CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +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 contestaţia nr. 131/19.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 6716/19.02.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ...având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ... formulată împotriva procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare având ca obiect achiziţia de servicii de protecţie şi pază pentru perioada 01.04.2018-31.03.2019, organizată de către ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, cu consecinţa anulării atât a documentaţiei de atribuire, cât şi a tuturor actelor subsecvente emise în cadrul procedurii.

Prin contestaţia nr. 134/20.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 6984/20.02.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare având ca obiect achiziţia de servicii de protecţie şi pază pentru perioada 01.04.2018-31.03.2019, organizată de către ..., cu sediul în ...în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, cu consecinţa anulării atât a documentaţiei de atribuire, cât şi a tuturor actelor subsecvente emise în cadrul procedurii.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările şi completările ulterioare, contestaţiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2018 şi nr. .../2018 au fost conexate, pentru a se pronunţa o soluţie unitară.

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

Prin contestaţia nr. 131/19.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 6716/19.02.2018, SC ... SRL în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, consideră că procedura aleasă este nelegală, în speţă nefiind aplicabile condiţiile prevăzute în mod expres de dispoziţiile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresele nr. ... şi nr. ..., Consiliul pune în discuţia părţilor excepţia prematurităţii contestaţiei, raportat la data notificării autorităţii contractante, respectiv 16.02.2018.

Prin contestaţia nr. 134/20.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 6984/20.02.2018, SC ... SRL în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, consideră că procedura aleasă este nelegală, în speţă nefiind aplicabile condiţiile prevăzute în mod expres de dispoziţiile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În susţinerea demersului său, contestatoarea menţionează că potrivit invitaţiei de participare nr. 1106/14.02.2018, a fost încunoştiinţată cu privire la iniţierea de către autoritatea contractanta a procedurii de achiziţie prin negociere fără publicarea unui anunț de participare. Autoritatea contractantă a argumentat iniţierea respectivei proceduri în conformitate cu prevederile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, transmiţând, totodată, alături de invitaţie, toată documentaţia de atribuire.

Faţă de motivele invocate de autoritatea contractantă în raport de posibilitatea iniţierii unei astfel de proceduri la acest moment, procedura este nelegală, în speţă nefiind aplicabile condiţiile prevăzute în mod expres de disp. art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere textul de lege menţionat, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica respectiva procedură doar într-unul din cazurile prevăzute în mod expres în cuprinsul actului normativ.

În ceea ce priveşte cazul prevăzut de lit. c) din art. 104 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, indicat de către autoritatea contractantă în susţinerea argumentelor sale, legiutorul a impus, în primul rând, condiţia unei măsuri de strictă necesitate.

Astfel, din economia textului de lege mai sus rubricat şi fără a se proceda la o analiză complexă, se distinge interpretarea conform căreia pentru incidenţa acestor prevederi, se impune existenţa unei stricte necesităţi care să conducă la luarea unei astfel de măsuri.

Or, în acest caz, autoritatea contractantă nu justifică, în niciun fel, necesitatea luării unei astfel de măsuri, atât timp cât serviciile de pază pentru care se initiază respectiva procedură sunt contractate chiar cu contestatoarea SC ...SRL. Aşadar, având în vedere că există în derulare un contract de servicii nr. 30-SD, încheiat la data de 28.09.2017, pentru o perioadă de 6 luni cu posibilitatea de prelungire pentru încă 6 luni, pentru exact aceleaşi servicii, în aceleaşi condiţii şi la acelaşi tarif orar pentru care autoritatea contractantă a iniţiat procedura în discuţie, contestatoarea apreciază total nejustificată necesitatea demarării procedurii.

Mai mult decât atât, în luna ianuarie 2018 autoritatea contractantă a demarat o serie de negocieri cu SC ... SRL privind modificarea contractului mai sus menţionat cu referire la preţul tarifar şi numărul de posturi aferent, negociere materializată prin încheierea actului adiţional nr. 07-SD/31.01.2018.

Prin urmare, în mod evident se distinge intenţia autorităţii contractante de a continua derularea serviciilor oferite de SC ...SRL în condiţiile negociate, apărând cu atât mai nejustificată decizia acesteia de iniţiere a procedurii. În aceste condiţii şi fără a putea fi justificată o stare de necesitate care să impună luarea unor măsuri urgente, prevederile legale referitoare la iniţierea unei proceduri de negociere fără publicarea unui anunţ nu sunt incidente, fapt ce conduce implicit la imposibilitatea autorităţii contractante de a proceda în acest sens, respectând dispoziţiile legale în materie.

De altfel, inclusiv Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice, organul îndrumător al autorităţilor contractante în materia achiziţiilor publice, a publicat pe site-ul său o opinie privind îndeplinirea condiţiilor legale în vederea derulării unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare. În acest sens şi tocmai pentru a se evita apariţia unor interese ale anumitor persoane din cadrul unei autorităţi contractante care este pe cale să facă o achiziţie publică fără o impunere legislativă riguroasă, ANAP menţionează că pentru incidenţa cazului prevăzut de lit. c) din art. 104 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuie să demonstreze: i) extrema urgenţă: ii) că motivele de extremă urgenţă sunt determinate de evenimente imprevizibile; iii) că apariţia situaţiei de extremă urgenţă nu se datorează sub nicio formă unei acţiuni sau inacţiuni a autorităţii contractante.

Mai mult decât atât şi în cadrul dispoziţiilor OG nr. 34/2006, vechea legislaţie în materia achiziţiilor publice, legiutorul a statuat asupra îndeplinirii cumulative a acestor condiţii în vederea aplicări procedurii respective, fapt ce a fost transpuns şi în noua legislaţie a achiziţiilor publice, păstrându-se temeiurile de drept care conduc către aceeaşi interpretare.

Ca atare, nefiind îndeplinită condiţia necesităţii şi cum autoritatea contractantă nu a demonstrat extrema urgenţă şi/sau îndeplinirea celorlalte condiţii, în mod evident procedura demarată este nelegală şi se impune a fi anulată, alături şi de documentaţia de atribuire înaintată candidaţilor ca parte integrantă a procedurii.

De asemenea, odată cu anularea procedurii din motive de nelegalitate se impune şi anularea tuturor actelor subsecvente emise în cadrul procedurii.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării cauzei, precum şi punctul de vedere nr. 1597/26.02.2018 cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă menţionează că are în prezent în derulare contractul de servicii de protecţie şi pază nr. 30-SD/28.09.2017, cu data de finalizare 31.03.2018, încheiat cu contestatorul SC ... SRL.

În prezent se află în curs de soluţionare la instanţa de judecată, procedura simplificată proprie iniţiată de autoritatea contractantă în data de 26.07.2017, procedură contestată de ofertanţii SC ... SRL şi SC ...SRL.

Autoritatea contractantă menţionează că actualul contract nr. 30-SD/28.09.2017 a fost încheiat în urma aplicării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare cu operatorul economic SC ... SRL, în conformitate cu prevederile art. 104 alin.(1) lit. c) şi în conformitate cu rezoluţia Consiliului de Administraţie din data de 19.09.2017 şi a avut în vedere faptul că se finaliza vechiul contract iar procedura simplificată proprie iniţiată în 26.07.2017 este contestată.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează că procedura simplificată proprie a fost anulată în baza art.212 alin.(1) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Având în vedere prevederile art.104 alin.(1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, în data de 14.02.2018 autoritatea contractantă a iniţiat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, primind în data de 19.02.2018 atât notificare prealabilă, cât şi contestaţie de la operatorul economic SC ... SRL.

În baza aceluiaşi articol, respectiv 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, s-a aplicat şi procedura de achiziţie în cazul atribuirii actualului contract încheiat cu SC ... SRL.

Autoritatea contractantă apreciază ca fiind neîntemeiată solicitarea de anulare a procedurii precum şi obligarea, constrângerea la continuarea derulării actualului contract, care nu prevede obligaţia de prelungire, aceasta existând în contract doar ca o opţiune a autorităţii contractante.

Contractul nr. 30-SD/28.09.2017 prevede în mod explicit finalizarea la data de 31.03.2018, fapt pentru care s-a şi iniţiat procedura de atribuire a unui nou contract de prestări servicii de protecţie şi pază.

Negocierile invocate de contestatoare desfăşurate în ianuarie 2018 au avut loc ca urmare a solicitării acestuia de majorare a preţului unitar, în acest context autoritatea contractantă a redus numărul de posturi asigurând respectarea planului de pază prin sisteme de supraveghere proprii. Aceasta negociere nu poate obliga autoritatea contractantă la prelungirea contractului a cărui dată de finalizare este data de 31.03.2018.

De asemenea, autoritatea contractantă, conform art. 7 alin.(1) lit. c) din Legea nr.98/2016, are dreptul de a aplica procedura proprie pentru atribuirea contractului de servicii de protecţie şi pază, servicii prevăzute în Anexa 2 la Legea nr. 98/2016, ce au o valoare mai mică decât 3.376.500 lei fără TVA.

Valoarea estimată prevăzută în procedura iniţiată este de 1.781.251,20 lei fără TVA şi, deşi autoritatea contractantă avea acest drept, respectiv acela de a aplica o procedură de achiziţie proprie, a aplicat o procedură pentru un prag valoric superior, având în vedere data la care se finalizează actualul contract, respectiv 31.03.2018.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare având ca obiect achiziţia de servicii de protecţie şi pază pentru perioada 01.04.2018-31.03.2019, cod CPV 79713000-5- Servicii de pază.

Conform fişei de date a achiziţiei, valoarea estimată a contractului de servicii este de 1.335.024 lei fără TVA (12 luni), cu posibilitate de prelungire 4 luni (total 487 zile) - 1.781.251,20 lei fără TVA.

Cercetând cu întâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepţia prematurităţii contestaţiei nr. 131/19.02.2018, invocată din oficiu de Consiliu, în condiţiile în care, contestaţia a fost depusă în ultima zi în care autoritatea contractantă ar fi putut să formuleze un răspuns la notificarea prealabilă 128/16.02.2018, se constată temeinicia acesteia.

În aprecierea acestei finalităţi au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora 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.

De asemenea, Consiliul a reţinut că, potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) din același act normativ, persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz.

Rezultă, aşadar, din prevederile citate, că, doar urmare a primirii răspunsului la notificarea prealabilă sau expirării termenului în care aceasta ar fi trebuit să formuleze un răspuns, contestatoarea se putea adresa Consiliului.

În condiţiile celor de mai sus indicate, este de reţinut că, la data formulării contestaţiei SC ... SRL nr. 131 datată 19.02.2018, nu era emis răspunsul de către autoritatea contractantă la notificarea prealabilă nr. 128/16.02.2018 și nici nu era expirat termenul în care aceasta avea obligația de a formula răspuns, potrivit prevederilor art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Astfel că, se constată a fi prematur introdusă contestația împotriva invitaţiei nr. 1106/14.02.2018 privind iniţierea procedurii de atribuire.

În conformitate cu prevederile legislației mai sus invocată, persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante, în acest caz invitaţia nr. 1106/14.02.2018, trebuie să transmită autorității contractante o notificare prealabilă cu referire la actul de care este nemulțumită și în situația în care se consideră vătămată de răspunsul primit sau nu primește răspuns în termen, se poate adresa Consiliului.

Or, în cazul de față, contestatoarea a transmis contestația nr. 131/19.02.2018 Consiliului anterior primirii unui răspuns la notificare, respectiv anterior expirării termenului pentru formularea unui răspuns de către achizitoare.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca prematură, contestaţia nr. 131/19.06.2018 formulată de SC ...SRL.

În ceea ce privește cea de-a doua contestație formulată de aceeași societate, Consiliul reține că aceasta critică organizarea unei proceduri de negociere fără publicarea unui anunț de participare, pe motiv că autoritatea contractantă are, deja, în derulare un contract încheiat cu ea, atribuit tot prin negociere negociere fără publicarea unui anunț de participare, încheiat pe 6 luni, cu posibilitatea de prelungire cu încă 6 luni.

Consiliul va respinge ca neîntemeiată contestația, fiind cert că autoritatea contractantă are dreptul să inițieze o procedură de atribuire înainte de expirarea contractului aflat în derulare, contract care expiră la 31.03.2017.

Din informațiile aflate la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă a inițiat respectiva procedură de negociere fără publicarea unui anunț, având în vedere că rezultatul procedurii de achiziție directă inițiată de ea în 26.07.2017 a fost contestat de SC ... SRL și de SC ... SRL, pe rolul Tribunalului București găsindu-se două cauze:

-dosarul nr. 43248/3/2017, având ca părți SC ...SRL și ..., fiind pronunțată Sentința civilă nr. 1361/2018 /06.03.2018, neredactată până în acest moment, prin care s-au dispus următoarele: Admite cererea. Anulează adresa nr. 6903/6.10.2017 şi nr. 6447/28.09.2017. Obligă universitatea pârâtă să continue procedura de atribuire. Cu recurs în termen de 10 zile de la comunicare. Recursul se depune la Tribunalul Bucureşti. Pronunţată conform art. 396 alin. (2) Cpc. prin punerea soluţiei la dispoziţia părţilor prin mijlocirea grefei instanţei, astăzi, 6.03.2018.''

- dosarul nr. 36677/3/2017, având ca părți SC ... SRL și ..., fiind pronunțată sentința civilă nr. 1331/2018/05.03.2018 potrivit căreia ,,Admite excepţia necompetenţei materiale. Declină competenţa de soluţionare a cauzei în favoarea Consiliului Naţional pentru Soluţionarea Contestaţiilor. Constată ivit conflictul negativ de competenţă. Înaintează cauza către Curtea de Apel Bucureşti – Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal, în vederea soluţionării conflictului de competenţă. Fără cale de atac. Pronunţată în şedinţă publică azi, 05.03.2018'', pe rolul Curții de apel nefiind încă, înregistrată cauza referitoare la conflictul negativ de competență.

Potrivit art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, ,,Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare pentru atribuirea contractelor de achiziţii publice/acordurilor-cadru de lucrări, de produse sau de servicii într-unul din următoarele cazuri: c) ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitaţie deschisă, licitaţie restrânsă, negociere competitivă sau procedura simplificată nu pot fi respectate din motive de extremă urgenţă, determinate de evenimente imprevizibile şi care nu se datorează sub nicio formă unei acţiuni sau inacţiuni a autorităţii contractante''.

Consiliul reține că situația expusă este de așa natură încât autoritatea contractantă este perfect îndreptățită să inițieze o procedură de negociere, fiind puțin probabil ca situația aferentă procedurii simplificate să fie dezlegată până la finalizarea contractului nr. 30-SD/28.09.2017. Chiar dacă potrivit acestui contract, există posibilitatea prelungirii lui cu încă 6 luni, această prelungire nu operează de drept, ci doar în situații excepționale, care nu se întâlnesc în situația de față, și numai cu acordul ambelor părți. În orice situație, fiind vorba de un contract care implică fonduri publice, autoritatea a fost obligată să inițieze procedura de față, contractul în derulare putând fi prelungit doar în situația în care prezenta procedură eșuează.

Având în vedere că la momentul actual, nu există nici măcar o hotărâre de primă instanță în ambele dosare vizând rezultatul procedurii, fiind posibilă prelungirea soluționării cauzei, nicio dispoziție legală nu se opune ca autoritatea contractantă să apeleze la dispozițiile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, fiind cert că întârzierea soluționării cauzelor pe rolul instanțelor nu este cauzată de autoritate, ci se încadrează în categoria evenimentelor imprevizibile care nu se datorează, sub nicio formă, unei acţiuni sau inacţiuni a autorităţii contractante.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia nr. 134/20.02.2019 formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge contestaţia nr. 131/19.02.2018 ca prematur formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia nr. 134/20.02.2019 formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

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

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 8 (opt) pagini.