

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 2863/C1/3038

Data: 05.12.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 59113/30.10.2023, comunicată prin e-mail la data de 27.10.2023, formulată de SRL, cu sediul în ..., ..., județ, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI, formulată împotriva deciziei de anulare a procedurii, emisă de către autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., județul, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Servicii masă caldă”, cod CPV: 55300000-3, s-a solicitat:

1. Anularea deciziei prin care autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii simplificate, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;
2. Obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, în conformitate cu motivele menționate în contestație

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul precizează că, luând act de prevederile documentației de atribuire, a depus, în SEAP, în termenul legal, oferta însoțită de toate înscrisurile solicitate de autoritatea contractantă.

Ulterior, prin adresa nr. 4407/20.10.2023, primită în data de 24.10.2023, autoritatea contractantă a comunicat anularea procedurii, invocând prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că, întrucât, actul care stă la baza deciziei de anulare a procedurii, nu i-a fost comunicat, apreciază că, în baza prezentului demers, urmează ca autoritatea contractantă să dovedească temeinicia soluției adoptate, iar față de elementele de noutate introduse de autoritatea contractante, susține că, își rezervă dreptul de a completa

motivele prezentei contestații și de a formula observații și critici punctuale, concrete.

În opinia contestatorului, anularea procedurii nu poate interveni decât în situația constatării existenței unui motiv concret, real și obiectiv, cauzat de circumstanțe independente de voința organizatorului procedurii, o apreciere contrară având vocația de a valida situații apreciate arbitrar de către autoritatea contractantă, creând astfel, un posibil mecanism de fraudare a procedurii și de prejudiciere a

participanților de bună-credință, care urmăresc realizarea intereselor legitime, într-o procedură garantată de aplicarea procedurii legale.

În ceea ce privește motivul legal invocat, contestatorul face trimitere la prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precizând că, se impune ca autoritatea contractantă să facă dovada erorilor sau omisiunilor constatate și, totodată, a imposibilității de a adopta măsuri corective.

Adițional, solicită Consiliului să verifice respectarea de către autoritatea contractantă a obligației ce cade în sarcina sa, potrivit art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, autoritatea contractantă trebuie să facă publică decizia de anulare a procedurii, în termen de 1 zi lucrătoare de la adoptare, însoțită de justificarea anulării, prin intermediul platformei SEAP.

În consecință, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să depună actul constatator al circumstanțelor și motivelor care au condus la soluția anulării procedurii.

Prin adresa nr. 4784/16.11.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 63446/20.11.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere nr. 4799/17.11.2023, cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că, în data de 16.10.2023, președintele comisiei de evaluare a ofertelor a comunicat conducerii o propunere de anulare a procedurii, conform art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016; ulterior, acest demers a fost aprobat, respectiv, anularea procedurii.

Cu privire la invocarea dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, arată că acesta prevede că autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire, „dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”.

De asemenea, invocă și prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În atare condiții, autoritatea contractantă consideră că sunt aplicabile prevederile legale mai sus menționate, având în vedere constatarea, din partea autorității contractante, apariției unei erori, în sensul alegerii greșite a procedurii de atribuire a acestor servicii, prin acordul - cadru, în locul alegerii procedurii de atribuire prin contract de achiziție publică, fapt pentru care nu se poate duce la îndeplinire procedura actuală.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 60567/06.11.2023, ... SRL, depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.

209650547/1, tranzacția nr. 1387070969/142479435 din 01.11.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala, în cuantum de 18.322,56 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Servicii masă caldă”, cod CPV: 55300000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. .../12.09.2023, conform căruia valoarea

estimată a procedurii este cuprinsă între: 48.000 și 675.264 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă, ulterior evaluării ofertelor, a anulat procedura de atribuire, «conform art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 care prevede că „autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acord-cadru dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”», fără ca aceasta să facă dovada erorilor sau omisiunilor constatate și, totodată, a imposibilității de a adopta măsuri corective.

Referitor la anularea procedurii de atribuire, Consiliul reține că procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016, care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/UE, au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice/acord-cadru.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract/acord-cadru.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia: *„Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*.

Consiliul va reține că, prin excepție de la regula de mai sus, potrivit art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru cinci motive, expres și limitativ prevăzute de lege, printre acestea neregăsindu-se motivul invocat de autoritatea contractantă în punctul de vedere transmis Consiliului, și anume: *„(...) s-a constatat, din partea autorității contractante, o eroare în sensul alegerii greșite a procedurii de atribuire a acestor servicii, prin acordul-cadru în locul alegerii procedurii de atribuire prin contract de achiziție publică, fapt pentru care nu putem duce la îndeplinire procedura actuală”*.

În subsidiar, nu trebuie ignorat faptul că, în cauză, „notificarea” de anulare a procedurii s-a comunicat contestatorului în data de 20.10.2023, după publicarea anunțului de participare simplificat în data de 12.09.2023 și a documentației de atribuire aferente, tergiversarea procedurii timp de peste 30 de zile nu pot constitui un motiv pertinent de a sancționa, cu anularea întregii proceduri, un ofertant care a depus ofertă în prezenta procedură de atribuire.

Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire se situează în afara prevederilor legale, urmând

să se observe, în principal, că, atunci când se hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire și s-a publicat anunțul de participare și documentația de atribuire aferentă, nu mai este permis ca, prin propria voință, să realizeze alte priorități, chiar dacă justificate, prin anularea întregului demers de atribuire, care apare, pe de-o parte, ca nelegală, în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

În măsura în care a decis să poată asigura achiziționarea serviciilor de masă și a publicat anunțul de participare împreună cu documentația de atribuire (care include fișa de date, caietul de sarcini), autorității contractante nu îi mai este permis ca, prin propria voință, să schimbe condițiile de participare în etapa de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia acordul-cadru, în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea acestuia, cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea acordului-cadru și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod, ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-451/08 Herman Müller, *„Noțiunea de contract este esențială în cadrul definiției domeniului de aplicare al Directivei 2004/18. După cum se menționează în considerentul (2) al directivei amintite, aceasta are ca obiect aplicarea normelor de drept ale Uniunii în cazul atribuirii contractelor încheiate în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public”*.

Potrivit paragrafului 37 din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării procedurii de atribuire este încheierea unui acord-cadru, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea acordului-cadru dependentă de acțiuni sau omisiuni ale entității contractante.

Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante, care, după evaluarea ofertelor, a hotărât anularea procedurii, fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci, este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea acesteia. Această manieră de a proceda a autorității

contractante, apare ca nelegală, în raport de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din anumite condiții impuse participanților la licitație după o perioadă lungă de timp, înăuntrul căreia s-au consumat, în bună măsură, etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, evaluarea ofertelor), iar,

potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Conform art. 143 alin. (1) din HG 395/2016, se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă; de la această regulă, actul normativ precitat instituie mai multe excepții, printre acestea, neregăsindu-se motivele invocate de autoritatea contractantă, care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în speță. Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci, este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece, actul normativ vorbește despre o imposibilitate; desigur că această imposibilitate nu se poate datora modului superficial de elaborare a documentației de atribuire și nici interpretării eronate a normelor legale aplicabile.

Luând în considerare toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu, va anula adresa nr. 4287/16.10.2023 și actele subsecvente acesteia și va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea considerentelor prezentei, a prevederilor legale și documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu, anulează adresa nr. 4287/16.10.2023 și actele subsecvente acesteia și dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea considerentelor prezentei, a prevederilor legale și documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 6 (șase) pagini