

În subsidiar, în măsura în care CNSC nu revine asupra cuantumului cauţiunii stabilit prin adresa nr. ....., în temeiul dispoziţiilor art. 204 din Codul de procedură civilă, raportate la dispoziţiile art. 68 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, societatea contestatoare formulează *cerere precizatoare* prin care înţelege să învedereze faptul că obiectul contestaţiei este reprezentat doar de soluţia dată pentru atribuirea Lotului 3 - COVASNA care are valoarea estimată de .... lei.

Prin urmare, în raport de prezenta precizare a obiectului contestaţiei, contestatorul susţine că obligaţia ... de constituire a cauţiunii în conformitate cu dispoziţiile art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016 este îndeplinită prin depunerea recipisei de consemnare a cauţiunii nr... din data de 09.09.2019, pentru suma de ... lei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., entitatea contractantă formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, înregistrată la sediul entității cu nr. ...., solicitând respingerea acesteia.

Entitatea contractantă învederează că prima critică a contestatorului referitoare la *neîndeplinirea condiţiilor prevăzute la art. 225, alin. (1), lit. c) din Legea 99/2016 pentru anularea procedurii, respectiv încălcarea principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2, alin. (2), lit. f) din Legea 99/2016* este nefondată, dat fiind următoarele aspecte:

- la data lansării procedurii, s-a ținut cont de necesarul estimativ de servicii de proiectare la acel moment; ulterior, ca urmare a procesului de internalizare a unor activități cum au fost serviciile de mentenanță, serviciile de prestații auto, inclusiv serviciile de proiectare, nu a mai existat această nevoie inițială, astfel că a intervenit anularea procedurii pe motiv că necesitatea ce a stat la baza lansării procedurii de achiziţie nu mai este de actualitate;
- entitatea contractantă subliniază faptul că în acest moment proiectarea sistemelor de energie electrică în instalațiile de MT+ JT, de pe arealul ..., se face cu personal propriu, nemaifiind necesară contractarea lor din sursă externă;
- se menționează de către Entitate că lansarea unei astfel de proceduri ar mai putea avea loc doar în cazul în care capacitatea proprie de execuţie va excede necesarului de servicii de proiectare, strict pentru acele proiecte;
- Entitatea precizează că încheierea unui acord - cadru pentru o necesitate care nu mai există, nu ar fi fost în folosul niciuneia dintre părți;
- mai mult decât atât, entitatea contractantă afirmă că prelungirea duratei de evaluare și analiza ofertelor, a fost dată și de faptul că în cursul anului 2018, Entitatea a reziliat contractele în vigoare la acel moment, contracte încheiate cu contestatoarea, având același obiect.

... face precizarea că rezilierea s-a produs ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor ce îi reveneau contestatoarei ..... SRL, cu care se află în litigiu, în dosarul nr. ... aflat pe rolul Curţii de Apel ....., în faza de recurs formulat de către contestatoare, ca urmare a respingerii în primă fază procesuală a plângerii depuse de către aceasta, cu privire la rezilierea contractelor.

În ceea ce priveşte a 2- a critică formulată de către contestatoare, respectiv neîndeplinirea condițiilor de cvorum necesare pentru adoptarea măsurii anularii procedurii de către comisia de analiză și evaluare, entitatea contractantă apreciază că este neîntemeiată, dat fiind că la data emiterii raportului, două persoane, din cele șase care alcătuiau comisia de analiză și evaluare, aveau contractul de muncă încetat ca urmare a demisiei acestora, ceilalți membrii lipsă fiind în concediu de odihnă.

Pe de altă parte, entitatea contractantă susține că nu președintele, ci comisia de evaluare are printre altele și atributul de a formula propunerea privind anularea procedurii, președintele fiind cel care înmânează raportul spre aprobare conducătorului entității contractante.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .., ... SRL formulează Răspuns la punctul de vedere al entității contractante, învederând următoarele:
- entitatea contractantă nu aduce niciun argument în susţinerea îndeplinirii condiţiilor prevăzute de art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 sau în susţinerea respectării principiului asumării răspunderii conform art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016;
- prin punctul de vedere entitatea contractantă reia motivul pentru care a înţeles să anuleze procedura de atribuire, fără să argumenteze din punct de vedere legal şi documentat legalitatea măsurii adoptate;
- dispoziţiile art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 nu conferă posibilitatea entităţii contractante de a anula o procedură de achiziţie pe motive de oportunitate, ci doar pentru motive de nelegalitate; Or, înfiinţarea unui departament intern, ulterior datei la care a fost demarată procedura de achiziţie, prin publicarea anunţului de participare în SEAP şi JOUE, nu reprezintă în opinia contestatorului un motiv de nelegalitate care să poată fi circumscris cazurilor prevăzute de art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016;
- încheierea acordului cadru era utilă contestatorului, atât timp cât entitatea contractantă avea obligaţia de a comanda de la ... servicii de proiectare de cel puţin ...lei; prin urmare, ofertantul apreciază că prin anularea procedurii de atribuire a acordului cadru, entitatea contractantă a produs ... un prejudiciu cel puţin egal cu suma minimă prevăzută în anunţul de participare, respectiv cel puţin egală cu suma de ... lei;
- deşi entitatea contractantă susţine că prelungirea duratei de evaluare şi analiză a ofertelor ar fi fost determinată de presupusa reziliere a unor contracte încheiate cu ..., petentul constată că aceasta nu indică în concret, în ce măsură şi în ce fel putea influenţa executarea unor contracte încheiate cu ... rezultatul procedurii de atribuire, atâta timp cât motivul pentru care a fost anulată procedura nu are legătură cu respectivele contracte, iar potrivit evaluării ... s-ar fi clasat pe locul 1; entitatea contractantă face simple alegaţii, nesusţinute de probe, doar pentru a justifica un abuz al său în legătură cu anularea procedurii de achiziţie; de remarcat este și faptul că entitatea contractantă nu precizează în punctul său de vedere data la care a fost înfiinţat departamentul intern şi nici nu sunt depuse acte din care să rezulte acest aspect;
- în privinţa contractelor încheiate cu ... de entitatea contractantă, autorul contestației învederează faptul că respectivele contracte au fost finalizate prin îndeplinirea tuturor obligaţiilor atât de către ..., cât şi de către entitatea contractantă, fiind eliberate inclusiv garanţiile de bună execuţie şi fiind realizate plăţi de către entitatea contractantă inclusiv în cursul anului 2019 (ulterior presupusei rezilieri a contractelor), astfel cum rezultă din actele anexate prezentului răspuns;
- cu privire la neîndeplinirea condiţiilor de cvorum, contestatorul precizează că prin punctul de vedere, entitatea contractantă confirmă faptul că decizia anulării procedurii de atribuire a fost luată doar de 2 din cele 5 persoane care alcătuiau comisia de analiză şi evaluare, fiind încălcate dispoziţiile art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, organizată pentru încheierea acordului-cadru de servicii având ca obiect „Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică în instalațiile de MT+JT de pe arealul ...” – lotul 3, cod CPV 71323100-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În raportul procedurii nr. 7000/74596/27.08.2019, pentru lotul 3, s-a consemnat depunerea a două oferte, printre care și a contestatorului, precum și anularea procedurii în conformitate cu art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

Împotriva Raportului privind anularea procedurii nr. 7000/ 74596/27.08.2019 și a comunicării de înștiințare a anulării procedurii nr. 7000/75003/28.08.2019, SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 75003/ 28.08.2019, entitatea contractantă i-a comunicat SC ..... SRL că procedura a fost anulată în conformitate cu dispozițiile art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, deoarece „de la data lansării prezentei proceduri de atribuire, respectiv 29.05.2018 și până la data prezentului raport s-au produs modificări în ceea ce privește activitatea de proiectare în sensul în care serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri se prestează cu personal propriu ca urmare a dezvoltării compartimentului propriu, prin angajarea de personal calificat. Având în vedere acoperirea necesarului de servicii de proiectare cu personal propriu la acest moment se reanalizează necesitatea achiziționării acestor servicii cu prestație externă”.

În conformitate cu dispozițiile art. 225 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, *„(1) Entitatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: (….) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”.*

Astfel, la data lansării procedurii, entitatea contractantă a ținut cont de necesarul estimativ de servicii de proiectare la acel moment, respectiv „Servicii de proiectare a sistemelor de energie electrică în instalațiile de MT+JT de pe arealul ...”, obiectivul acestuia fiind, potrivit Strategiei de contractare aflată la dosar, elaborarea de documentații tehnico-economice pentru modernizarea și dezvoltarea rețelelor de distribuție a energiei electrice astfel: faze de proiectare SS,SPF,SF,PTE,PAC/PAD și DE și cuprind studii energetice, topografice, documentații cadastrale, documentații geotehnice, expertize tehnice, documentații pentru obținerea de avize și acorduri precum și alte documentații impuse de legislația în vigoare. Procedura este împărțită pe șase loturi, fiecare lot reprezentând un județ unde urmează să se efectueze serviciile menționate.

Însă, ca urmare a procesului de internalizare a unor activități, printre care și serviciile de proiectare, nu au mai existat necesitățile inițiale ce au stat la baza lansării procedurii de achiziţie; proiectarea sistemelor de

energie electrică în instalațiile de MT+JT de pe arealul ... s-a făcut între timp cu personal propriu (nemaifiind necesară contractarea lor din sursă externă), fiind astfel îndeplinită și necesitatea entității privind proiectarea sistemelor de energie electrică.

Pe cale de consecință, cerința inițială nu mai există, pentru că între timp a fost îndeplinită. Serviciile de proiectare necesare au fost deja prestate iar încheierea unui acord - cadru pentru o necesitate inexistentă nu ar avea nicio finalitate și eficiență.

Este adevărat că entitatea contractantă a procedat, între timp, la evaluarea ofertelor, pentru toate loturile (inclusiv lotul 3), însă este clar că atribuirea acordului – cadru având acest obiect nu mai corespunde realității și contextului actual.

Pe de altă parte, se reține în soluționare că prezenta procedură de achiziție publică vizează încheierea unui acord - cadru cu un singur operator economic, pentru o perioadă de 30 de luni, pe 6 loturi.

Potrivit dispozițiilor art. 3 alin. b) din Legea nr. 99/2016, *„acord-cadru - acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe entităţi contractante şi unul sau mai mulţi operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor şi condiţiilor care guvernează contractele sectoriale ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce priveşte preţul şi, după caz, cantităţile avute în vedere”.*

În conformitate cu prevederile art. 115 din HG nr. 394/ 2016, *„(1) Acordul-cadru trebuie să prevadă, pentru contractele subsecvente care urmează să fie atribuite, elementele/condiţiile considerate esenţiale, care se referă la:*

a) obligaţiile pe care operatorul/operatorii economic/economici şi le-a/le-au asumat prin propunerea tehnică prezentată în cursul procedurii de atribuire, în special în ceea ce priveşte caracteristicile tehnice - funcţionale şi de performanţă - ale produselor care urmează să fie furnizate, descrierea serviciilor care urmează să fie prestate şi nivelul calitativ al acestora, descrierea lucrărilor care urmează să fie executate şi nivelul calitativ al acestora, duratele/termenele de livrare, de prestare sau de execuţie începând din momentul încheierii contractului, garanţiile acordate, orice alte elemente care au fost luate în considerare în procesul de analiză şi evaluare a propunerilor tehnice;

b) preţul/tariful unitar sau preţurile/tarifele unitare, alte angajamente financiare sau comerciale, pe care operatorul/operatorii economic/economici le-a/le-au prevăzut în propunerea financiară;

c) condiţii specifice, coeficienţi de ajustare şi formule de ajustare a preţurilor, după caz;

d) orice alte elemente/clauze pe care entitatea contractantă le consideră necesare”.

Prin natura sa, acordul-cadru este potrivit să se atribuie în situația în care entitatea contractantă nu deține informații certe cu privire la cantitatea totală de produse sau servicii ce urmează să fie achiziționată, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia.

Chiar dacă anularea procedurii are ca motivație o culpă a entității contractante care a decis, simultan cu desfășurarea procedurii, să

internalizeze serviciile care urmau a fi atribuite, Consiliul va menține decizia de anulare în special datorită faptului că acordul-cadru care ar urma să fie încheiat nu ar avea nicio consecință practică. În fapt, entitatea contractantă, nemaiavând nevoie de prestarea serviciilor de către semnatarul acordului – cadru, nu va încheia niciun contract subsecvent, efectele finalizării procedurii fiind nule.

Consiliul nu va reține în soluționare critica contestatorului potrivit căreia entitatea contractantă ar fi creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, așa cum se prevede la art. 152 din HG nr. 394/2016.

Față de cele expuse anterior în motivare, Consiliul apreciază că măsura anulării procedurii, adoptată de ..... SA este întemeiată, criticile contestatorului urmând a fi respinse ca nefondate.

Având în vedere că, potrivit celor expuse anterior, s-a stabilit caracterul întemeiat al deciziei de anulare a procedurii adoptată de entitatea contractantă, criticile contestatorului privind neîndeplinirea condițiilor de cvorum în comisia de evaluare a ofertelor nu vor mai fi analizate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.