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, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., înaintată de ..., cu sediul în ...., unde se vor comunica toate actele de procedură, formulată împotriva raportului privind anularea procedurii și a comunicării de înștiințare a anulării procedurii, emise de ..., cu sediul în ...., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...", împărțită pe loturi, s-au solicitat Consiliului următoarele:

- anularea raportului privind anularea procedurii și a notificării;
- obligarea autorității contractante la finalizarea procedurii de atribuire în cauză și emiterea raportului procedurii prin care să fie desemnată societatea câștigătoare.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... atacă raportul privind anularea procedurii și a comunicarea de înștiințare a anulării procedurii, emise de ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... face un scurt istoric al procedurii și precizează că, în data de 30.08.2019, entitatea contractantă a postat, în SEAP, Raportul privind anularea procedurii prin care a fost adoptată

măsura anulării procedurii de atribuire în cauză 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.

Potrivit aceluiași raport, arată contestatorul, în urma analizării ofertelor financiare şi aplicării criteriului de atribuire „preţul cel mai scăzut", oferta ... s-a clasat pe primul loc. Prin comunicarea din data de .. i s-a adus la cunoştinţă măsura anulării procedurii motivată de faptul că: ”De la data lansării prezentei proceduri, de atribuire, respectiv ... 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”.

Față de acest aspect, autorul contestației apreciază că atât Raportul privind anularea procedurii, cât 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, întrucât:

- cazurile în care poate interveni anularea procedurii dc atribuire sunt expres şi limitativ prevăzute de art. 225 şi art. 226 din Legea nr. 99/2016;

- potrivit dispoziţiilor art. 149 alin. (1) şi art. 152 alin. (2) din HG nr. 394/2016, autoritatea 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;

- având în vedere motivul de anulare invocat de ..., trebuie analizată posibilitatea încadrării acestuia în condiţiile de anulare prevăzute de art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016;

- etapa de planificare a unui proces de achiziţie publică, ca etapă primară a oricărui proces de achiziţie publică (art. 8 alin. (1) din HG nr. 394/2016), se iniţiază prin identificarea necesităţilor şi elaborarea referatelor de necesitate şi se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorităţii contractante a documentaţiei de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum şi a strategiei de contractare pentru procedura respectivă [art. 9 alin. (1) din HG nr. 394/2016];

- 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, modificarea necesităţilor cu afectarea valorii estimate a achiziţiei s-a realizat după lansarea procedurii de

atribuire şi ca urmare a acţiunii autorităţii, care a angajat, în baza unor contracte dc muncă, experţi care să presteze serviciile de proiectare ce formau obiectul procedurii de achiziţie;

- 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 ... nu se poate prevala de niciunul din cazurile de anulare prevăzute la art. 225 din Legea nr. 99/2016;

- procedura de atribuire poate fi finalizată prin anularea procedurii numai în condiţiile în care autoritatea 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 HG nr. 394/2016.

Referitor la neîndeplinirea condiţiilor de cvorum necesare pentru adoptarea măsurii anulării procedurii de către Comisia de analiză şi evaluare, contestatorul învederează că, potrivit dispoziţiilor art. 137 alin. (3) din HG nr. 394/2016, deciziile comisiei de evaluare se iau cu votul a cel puţin 2/3 dintre membrii săi cu drept de vot. Or, 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 HG nr. 394/2016. Raportul privind anularea procedurii deşi a fost semnat de doi membri, niciunul nu este Preşedintele comisiei.

De asemenea, în temeiul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, solictă Consiliului depunerea de concluzii oral.

În drept, se invocă dispoziţiile Legii nr. 99/2016, ale HG nr. 394/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. ...., ... a solicitat Consiliului respingerea contestației formulată de ....

Cu privire la motivele de nelegalitate a raportului de anulare a procedurii și a notificării, invocate de contestator, organizatoarea procedurii arată că prima critica - neîndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 pentru anularea procedurii, respectiv încălcarea principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2, alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016 este nefondată, întrucât:

- 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 aceasta nevoie inițială, astfel ca a intervenit anularea procedurii pe motiv ca necesitatea ce a stat la baza lansării procedurii de achiziție nu mai este de actualitate;

- în acest moment proiectarea sistemelor de energie electrică în RED 110 kV, de pe arealul SDEE Transilvania Sud, se face cu personal propriu, nemaifiind necesară contractarea lor din sursa externă;

- lansarea unei astfel de proceduri, ar mai putea avea loc doar în cazul în care capacitatea proprie de execuție, va excede necesarului de servicii de proiectare, strict pentru acele proiecte;

- încheierea unui acord - cadru pentru o necesitate care nu mai exista, nu ar fi fost în folosul niciuneia dintre părți;

- prelungirea duratei de evaluare și analiza a ofertelor, a fost dată și de faptul că, în cursul anului 2018, a reziliat contractele în vigoare la acel moment, contracte încheiate cu contestatorul, având același obiect;

- rezilierea s-a produs ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor ce îi reveneau ..., cu care se află în litigiu, în dosarul nr. ....în faza de recurs formulat de către contestator, ca urmare a respingerii în prima fază procesuală a plângerii depuse de către acesta, cu privire la rezilierea contractelor.

În ceea ce privește a 2 - a critica formulată de către contestator, respectiv neîndeplinirea condițiilor de cvorum necesare pentru adoptarea măsurii anularii procedurii de către comisia de analiză - evaluare, entitatea afirmă că și aceasta este neîntemeiată, dat fiind că la data emiterii raportului, doua persoane, din cele șase care alcătuiau comisia de analiză și evaluare, au contractul de muncă încetat ca urmare a demisiei acestora, ceilalți membrii lipsă fiind în concediu de odihnă. 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 aprobarea conducătorului entității contractante

În probațiune, entitatea contractantă a transmis, în copie, documente aflate în dosarul achiziției publice, care au fost înregistrate la Consiliu sub nr. .....

Prin adresa înregistrat la Consiliu sub nr. ...., ... a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante menționând următoarele:

1. 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, se mulţumeşte să reia motivul pentru care a înţeles să anuleze procedura de atribuire, fără să argumenteze din punct de vedere legal şi documentat legalitatea măsurii adoptate.

2. Dispoziţiile art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 nu conferă posibilitatea acesteia 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 un motiv de nelegalitate care să poată fi circumscris cazurilor prevăzute de art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

3. Încheierea acordului cadru era bineînţeles utilă ..., atâta timp cât entitatea avea obligaţia de a comanda servicii de proiectare de cel puţin .... lei. Prin urmare, prin anularea procedurii de atribuire a acordului cadru, entitatea i-a produs un prejudiciu cel puţin egal cu suma minimă prevăzută în anunţul de participare, respectiv cel puţin egală cu suma de 18.830.000 lei.

4. Deşi entitatea susţine că prelungirea duratei de evaluare şi analiză a ofertelor ar fi fost determinată de presupusa reziliere a unor contracte încheiate cu ..., 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 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.

5. În privinţa contractelor încheiate cu ... de autoritatea contractantă se învederează CNSC faptul că respectivele contracte au fost finalizate prin îndeplinirea tuturor obligaţiilor atât de către EDC, cât şi de către ..., 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 prezentei.

6. Cu privire la neîndeplinirea condiţiilor de cvorum, prin punctul de vedere, organizatoarea procedurii nu face altceva decât să confirme 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.

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...", împărțită pe loturi, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. .... și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva rezultatului procedurii, ... a înaintat Consiliului contestația de față (constituind cauțiunea aferentă conform dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016, prin depunerea Recipisei de consemnare nr. ..... lei), solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Consiliul reține că părțile sunt în dispută cu privire la decizia entității contractante de a anula procedura de atribuire în cauză, motivat de faptul că: *"De la data lansării prezentei proceduri, de atribuire, respectiv .... 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".*

Astfel, în discuție se află Raportul privind anularea procedurii nr. .... publicat în SEAP la data de ...

Potrivit acestora anularea procedurii s-a făcut în conformitate cu art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, care dispune: *(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.

Analizând conținutul celor două documente, coroborate cu cele precizate de entitatea contractantă în cadrul punctului de vedere la contestație, Consiliul constată că aceasta nu a motivat concret, în fapt, măsura de anulare a procedurii de atribuire.

În acest sens, entitatea contractantă arată că: *"(...) urmare a procesului de internalizare a unor activități cum au fost, (...) 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 achiziție nu mai este de actualitate"*, fără a aduce nicio dovadă în susținerea acestei măsuri, totul rămânând la nivel declarativ, neputând fi verificată implementarea și efectivitatea celor declarate.

Entitatea contractantă nu a adus nicio dovadă referitoare la aspectele susținute în punctul de vedere.

În ce privește susținerile contestatorului privind neîndeplinirea condiţiilor de cvorum necesar pentru adoptarea măsurii anulării procedurii de către Comisia de analiză şi evaluare, Consiliul constată că sunt întemeiate, *Raportul privind anularea procedurii* nr. .... fiind semnat de doar doi din cei șase membri cu drept de vot ai comisiei de evaluare, numiți prin Decizia nr. ...., în condițiile în care exista și un membru de rezervă, ce nu a fost implicat în absența celorlalți. Mai mult decât atât, entitatea contractantă nu a depus niciun înscris/document în susținerea celor menționate în punctul de vedere vizând faptul că, *"la data emitertii raportului, două persoane, din cele șase care alcătuiau comisia de analiză și evaluare, au contractul de muncă încetat ca urmare a demisiei acestora, ceilalți membrii lipsă fiind în concediu de odihnă".* Or, astfel, apare ca fiind evidentă încălcarea dispozițiilor art. 137 alin. (3) din HG nr. 394/2016, conform cărora: *Deciziile comisiei de evaluare se iau cu votul a cel puţin 2/3 dintre membrii săi cu drept de vot.*

Chiar și în situația în care entitatea contractantă nu poate fi obligată să încheie acordul – cadru deoarece, susține aceasta, nu mai există necesitatea tuturor serviciilor ce ar fi făcut obiectul acestuia, ea era obligată să dovedească/motiveze pe de o parte că necesitatea ce a stat la baza lansării procedurii de achiziție nu mai este de actualitate, și pe de altă parte, că urmare a procesului de internalizare a serviciilor de proiectare, nu a mai existat această nevoie inițială.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în baza dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ..., respectiv cererea privind: anularea raportului privind anularea procedurii și a notificării.

Va anula *Raportul privind anularea procedurii* nr. ...., și va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să refacă documentele procedurii, cu luarea în considerare a aspectelor analizate, așa cum s-a menționat, în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea contestatorului, de obligare a entității contractante *la finalizarea procedurii de atribuire în cauză și emiterea raportului*

procedurii prin care să fie desemnată societatea câștigătoare, ținând cont de măsurile dispuse anterior, entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, urmând a stabili modalitatea de finalizare a procedurii, prin anularea ei sau încheierea acordului - cadru.

Referitor la solicitarea contestatorului de a depune concluzii oral în fața CNSC, Consiliul o va respinge, deoarece susținerile acesteia au fost exprimate pe larg în contestație, iar din înscrisurile depuse de părți, rezultă suficiente informații pentru soluționarea cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ..., respectiv cererea privind anularea raportului privind anularea procedurii și a comunicării.

Anulează *Raportul privind anularea procedurii* nr. ...., și obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să continue procedura, cu luarea în considerare a aspectelor analizate, așa cum s-a menționat, în motivare.

Respinge cererea de obligare a entității contractante *la finalizarea procedurii de atribuire în cauză și emiterea raportului procedurii prin care să fie desemnată societatea câștigătoare.*

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.