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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 846/30.04.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15864/02.05.2019, înaintată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., și adresa de corespondență în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin ... - administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 8711/25.04.2019, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție directă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de pază pentru Primăria orașului ...”, s-a solicitat Consiliului:

- admiterea contestației, ca fondată;
- obligarea autorității contractante să dispună măsuri de remediere în vederea restabilirii legalității în procedura de atribuire și să anuleze, în parte, comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 8711/25.04.2019, în ceea ce privește mențiunile referitoare la oferta SC ... SRL, ofertă desemnată câștigătoare cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile, precum și toate actele și lucrările subsecvente emise de către Primăria Orașului ..., criticate pentru netemeinicie și nelegalitate;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție publică din etapa de analiză a propunerii financiare aparținând ofertantului SC ... SRL, întrucât aceasta a fost evaluată în mod superficial, neobiectiv, netemeinic și nereal, fiind desemnată câștigătoare cu încălcarea legislației achizițiilor publice și a actelor normative incidente în materie;

- constatarea faptului că oferta SC ... SRL este neconformă din punct vedere al propunerii tehnice și al propunerii financiare, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) lit. c) și lit. d) din HG nr. 395/2016, fiind elaborată cu încălcarea cerințelor impuse prin documentația de atribuire și a actelor normative incidente în materie, respectiv prevederile ce reglementează sporul de noapte, sporul de sărbători legale, sporul de weekend, concediul de odihnă obligatoriu, sporul privind orele suplimentare prevăzute de Codul muncii; art. 78 alin. 2 și alin. 3) din Legea nr. 448/2006, modificată și completată, prind fondul de handicap, autoritatea contractanta având obligația de a o exclude din procedură, în condițiile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016;

- obligarea autorității contractante să reevalueze oferta SC ... SRL și să o desemneze câștigătoare, întrucât respectă toate cerințele autorității contractante impuse prin documentația de atribuire și legislația aplicabilă.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația de față, SC ... SRL contestă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 8711/25.04.2019, emis de ..., prin care oferta sa a fost declarată admisibilă, fiind clasată pe locul 2 în clasamentul final, cu un tarif ofertat de 13,25 lei/oră/agent, fiind elaborată și depusă cu respectarea cerințelor caietului de sarcini și în strictă concordanță cu prevederile Legii nr. 98/2019, HG nr. 395/2016 și actelor normative incidente în materie, iar ofertă desemnată câștigătoare a fost cea depusă de SC ... SRL, la prețul de 13,24 lei/oră/agent, fără TVA, care, din susținerile contestatoarei, rezultă că nu ar fi fost evaluată în mod temeinic, obiectiv și real, fiind desemnată câștigătoare cu încălcarea legislației privind achizițiile publice și actelor normative incidente în materie și a cerințelor impuse prin caietul de sarcini.

Petenta susține că, prin evaluarea efectuată, comisia de evaluare a creat un avantaj real și evident ofertantului câștigător, a cărui ofertă trebuia exclusă din procedură, fiind neconformă din punct de vedere al propunerii tehnice și financiare, în detrimentul SC ... SRL, încălcând principiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și nerespectându-și atribuțiile prevăzute de art. 127 alin. (1) lit. f), h), i) și j) din HG nr. 395/2016.

În susținere, contestatoarea precizează că ofertantul desemnat câștigător nu deține mijloacele auto specializate, avizate de organul de politie competent pentru a asigura intervenția pe raza administrativ-teritorială a posturilor de pază ale beneficiarului, în caz de evenimente deosebite, conform cap. IV „Obligații minimale obligatorii solicitate ofertanților” lit. g) și cap. V „Clauze minimale ale prestatorului” lit. d) din caietul de sarcini.

Totodată, contestatoarea consideră că trebuia să se verifice și să stabilească, în concret, modul în care ofertantul desemnat câștigător putea să respecte timpii de intervenție declarați în oferta sa tehnică, ținând cont de dimensionarea echipajelor de intervenție, față dispunerea posturilor de pază la care se intervine, fiind aplicabile prevederile art. 97 și 98 din HG nr. 301/2012.

În ceea ce privește propunerea financiară aparținând SC ... SRL, petenta apreciază că nu s-au făcut verificări privind respectarea reglementărilor codului muncii, cu privire la sporurile permanente (sporul de noapte, sporul de sărbători legale, sporul de weekend ori sporul pentru orele suplimentare) și nu s-a stabilit, în concret, dacă tariful unitar de 13,24 lei/oră/agent ofertat nu se află în situația prevăzuta de art. 210 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare nesolicitând clarificări, informații și documente concludente în susținerea și dovedirea tarifului cu care această ofertă a fost desemnată câștigătoare, criteriul de atribuire fiind "prețul cel mai scăzut".

De asemenea, contestatoarea supune atenției și faptul că, în ceea ce privește oferta depusă de SC ... SRL, comisia de evaluare trebuia să verifice, în concret, modul în care societatea a inclus în tariful ofertat cota de contribuție asiguratorie de 2,25% datorată de angajator, potrivit OUG nr. 79/2017, fondul de handicap, reglementat de art. 78 din legea nr. 448/2006, precum și profitul.

Pentru a demonstra caracterul ferm, real, serios, temeinic și legal al prețului prezentat în ofertă, SC ... SRL prezintă modul de calcul al propunerii financiare - Formularul de ofertă financiară pentru un post de pază permanent, cu un program de lucru de 24 ore/zi, 7 zile pe săptămână, care respectă legislația achizițiilor publice, codul muncii, legislația salarizării și celorlalte acte normative aplicabile.

Prin punctul de vedere nr. 8974/06.05.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 16418/06.05.2019, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei competenței materiale a Consiliului de a soluționa contestația, motivat de prevederile art. 7 alin. (5) și art. 68 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, solicitând admiterea acesteia, având în vedere că valoarea estimată a contractului este de 86.753,00 lei, fără TVA, conform notei justificative a compartimentului achiziții publice nr. 8341 din 22.04.2019, privind alegerea modalității de atribuire și a criteriului de atribuire, și a referatului de necesitate nr. 8155/19.04.2019, iar modalitatea de atribuire aleasă este achiziția directă.

Conform opiniei autorității contractante, Consiliu nu este competent să judece contestația formulată de SC ... SRL, prin raportare la prevederile art. 7 alin. (5) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 12 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, procedura de atribuire fiind definită la art. 68 din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă consideră că nu au incidență procedurile de atribuire a contractelor și de soluționare a

contestațiilor de către Consiliu, instituite prin Legea nr. 98/2016, în speță, nefiind aplicată o procedură de atribuire, și nu au relevanță prescripțiile Legii nr. 101/2016, competența de soluționare a contestațiilor stabilindu-se pe baza dreptului comun.

Astfel, normele de competență materială fiind de ordine publică, nici organizatorul și nici participanții la achiziția publică nu pot deroga de la acestea, in sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce nu vizează procedurile de atribuire.

Prin adresa nr. 16491/.../07.05.2019, în temeiul art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și al art. 14 alin. (5) și art. 22 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul solicită SC ... SRL punct de vedere față de excepția lipsei de competență materială a Consiliului în soluționarea contestație, invocată de autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere nr. 8974/06.05.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 16418/06.05.2019.

Prin adresa nr. 911/08.05.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 17042/09.05.2019, SC ... SRL solicită respingerea, ca nefondată, a excepției lipsei de necompetență materială a Consiliului, invocată de autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere, fiind lipsită de temeinicie și legalitate, întrucât, în temeiul art. 12 alin. (1), coroborat cu art. 26 din Legea nr. 101/2016, raportat la art. 8 alin. (1), coroborat cu art. 1 alin. (1) și alin. (3) și art. 3 din Legea nr. 101/2016, raportat la art. 1, art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor este competent să soluționeze contestația nr. 846/30.04.2019.

În susținere, contestatoarea arată că, legiuitorul a clarificat aspectele privind încadrarea serviciilor de pază în categoria serviciilor cuprinse în Anexa nr. 2 la Legea nr. 98/2016, respectiv în categoria serviciilor sociale și alte servicii specifice, autoritatea contractantă a demarat procedura de achiziție/cumpărare directă a serviciilor de pază ca urmare a încadrării valorii estimate a contractului de achiziție publică sub pragul valoric de 135.060 lei, fără TVA, posibilitate conferită de dispozițiile art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016), coroborat cu art. 43 și următoarele din HG nr. 395/2016, raportat la art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, art. 68 alin. 1) lit. h) și art. 68 alin. 2) lit.) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, petenta supune atenției faptul că autoritatea contractantă s-a prevalat și a uzat în documentația de atribuire de dispozițiile art. 59-60, art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, și-a întemeiat punctul de vedere pe dispozițiile art. 18 alin. 1) din Legea nr. 101/2016, și că, conform punctului său de vedere, aceasta respinge o ofertă, invocând dispozițiile Legii nr. 98/2016, același act normativ pe care îl invocă ca nefiind aplicabil procedurii de achiziție pe care a desfășurat-o, contrazicându-și și nesusținându-și propria afirmație.

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

Având în vedere dispozițiile 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 excepția lipsei de competență materială în soluționarea contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Astfel, Consiliul are în vedere faptul că, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei, „Servicii de pază pentru Primăria orașului ...” urmează a fi achiziționate prin intermediul unei achiziții directe, așa cum este aceasta prevăzută de art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 („Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse sau servicii în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 135.060 lei, respectiv lucrări, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 450.200 lei.”) și nu printr-o procedură de atribuire de tipul celor prevăzute de art. 68 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 [„Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât valorile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele: a) licitația deschisă; b) licitația restrânsă; c) negocierea competitivă; d) dialogul competitiv; e) parteneriatul pentru inovare; f) negocierea fără publicare prealabilă; g) concursul de soluții; h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice; i) procedura simplificată.”].

Astfel, din documentele aflate la dosarul cauzei, rezultă că procesul de achiziție în discuție nu a fost inițiat printr-un anunț de participare publicat în SICAP, așa cum este obligatoriu în cazul unei proceduri de atribuire organizate în condițiile prevăzute de Legea nr. 98/2016 (ci printr-un anunț publicitar postat in SICAP), constatându-se că autoritatea contractantă nu a organizat niciuna din procedurile de atribuire enumerate la art. 68 din actul normativ invocat.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).”

Procedând la verificarea competenței sale materiale în soluționarea prezentei contestații, Consiliul constată că nu este competent a o soluționa, deoarece, potrivit dispozițiilor anterior citate, în competența sa intră contestațiile formulate în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016, iar potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, ce fac referire la posibilitatea înaintării unei contestații pe cale administrativ-

jurisdicțională, SC ... SRL nu putea uza de calea administrativ-jurisdicțională de atacare a actelor emise de autoritatea contractantă.

Pe de altă parte, față de dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004, achizițiile publice directe sunt asimilate actului administrativ și prin urmare sunt supuse controlului judecătoresc al instanțelor de contencios – administrativ, astfel încât, în mod evident, contestatoarea are posibilitatea ca, împotriva actului considerat nelegal în cadrul unei achiziții directe de tipul celei în cauză, să se adreseze instanței de contencios administrativ, competentă potrivit legii.

Nu în ultimul rând, este de reținut că excepția de necompetență materială, fiind de ordine publică, organizatorul sau participanții la achiziția directă nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce nu vizează procedurile de atribuire, definite de lege.

Determinând că nu au relevanță în speță prescripțiile Legii nr. 101/2016, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește pe baza dreptului comun, fără a se ține seama de alegerea de către contestatoare a atacării la Consiliu a achiziției în cauză.

Văzând cele de mai sus și luând în considerare dispozițiile:

- art. 12 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

„(1) Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).

(2) Contestațiile care nu intră în competenta 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.

(3) Decizia de declinare a competenței Consiliului nu este supusă niciunei căi de atac, dosarul fiind trimis de îndată instanței de judecată competente ori, dacă este cazul, unui alt organ cu activitate jurisdicțională competent.” ;

- art. 68 din Legea nr. 101/2016, care stipulează că „Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare.”;

- art. 2 din Codul de procedură civilă, care stipulează că „Dispozițiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă. De asemenea, dispozițiile prezentului cod se aplică și în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare”;

- art. 2 lit. c^1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 prin care achizițiile publice sunt asimilate actelor administrative;

- art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care stipulează că „Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea contractului administrativ, inclusiv litigiile având ca obiect anularea unui contract administrativ.”;

- art. 10 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, potrivit căruia „Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 3.000.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale …”,

- art. 10 alin. (3) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, conform căruia „Reclamantul persoană fizică sau juridică de drept privat se adresează exclusiv instanței de la domiciliul sau sediul său. Reclamantul autoritate publică, instituție publică sau asimilată acestora se adresează exclusiv instanței de la domiciliul sau sediul pârâtului.”

rezultă că, în cauză, nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 privitor la soluționarea contestațiilor, competența materială aparține tribunalului, secția contencios administrativ de la sediul contestatoarei.

Drept care, raportat la dispozițiile art. 12 din Legea nr. 101/2016, constatând lipsa de competență materială a sa în soluționarea cauzei, Consiliul va trimite dosarul la instanța competentă.

Față de cele expuse mai sus, 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 de necompetență materială a sa privind soluționarea contestației, invocată de autoritatea contractanta, și, ținând cont de dispozițiile art. 10 din Legea nr. 554/2004, raportat la natura litigiului, tipul de autoritate emitentă a actului atacat, tipul reclamantei (persoană juridică de drept privat) și sediul acesteia din urma, constată că Tribunalul Gorj, Secția contencios administrativ și fiscal, are competența materială privind soluționarea cauzei, 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.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 12 coroborate cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, declină competența de soluționare a contestației formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., în favoarea Tribunalului Gorj, Secția contencios administrativ și 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,**
...	**...**	**...**

Redactat în ... exemplare originale, conține ... pagini.