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. 1170/C1/956
Data: 23.05.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19164/10.04.2023, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., cod unic de înregistrare RO ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal prin ..... și convențional prin avocat ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor în ....., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, întocmită de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., ..., în cadrul procedurii proprii, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Servicii de pază în cadrul Spitalului Colentina", cod CPV: 79713000-5, s-a solicitat:

- Anularea comunicării de anulare a procedurii nr. 10395/31.03.2023;
- Anularea raportului procedurii de atribuire nr. 9946/29.03.2023 și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de achiziție publică;
- Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Contestatorul precizează că în data de 31.03.2023, i-a fost comunicată nr. 10395/31.03.2023, de către autoritatea contractantă, prin care i s-a adus la cunoștință că procedura a fost anulată în temeiul art. 212 art. (1) lit. c).

Evidențiază faptul că adresa de comunicare a anulării procedurii nr. 10395/31.03.2023, este nemotivată în fapt, necunoscând motivele care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii.

Susține că în data 06.04.2023 a studiat dosarul achiziției publice la sediul autorității contractante, precizând că din cuprinsul raportului procedurii de achiziție publică, rezultă că după momentul evaluărilor tehnice și financiare, autoritatea contractantă a constatat următoarele aspecte: „dintr-o eroare s-a inserat cerința de la III 1.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, ofertantul a prestat în ultimii 5 ani servicii de pază în unități spitalicești - Ofertantul va prezenta: minim o recomandare, emisă de către o unitate spitalicească publică, cu minim

600 paturi, recomandare conform căreia, în ultimii trei ani, ofertantul a prestat serviciul, în mod corespunzător, cel puțin un 6 luni”.

În opinia contestatorului, prin raportare la valoarea estimată a contractului de achiziție publică ce face obiectul procedurii, autoritatea contractantă avea obligația să respecte doar dispozițiile art. 111 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Menționează că autoritatea contractantă nu a motivat dispoziția, neindicând ce principiu a fost nesocotit în procedura de fată, principiu care ar conduce la necesitatea anulării procedurii.

Susține că din documentația de atribuire se poate constata că au fost respectate toate principiile care stau la baza achiziției publice.

Apreciază că cerința în cauză nu este una tehnică restrictivă, ci este menită să ofere siguranța că ofertantul ce urmează să fie declarat câștigător al procedurii, are capacitatea tehnică să susțină acest contract.

Contestatorul subliniază faptul că documentația de atribuire a fost solicitată de mai mulți operatori economici, care nu au solicitat clarificări și nu au contestat-o.

Potrivit contestatorului, oferta ....., a fost stabilită ca fiind neconformă pentru un alt motiv și nu pentru cerința lll.1.3.a din documentația de atribuire.

Menționează că la finalizarea etapei de evaluare tehnică și financiară, oferta contestatorului a fost declarată câștigătoare.

Referitor la prevederile legale invocate de către autoritatea contractantă pentru anularea procedurii, contestatorul apreciază nu a fost încălcată nicio prevedere legală și nici nu este imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Contestatorul susține că în situația în care se menține măsura anulării, societatea sa ar fi afectată în ceea ce privește o eventuală viitoare procedură de achiziție publică, deoarece ofertele sale tehnice și financiare sunt deja cunoscute de către ceilalți participanți la procedură si de către personalul autorității contractante.

Față de cele învederate, contestatorul solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Invocă în drept Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 385/12.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 19888/12.04.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere

cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și admiterea excepției necompetenței Consiliului.

În ceea ce privește solicitarea excepției necompetenței materiale a Consiliului, autoritatea contractantă solicită declinarea competenței către Tribunalul ..... și invocă prevederile art. 12 alin. (2) și (3); art. 37 alin. (1); art. 49 din Legea nr. 101/2016, art. 68 din Legea nr. 98/2016, art. 82 din Legea nr. 99/2016, art. 50 din Legea nr. 100/2016, art. 27 alin (2); art. 68; art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, art. 2; art. 95 alin. (1); art. 132 alin. (1) din CPC.

În continuarea punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă istoricul derulării procedurii de atribuire.

Prezintă prevederile caietului de sarcini nr. 8189/14.03.2023, fișa de date din documentația de atribuire nr. 8504/16.03.2023, solicitarea de clarificări nr. 9175/24.03.2023, raportul procedurii nr. 9946/29.03.2023 privind evaluarea propunerilor tehnice, și comunicarea rezultatului procedurii nr. 10395/31.03.2023 cu motivarea anulării procedurii.

Autoritatea contractantă apreciază decizia anulării procedurii de atribuire ca fiind legală și temeinică, invocând în susținere prevederile art. art. 172, art. 173 alin. (1), art. 178, art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016; art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016.

În opinia autorității contractante impunerea cerinței în fișa de date a achiziției: pct. III.1.3.a) încalcă principiul tratamentului egal și al nediscriminării, îngrădind operatorilor economici care nu pot prezenta o recomandare de la o unitate spitalicească cu cel puțin 600 de paturi, serviciul nu a fost prestat în ultimii 3 ani sau serviciul nu a fost prestat cel puțin 6 luni dreptul de a participa la procedura de achiziție în cadrul autorității contractante.

Autoritatea contractantă a apreciat că măsurile de remediere care s-ar impune, respectiv eliminarea cerinței pct. II 1.1.3.a) sunt imposibil de adoptat la acest moment, deoarece au fost depuse oferte, fiind evaluate și întocmit raportul procedurii, susține că nu a anulat procedura de atribuire în mod arbitrar, întrucât continuarea ei ar fi condus la încălcarea principiilor tratamentului egal, transparentei, și asumării răspunderii, prevăzute la art. 2 alin. (1) lit. b), d) și f) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte dispozițiile art. 49 din același act normativ.

Face trimitere jurisprudența Cutiilor de Apel din România și CJUE și invocă art. 212 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Menționează că eliminarea cerinței ar fi fost lipsită de eficiență juridică, putând exista operatori economici care nu s-au înscris în procedură pentru că nu îndeplineau această cerință.

Apreciază că, singura măsură legală a fost aceea de a anula procedura de achiziție.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, menținerea raportului procedurii nr. 9946/29.03.2023 și a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 10395/31.03.2023, ca fiind legale și temeinice.

Invocă în drept dispozițiile art. 18 alin. (1) Legea nr. 98/2016 și atașează împuternicirea avocațială.

Prin adresa nr. 133389/28.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 22897/28.04.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23146/02.05.2023, contestatorul transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea excepției necompetenței materiale a Consiliului și admiterea contestației.

Potrivit contestatorului, serviciile ce constituie obiectul contractului de achiziție publică în cauză, vor fi atribuite prin intermediul unei proceduri simplificate proprii, așa cum este aceasta prevăzută de art. 68 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Precizează că procedura este organizată în baza prevederilor art. 68 din Legea nr. 98/2016, astfel fiind în competența Consiliului soluționarea contestației sale.

Invocă în drept prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19660/11.04.2023, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209055261/1 tranzacția nr. 1323651619/40127796 din data de 11.04.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 9.185,00 lei.

În urma solicitării CNSC nr. 20498/C1/956/18.04.2023, de completare a cauțiunii, contestatorul transmite adresa înregistrată la CNSC sub nr. 20716/19.04.2023, prin care depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209072021/1 tranzacția nr. 1325834368/ 43458196 din data de 19.04.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 73.480,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura proprie pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect: „Servicii de pază în cadrul Spitalului Colentina”, cod CPV: 79713000-5, publicând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă pe site-ul propriu, www.spitalulcolentina.ro, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 2.755.359,36 lei fără TVA. Criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției necompetenței materiale a CNSC invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 385/12.04.2023 înregistrat la CNSC sub nr. 19888/ 12.04.2023.

În opinia autorității contractante, soluționarea contestației formulate de SC ..... SRL nu ar intra în competența CNSC deoarece potrivit anunțului de participare publicat de .... prezenta procedură are ca obiect – tip anunț: „Achiziție servicii sociale și alte

servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2 din Legea nr.98/2016”, motiv pentru care solicită declinarea cauzei către Tribunalul .....

În soluționarea excepției, Consiliul reține că, potrivit strategiei de contractare aflată la pag. 18 din dosarul achiziției, valoarea estimată a achiziției este între 229.613,28 lei și 2.755.359,36 lei fără TVA.

Având în vedere obiectul achiziției și faptul că valoarea anterior menționată este inferioară pragului de 3.636.150 lei prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține incidența în speță a următoarelor prevederi legale:

- art. 7 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă atribuie contractele de achiziție publică/acordurile-cadru și organizează concursurile de soluții care privesc achiziții publice a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1) prin aplicarea unei proceduri simplificate, cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”*;

- art. 68 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016: *„(1) 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: (...) h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice”*;

- art. 2 alin. (1) din Legea nr.101/2016: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim,* ***pe cale administrativ-jurisdicțională <u>sau</u> judiciară****, potrivit prevederilor prezentei legi;*

- art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„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)”*;

- art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante* ***poate sesiza Consiliul*** *în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim (...)”*;

- art. 49 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Pentru soluționarea contestației pe cale judiciară, persoana care se consideră vătămată* ***se poate adresa instanței de judecată competente****, potrivit prevederilor prezentei legi*”;

- art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 care definește sintagma „*act al autorității contractante*” ca fiind „*orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice,*

neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, ***fără a include achiziția directă*** *care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind*

concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare".

Având în vedere tipul achiziției constând în achiziționarea unor servicii de pază, Consiliul reține că procedura organizată de autoritatea contractantă se încadrează în prevederile art. 68 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, fiind identificată prin denumirea *„procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice”*.

Pe cale de consecință, Consiliul reține că în speță sunt aplicabile prevederile art. 12 alin. (1) coroborat cu art. 8 alin. (1) lit. b) și cu art. art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 care stabilesc în competența Consiliului soluționarea contestațiilor formulate în cadrul procedurilor de atribuire, cu excepția achiziției directe.

Mai mult, Consiliul va reține că, în esență, procedura de achiziție publică derulată de autoritatea contractantă are în vedere încheierea unui contract de achiziție publică.

Având în vedere acest aspect, Consiliul reține că, indiferent ce prevederi legale ar fi aplicabile, acestea nu pot schimba natura juridică a procedurii, care este o procedură ce are ca obiect atribuirea unui contract de achiziție publică.

În acest sens, Consiliul reține că indiferent de regulile aplicate de autoritatea contractantă procedurii de atribuire (cele ale Legii nr. 98/2016 sau prevederile unei proceduri specifice), acestea nu pot schimba natura juridică a procedurii, care este o procedură ce are ca obiect atribuirea unui contract de achiziție publică, această procedură urmărind încheierea unui contract de achiziție publică, astfel cum este definit de art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia contractul de achiziție publică este „*contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii*".

Din acest motiv, Consiliul reține că sunt aplicabile cauzei de față prevederile Legii 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, prevederi ce au caracter special și derogatoriu față de prevederile comune cuprinse în Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Potrivit art. 4 alin. (1) din Legea 101/2016 cu modificările și completările ulterioare *„Pentru soluționarea contestației, persoana care se consideră vătămată se poate adresa:*

a) fie pe cale administrativ-jurisdicțională Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor;

b) fie pe cale judiciară instanței de judecată”.

Din analiza prevederilor legale anterior reproduse, se reține că persoana care se consideră vătămată în sensul art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 are dreptul de a alege să formuleze contestație fie

pe cale administrativ-jurisdicțională Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor fie pe cale judiciară la instanța de judecată competentă; în speța care face obiectul prezentei, SC ..... SRL alegând să formuleze contestația la CNSC în calitatea sa de organism administrativ-jurisdicțional, fiind aplicabile prevederile art. 12 alin. (1) din Legea 101/2016 potrivit 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)".

În soluționarea excepției, Consiliul nu va putea reține argumentele autorității contractante din punctul de vedere care, din interpretarea prevederilor art. 49 din Legea nr. 101/2016 deduce că SC ..... SRL ar avea dreptul legal să depună contestație doar în instanță deoarece raționamentul acesteia este eronat, fiind rezultatul extragerii/ruperii art. 49 din contextul în care a fost formulat, cu ignorarea evidentă a prevederilor art. 4 alin. (1) din Legea 101/2016 care permit formularea contestației în mod alternativ la CNSC sau instanță, a prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 care dispun cu privire la formularea contestației „(...) pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi" și ale art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 care exclud din sfera de competență a CNSC doar contestațiile în legătură cu achizițiile directe.

Totodată, Consiliul reține că, pentru a nu se ajunge la eludarea prevederilor Directivei nr. 2009/81/CE prin invocarea unei astfel de excepții, este necesar ca decizia, despre care autoritatea contractantă apreciază că se încadrează în situația exceptată, să poată fi contestată potrivit reglementărilor cuprinse în Directivă referitoare la căile de atac.

Relevante în acest sens sunt aspectele reținute de **CJUE în paragrafele 33 și 34 ale Hotărârea CJUE din data de 11.01.2005** pronunțată în cauza **C-26/03** Stadt Halle and RPL Lochau, care, deși se referă la directiva europeană anterioară Directivei nr. 2009/81/CE, situația este similară:

„În cazul în care o autoritate contractantă decide să nu inițieze o procedură de atribuire pentru motivul că, în opinia sa, contractul în cauză nu intră în domeniul de aplicare al normelor comunitare relevante, o astfel de decizie constituie prima decizie care poate fi supusă controlului jurisdicțional.

Având în vedere această jurisprudență și obiectivele, sistemul și modul de redactare ale Directivei 89/665, pentru a menține eficiența

acestei directive, trebuie să se conchidă că orice act al unei autorități contractante adoptat în legătură cu un contract de servicii publice ce intră în domeniul material de aplicare a Directivei 92/50 și care poate produce efecte juridice constituie o decizie supusă controlului în sensul art. 1 alin. 1 din Directiva 89/665, indiferent dacă acest act este adoptat în afara unei proceduri reglementate de atribuire sau ca parte a unei astfel de proceduri”.

În cadrul **Hotărârii CJUE din 5 aprilie 2017, pronunțată în cauza C-391/15,** Curtea s-a pronunțat astfel*:*

„26 Trebuie amintit că modul de redactare a articolului 1 alineatul (1) din directiva menționată presupune, prin folosirea expresiei „în ceea ce privește [procedurile de atribuire a contractelor]", ca orice decizie a unei autorități contractante care intră sub incidența normelor izvorâte din dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice și care le poate încălca să fie supusă controlului jurisdicțional prevăzut la articolul 2 alineatul (1) literele (a) și (b) din aceeași directivă. Prin urmare, această dispoziție se referă în general la deciziile unei autorități contractante, fără a distinge între deciziile respective în funcție de conținutul sau de momentul adoptării lor (a se vedea Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punctul 28 și jurisprudența citată)

27 Această accepțiune largă a noțiunii „decizie" a unei autorități contractante este confirmată de faptul că dispoziția de la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 nu prevede nicio restricție în ceea ce privește natura și conținutul deciziilor pe care le vizează. În plus, o interpretare restrictivă a acestei noțiuni ar fi incompatibilă cu dispozițiile articolului 2 alineatul (1) litera (a) din directiva menționată, care obligă statele membre să prevadă proceduri de adoptare a unor măsuri provizorii în privința oricărei decizii adoptate de autoritățile contractante (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punctul 30 și jurisprudența citată)".

Prin urmare, interpretarea autorității contractante conform căreia procedurilor specifice a căror valoare estimată este inferioară pragului de publicare la JOUE nu le-ar fi aplicabile căile de atac reglementate de Legea nr. 101/2016 este contrară atât legislației naționale cât și prevederilor **Directivei nr. 2009/81/CE și jurisprudenței CJUE** în această materie.

Raționamentul anterior se regăsește atât în cadrul Hotărârii nr. 4378/15.11.2017 pronunțată de Curtea de Apel ..... în dosarul nr. 21736/3/2017 cât și a Deciziei nr. 1050/13.03.2018 pronunțată de Înalta Curte de Casare și Justiție.

În fine, Consiliul reține că procedura în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei nu se încadrează nici măcar în situația prevăzută cu titlu de excepție la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 potrivit căruia achiziția directă intră sub incidența Legii nr. 554/2004 deoarece, pe de o parte, autoritatea contractantă a precizat clar că este vorba de o procedură proprie pentru achiziționarea unor servicii incluse în anexa 2 (exprimarea din punctul de vedere este „procedură simplificată proprie") iar valoarea estimată este

superioară pragului prevăzut la art. 7 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, fiind exclusă posibilitatea achiziționării serviciilor prin achiziție proprie.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge ca nefondată excepția lipsei de competență a CNSC, invocată de autoritatea contractantă.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că SC ..... SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă, ulterior evaluării ofertelor tehnice și financiare în urma căreia oferta sa a fost clasată pe locul 1, a anulat procedura de atribuire, motivat de faptul că cerința inclusă în documentația de atribuire referitoare la „Capacitatea tehnică

și/sau profesională” conform căreia „ofertantul va prezenta minim o recomandare emisă de o unitate spitalicească publică, cu minim 600 paturi”, ar fi restrictivă iar remedierea documentației nu ar fi posibilă fără a se încălca principiile prevăzute de legislația aplicabilă.

Din conținutul Raportului procedurii nr. 9946/29.03.2023 (pag. 252 din dosarul cauzei) întocmit de autoritatea contractantă rezultă că, în cadrul procedurii au fost depuse 2 oferte: SC ..... SRL și ..... iar în urma finalizării procesului de evaluare s-a reținut că, deși oferta SC ..... SRL îndeplinește cerințele de conformitate și admisibilitate impuse în cadrul documentației de atribuire, se impune anularea procedurii datorită cerinței incluse în cadrul fișei date, pct.III.1.3.a) referitoare la „Capacitatea tehnică și/sau profesională” conform căreia „ofertantul va prezenta minim o recomandare emisă de o unitate spitalicească publică, cu minim 600 paturi”, care este considerată a fi restrictivă iar remedierea documentației nu ar fi posibilă fără a se încălca principiile prevăzute de legislația aplicabilă.

Această concluzie a autorității contractante a condus la incidența prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza I din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire” coroborat cu alin. (2) al aceleiași norme juridice, potrivit căruia „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”*.

Referitor la anularea în totalitate a 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 această regulă, potrivit art. 225 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru cinci motive expres și limitativ

prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se caracterul pretins restrictiv al cerințelor de calificare de forma *„minim de 600 paturi spitalicești”*.

Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că atunci când se hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere atât încadrarea contractului în bugetul său cât și stabilirea unor cerințe care să corespundă necesităților sale și care să nu restrângă concurența. În măsura în care a decis să poată asigura achiziționarea serviciilor de pază și a publicat anunțul de participare împreună cu documentația de atribuire (care include fișa de date, caietul de sarcini), nu mai este permis ca prin propria voință își schimbe condițiile de participare în etapa de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului 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 contractului, 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 contract de achiziții publice, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea contractului dependentă de acțiuni sau omisiuni ale entității contractante.

Modalitatea în care a înțeles ..... să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că atunci când se hotărăște organizarea unei

proceduri de atribuire, și 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.

Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante care

după evaluarea ofertelor tehnice/financiare 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 Lege, 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) 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 contractul de achiziție publică 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 schimbării condițiilor de participare a căror necesitate a fost identificată după depunerea ofertelor și nici interpretării eronate a normelor legale aplicabile.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., va anula raportul procedurii și actele

subsecvente acesteia și va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

Ca urmare a admiterii contestației formulate de SC ..... SRL și observând că există cheltuieli avansate de acesta în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și admite, în conformitate cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante aflată în culpă la plata cheltuielilor efectuate de acesta în cursul soluționării contestației.

Cheltuielile reclamate sunt în sumă de 3500 lei și reprezintă „asistență juridică” avocat prestate de ..... – Cabinet de avocat achitate conform extras cont generat la data de 06.04.2023.

Analizând temeinicia pretențiilor contestatorului, referitor la cuantumul cheltuielilor de judecată solicitate, reprezentând *„asistență juridică”* avocat, Consiliul apreciază că se impune reducerea onorariului de avocat care, conform extrasului de cont generat la data 06.04.2023 depus la dosar, însumează suma de 3.500 lei, la suma de 2.000 lei, din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, facultativă și gratuită potrivit art. 24 alin. (4) din Constituția României și având în vedere faptul că în speță nu s-au dispus audieri sau depunerea de concluzii orale, rezultă că cheltuielile de judecată cuprind orice alte cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării contestației.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) C.p.c., *„Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său”* și, ținând seama de serviciile prestate de avocat, Consiliul, analizând prin prisma textului reprodus cererea de plată a sumei de 3.500 lei, reprezentând *„asistență juridică”* avocat suportat de contestator cu ocazia soluționării contestației sale la Consiliu, apreciază că respectiva sumă este nepotrivit de mare în raport de muncă depusa de avocat dar și de complexitatea cauzei.

Astfel fiind, raportat la gradul relativ scăzut de complexitate a aspectelor reclamate în această cerere și la volumul de muncă pe care l-a presupus redactarea ei, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la 2.000 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plată către contestator.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) C.p.c. coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în

convenția încheiată de intervenient, în calitate de client, și avocatul lor, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1270 C civil.

De asemenea, nu sunt lipsite de importanță nici dispozițiile art. 453 alin. 2 din Codul de procedură Civilă, care stipulează :

„Când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată. Dacă este cazul, judecătorii vor putea dispune compensarea cheltuielilor de judecată”.

Se apreciază totodată că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit cărora avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienți lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 451 alin. (2) C.p.c., Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecata, în raport de munca depusă de avocat, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului față de volumul de munca presupus de pregătirea apărării în această cauză.

Referitor la munca depusă de avocat, s-a constatat că, în acest stadiu procesual, volumul de muncă al avocatului, presupus de pregătire a apărării, a constat în formularea unei contestații pe care a înaintat-o prin corespondență, astfel, în opinia Consiliului este inechitabil ca, la aprecierea onorariului ce se cuvine avocatului, să nu se aibă în vedere și munca depusă de acesta în raport cu pregătirea sa profesională.

Pentru aceste considerente, Consiliul apreciază că reducerea onorariului de la 3.500 lei la 2.000 lei, este mai mult decât suficient, fiind în concordanță cu elementele mai sus arătate, respectiv complexitatea cauzei și, nu în ultimul rând, munca depusă de avocat, în condițiile art. 451 C.p.c., contestatorul fiind îndreptățit să solicite cheltuielile de judecată, care în ceea ce privește onorariul de avocat, în prezenta cauza, poate fi diminuat de către Consiliul, în condițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) C.p.c.

Dispoziția art. 451 C.p.c. care reglementează posibilitatea părții căreia i s-a admis cererea să solicite părții în culpă cheltuielile de judecată, sunt în concordanță și cu jurisprudența CEDO conform căreia un reclamant poate obține rambursarea cheltuielilor sale de judecată în măsura în care li s-au stabilit realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția lipsei de competență a CNSC în soluționarea contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

Admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., anulează raportul procedurii și actele subsecvente acesteia și dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator, în cuantum de 2.000 lei.

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 15 (cincisprezece) pagini