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. 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. ...../..../....
Data: 04.12.2019

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 39567/04.10.2019, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., reprezentată convențional prin ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., având cod unic de înregistrare 6367848, împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire, emis de către .... SA, cu sediul în ....., ..., ..., prin ....(....), cu ordin inițiator nr. 597/2019, în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Conducte preizolate din oțel" cod CPV: 44160000-9, s-a solicitat: „admiterea contestației; anularea adresei nr. 1161/25.09.2019 privind anularea procedurii, comunicată în data de 26.09.2019, precum și anularea tuturor actelor subsecvente și conexe acesteia; atribuirea contractului către SC ..... SRL; obligarea intimatei la plata tuturor cheltuielilor de judecată ivite cu soluționarea prezentei cauze"

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

SC ..... SRL menționează că a depus în termen legal oferta și a răspuns în termen legal solicitărilor de clarificări adresate de comisia de evaluare a ofertelor. Urmare a acestor etape, conform raportului ședinței de tranzacționare pe piața la disponibil din data de 18.09.2019, oferta depusă a fost admisa și a trecut atât de etapa analizării documentelor de

calificare, cât și de etapa analizării propunerilor tehnice, însă licitația s-a încheiat prin adjudecarea contractului de către ofertantul SC LSG Interserv SRL, la prețul de 1.429.000 lei/contract fără TVA.

Contestatorul precizează că ulterior a notificat comisia de evaluare cu privire la faptul că oferta declarată câștigătoare nu este conformă cu prevederile caietului de sarcini.

Ulterior, prin adresa nr. 1161/25.09.2019, comunicată în data de 26.09.2019, ... SA comunică faptul că, într-adevăr propunerea tehnică și propunerea financiară depuse de către SC LSG Interserv SRL nu sunt conforme cu caietul de sarcini, deoarece nu cuprind costul lucrării de manșonare. În baza art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, ... SA a hotărât anularea procedurii de atribuire, în cauză.

În opinia contestatorului, decizia de anulare a procedurii de atribuire este nelegala, impunându-se anularea acesteia și atribuirea contractului către SC ..... SRL, având în vedere că este singura oferta conformă din punct de vedere tehnic.

Totodată, consideră că în prezenta procedura de atribuire, nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016. Chiar dacă s-a constatat că oferta SC LSG Interserv SRL nu corespunde cerințelor caietului de sarcini, contestatorul apreciază că nu rezultă imposibilitatea de încheiere a contractului; prin decizia de anulare a procedurii fiind încălcate prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 146 a lin. (2) din HG nr. 395/2016

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 40653/11.10.2019, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205794615/1, tranzacția nr. 903859168/1653756273 din data de 10.10.2019, emisă de CEC Bank – unitatea Sucursala ....., în valoare de 30.191 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*".

.... SA transmite prin adresa nr. 3122/11.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 40965/ 14.10.2019, dosarul procedurii, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Pe cale de excepție, invocă inadmisibilitatea contestației din următoarele considerente:

1. Prevederile Legii nr. 101/2016 nu sunt aplicabile, SC .... SA având în vedere că aceasta nu este autoritate contractantă în sensul prevăzut de art. 4 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

2. Procedura de atribuire a contractului având ca obiect achiziția de conducte preizolate din otel și fitinguri s-a derulat prin intermediul ....iar conform regulamentului .... eventualele contestații la procedurile derulate prin .... se soluționează conform prevederilor titlului IV din regulament.

1. SC .... SA este o societate înființată în conformitate cu prevederile Legii nr. 31/1990, având ca acționari:

- Municipiul ....., cu o cota de 99,9678% din capitalul social și
- SC Ciclop SA cu o cota de 0,0322% din capitalul social (societate care la rândul sau are ca unic acționar Municipiul .....).

Conform actului constitutiv, SC .... SA funcționează în temeiul Legii nr. 31/1990 privind societățile și are ca obiect principal de activitate activități de arhitectură - cod CAEN 7111. De asemenea, desfășoară și activități prevăzute în obiectul secundar de activitate, respectiv Lucrări de construcție a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale - cod CAEN 4120, Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor - cod CAEN 4211 și Construcția de poduri și tuneluri - cod CAEN 4213.

Astfel, din analiza actului constitutiv rezultă că SC .... SA desfășoară activități comerciale, aducătoare de profit, repartizarea beneficiilor și suportarea pierderilor revenind în sarcina acționarilor, proporțional cu cota deținută de fiecare.

Prezenta procedura de atribuire a fost demarată având în vedere derularea contractului de execuție lucrări „Pasaj Doamna Ghica" pe care SC .... SA l-a încheiat cu Municipiul ....., contract ce a fost atribuit SC .... SA prin încredințare directă, în baza art. 31 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, apreciază că SC .... SA nu se încadrează în niciuna din categoriile de autorități contractante stabilite de art. 4 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit art. 4 din actul normativ invocat: *„(1) Au calitatea de autoritate contractantă în sensul prezentei legi:*

a) autoritățile și instituțiile publice centrale sau locale, precum și structurile din componența acestora care au delegată calitatea de ordonator de credite și care au stabilite competențe în domeniul achizițiilor publice;

b) organismele de drept public;

c) asocierile formate de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la Ut. a) sau b)

(2) Prin organisme de drept public în sensul alin. (1) lit. b) se înțelege orice entități, altele decât cele prevăzute la alin. (1) lit. a) care, indiferent deforma de constituire sau organizare, îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt înființate pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial;

b) au personalitate juridică;

c) sunt finanțate, în majoritate, de către entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau de către alte organisme de drept public ori se află în subordinea, sub autoritatea sau în coordonarea ori controlul unei entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau ale unui alt organism de drept public ori mai mult de jumătate din membrii consiliului de administrație/ organului de conducere sau de supraveghere sunt numiți de către o entitate dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) ori de către un alt organism de drept public".

De asemenea, apreciază că SC .... SA nu poate fi considerată organism de drept public în sensul art. 4 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, câtă vreme nu este îndeplinita condiția

ca societatea să fie înființată pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial, condiție prevăzută de art. 4 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016, chiar și in cazul atribuirii contractelor de lucrări prin încredințare directa in temeiul art. 31 din Legea 98/2016.

În concluzie, contestația formulata de SC ..... SRL nu este de competența CNSC, întrucât SC .... SA nu are calitatea de autoritate contractantă, fiind fără relevanță faptul că au fost utilizate documente și formulare specifice unei autorități contractante.

2. Procedura de atribuire în cauză, a fost derulată prin intermediul Bursei Romane de Mărfuri. .... sunt organisme cu drept de autor reglementare (art. 2 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 357/2005), *„având dreptul să reglementeze, [...], propriile activități în legătură cu piețele pe care le administrează, activitățile desfășurate de membri și clienți pe piețele administrate de bursa de mărfuri și să asigure respectarea propriilor reglementări*" (art. 2 alin. 2 din Legea nr. 357/2005)

Conform art. 1 pct. 6 din Regulamentul Bursei Române de Mărfuri, acesta *„este aplicabil tuturor participanților la procedura de achiziție in măsură în care nu contravine prevederilor documentației procedurii*". Prin urmare, modul de desfășurare al procedurii, precum și eventualele contestații se supun prevederilor regulamentului.

Conform art. 83 din Regulamentul .... *„în cazul constatării unor încălcări ale prevederilor prezentului regulament, ale documentației procedurii sau a unor eventuale neregularități intervenite în cursul desfășurării procedurii, ofertanții pot depune la comisia de analiza contestațiile formulate în scris, în termen de 30 de minute de la comunicarea rezultatului procedurii, dar nu mai mult de 2 zile lucrătoare de la comunicarea rezultatului procedurii, considerat termen de decădere*".

În concluzie, apreciază că soluționarea contestațiilor privind procedura de atribuire a contractelor desfășurată prin ....nu este de competența Consiliului, ci de competența comisiei de analiza a contestațiilor conform regulamentului Bursei Române de Mărfuri.

Pe fondul cauzei, arată că urmare a desfășurării ședinței de tranzacționare, a fost desemnat câștigător ofertantul având prețul cel mai scăzut, respectiv SC LSG Interserv SRL, aspect consemnat în Raportul ședinței de tranzacționare nr. 4821/18.09.2019 emis de .....

În urma comunicării acestui raport de tranzacționare, prin adresa nr. 1150/24.09.2019 SC ..... SRL a semnalat faptul că a apărut o eroare în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ofertantul declarat câștigător, deoarece aceasta nu a fost conformă cu caietul de sarcini, având lipsuri evidente și esențiale, astfel încât acestei societăți ar fi trebuit să i se solicite clarificări de verificare a propunerii tehnice. În baza acestei adrese, comisia de evaluare a reanalizat documentația depusă de ofertantul LSG Interserv SRL și a constatat că, deși în caietul de sarcini (pag 2) s-a solicitat menționarea în oferta a costului lucrării de

manșonare, în propunerea tehnică și propunerea financiară depuse de ofertantul LSG Interserv SRL nu au fost ofertate și aceste lucrări.

Având în vedere aceste considerente, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, s-a decis anularea procedurii.

În ceea ce privește atribuirea contractului către locul 2, arată că, potrivit art. 74 din Regulamentul .... *„acordarea dreptului de a încheia contractul de achiziție se face pe baza hotărârii de adjudecare*" iar *„contractul de achiziție se încheie între ordonatorul și câștigătorul procedurii, în baza hotărârii de adjudecare, în termenul prevăzut în documentația procedurii*" (art. 80 din Regulamentul ....).

De altfel, la art. 81 din același regulament se menționează că, în cazul în care contractul nu se încheie cu câștigătorul procedurii din motive ce îi sunt imputabile și/sau nu respectă angajamentele asumate prin documentele depuse in vederea participării la procedura, acesta va decădea din dreptul de câștigător, iar ordonatorul va putea încheia contractul cu primul ofertant din lista celor cu statut de rezervă, dacă există. Ori, în cazul supus analizei, SC ISOPLUS ROMANAIA SRL nu a avut niciodată statutul de ofertant de rezerva, TCMB SA neavând pârghiile legale sa încheie cu acesta contractul de achiziție.

Prin urmare, singura posibilitate a organizatorului procedurii a fost aceea de a dispune anularea procedurii în baza art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește solicitarea de atribuire a contractului către SC ..... SRL, ... SA solicită Consiliului respingerea contestației întrucât CNSC, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, „nu poate decide atribuirea contractului către un operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

Ori, SC ..... SRL nu a fost desemnat câștigător de către organizatorul procedurii desfășurate prin intermediul ...., și nici nu rezultă calitatea acestuia de ofertant câștigător, această calitate fiind obținută numai în urma ședinței de tranzacționare și este atestată prin emiterea de către .... a raportului procedurii în care se specifică denumirea ofertantului câștigător și prețul de adjudecare.

Având în vedere susținerile de mai sus, ... SA, solicită Consiliului să dispună, în principal, admiterea excepției invocate, să constate că TCMB SA nu are calitate de autoritate contractantă în sensul art. 4 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2106 precum și să constate că procedurile derulate prin ....se soluționează conform prevederilor titlului IV din Regulamentul ...., prezenta contestație nefiind supusă procedurii de soluționare prevăzută de Legea 101/2016.

Pe fondul cauzei, solicită respingerea ca neîntemeiată a contestației.

Față de punctul de vedere emis de către .... SA, contestatorul transmite adresa înregistrată al CNSC sub nr. 41011/14.11.2019, solicitând Consiliului respingerea excepției inadmisibilității contestației, ca neîntemeiată, invocând în acest sens, prevederile art. 4 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește prima condiție, respectiv aceea de a fi înființată pentru a satisface nevoi de interes general, îndeplinirea acesteia rezultă implicit din acționariatul societății, acționarul majoritar al societății fiind Municipiul ..... Aceasta societate a apărut în cadrul Holding-ului de societăți comerciale înființate de Consiliul General al Municipiului ....., la propunerea Primarului General, până și intimata prezentându-se ca fiind Compania Municipală ....

În cadrul secțiunii Prezentare din cadrul site-ului societății intimate se arată că „Prin înființarea ..... S.A., s-a urmărit crearea cadrului organizatoric și în același timp funcțional pentru realizare unei entități care să poată răspunde cu promptitudine solicitărilor Primăriei Municipiului ..... de a realiza obiective investiționale cu prioritate realizarea de locuințe cu funcționalități multiple și în cele mai competitive condiții de calitate, termene de execuție și cost”.

De asemenea, la secțiunea Informații generale se arată că „Beneficiarii lucrărilor realizate de Compania .... SA sunt Primăria Municipiului ..... prin Direcția Generală de Investiții, unitățile descentralizate din cadrul Primăriei Municipiului ..... precum și entitățile juridice la care Municipiul ..... este acționar majoritar”

În cadrul Regulamentului de organizare și funcționare al societății se arată că: „.... ..... SA este finanțată integral din fonduri publice".

Așadar, este evident că această societate a fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general, beneficiarii lucrărilor fiind în exclusivitate autorități și instituții publice.

De asemenea, este îndeplinită și condiția de la punctul b), intimata având personalitate juridică, fiind o societate pe acțiuni înființată în temeiul dispozițiilor Legii nr. 31/1990.

În ceea ce privește cea de a treia condiție, astfel cum inclusiv intimata recunoaște prin punctul de vedere exprimat, contestatorul arată că societatea are 2 acționari, acționarul majoritar al societății, având o cota de 99,9678 din capitalul social este Municipiul ....., iar celălalt asociat este societatea CICLOP SA, societate care la rândul ei are ca unic acționar Municipiul ..... Așadar, este evidentă îndeplinirea condiției de la punctul c) intimata fiind o societate finanțată integral de către o autoritate publică locală, respectiv Municipiul .....

Nu în ultimul rând, se constată că în toate actele procedurii, inclusiv în fișa de date a achiziției, intimata apare ca fiind *autoritatea contractantă*.

Având în vedere toate aceste considerente, contestatorul solicită Consiliului să constate că intimata este un organism de drept public, fiind finanțată în integralitate din fonduri publice, și pe cale de consecință este evident că aceasta are calitatea de autoritate contractantă în sensul dispozițiilor art. 4 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității invocată de intimată prin prisma faptului că soluționarea contestațiilor privind procedura de atribuire a contractelor desfășurate prin ....nu este de competența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, contestatorul apreciază că excepția invocata este neîntemeiată și din acest punct de vedere.

Astfel cum rezultă din fișa de date a achiziției, procedura desfășurată prin ....implică un contract de achiziție publică. Pentru atribuirea prezentului contract, s-a optat pentru procedura negocierii fără publicarea unui anunț de participare efectuată în temeiul dispozițiilor art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit art. 21 alin. (5) din Legea nr. 357/2005 privind ....: *„în cazul în care autoritățile contractante achiziționează produse, servicii sau lucrări prin intermediul burselor de mărfuri, acestea din urmă au obligația de a respecta prevederile legislației în vigoare privind achizițiile publice atunci când aplică procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică în numele autorităților contractante respective”.*

Or*,* întrucât procedura care face obiectul prezentei contestații a fost organizată de autoritatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016, sintagma *„ acestea din urma au obligația de a respecta prevederile legislației în vigoare privind achizițiile publice*" include, în mod evident și dispozițiile referitoare la procedura de soluționare a contestațiilor.

Având în vedere că, în prezenta speță se contestă procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică, apreciază că sunt pe deplin incidente prevederile Legii nr. 101/2016, aceasta fiind legislația specială care *„reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publica, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor*"

De altfel, inclusiv în cuprinsul documentației de atribuire, organismul competent pentru soluționarea căilor de atac este prevăzut ca fiind Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Pe fondul cauzei, contestatorul reiterează aspectele menționate în contestație.

Prin adresa nr. 41814/....-..../18.10.2019, Consiliul solicită Agenției Naționale Pentru Achiziții Publice să comunice dacă .... SA se încadrează în categoria autorităților contractante, reglementate de art. 4 din legea nr. 98/2016.

Agenția Naționale Pentru Achiziții Publice răspunde prin adresa nr. 13368/15.11.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 47058/ 18.11.2019, precizând următoarele:

„Potrivit art. 4 din Legea nr. 98/2016: (1) Au calitatea de autoritate contractantă în sensul prezentei legi: a) autoritățile și instituțiile publice centrale sau locale, precum și structurile din componența acestora care au delegată calitatea de ordonator de credite și care au stabilite competențe în domeniul achizițiilor publice; b) organismele de drept public; c) asocierile formate de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la lit. a) sau b). (2) Prin organisme de drept public în sensul alin. (1) lit. b) se înțelege orice entități, altele decât cele prevăzute la alin. (1) lit. a) care, indiferent de forma de constituire sau organizare, îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt înființate pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial;

b) au personalitate juridică;

c) sunt finanțate, în majoritate, de către entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau de către alte organisme de drept public ori se află în subordinea, sub autoritatea sau în coordonarea ori controlul unei entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau ale unui alt organism de drept public ori mai mult de jumătate din membrii consiliului de administrație/organului de conducere sau de supraveghere sunt numiți de către o entitate dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) ori de către un alt organism de drept public.

(3) Se consideră că nevoile de interes general, prevăzute la alin. (2) lit. a), au caracter industrial sau comercial, dacă entitatea înființată, în condițiile legii, de către o autoritate contractantă îndeplinește în mod cumulativ următoarele condiții:

a) funcționează în condiții normale de piață;

b) urmărește obținerea unui profit;

c) suportă pierderile care rezultă din exercitarea activității sale".

Astfel, din Actul constitutiv al societății, a rezultat că SC .... SA este persoană juridică română, constituită ca societate pe acțiuni, având ca acționar majoritar, cu 99,9678% din acțiuni, Municipiul ..... (prin Consiliul General al Municipiului .....), fiind, astfel, îndeplinite două dintre condițiile prevăzute de art. 4 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 pentru ca societatea să reprezinte organism de drept public, respectiv condițiile prevăzute la lit. b) și c) al respectivului alineat.

În ceea ce privește condiția prevăzută la art. 4 alin. (2) lit. a) din lege, respectiv societatea în cauză să fi fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial, din informațiile regăsite în Actul constitutiv rezultă că aceasta are ca obiect principal de activitate „activități de arhitectură, inginerie și servicii de consultanță tehnică", iar printre obiectele secundare lucrări de construcții.

Trebuie subliniat că esențial este scopul înființării organismului în speță, și anume satisfacerea unui interes general fără caracter comercial sau industrial, fiind irelevant faptul că acest organism desfășoară și activități comerciale sau industriale pentru obținerea de profit, precum fără relevantă este și ponderea acestor activități în ansamblul activităților desfășurate.

Astfel, în măsura în care tarifele aferente lucrărilor și serviciilor pe care entitatea respectivă le execută/prestează sunt stabilite de către autoritatea contractantă sub controlul sau autoritatea căreia se află, printr-un act administrativ al acesteia, acestea asigurând atât finanțarea cheltuielilor necesare desfășurării obiectului principal de activitate, cât și o cotă de profit, nu se poate spune că societatea comercială respectivă funcționează în condiții normale de piață, aceasta fiind avantajată față de restul operatorilor economici din domeniul obiectului său principal de activitate.

Astfel, trebuie precizat că, referitor la calitatea de autoritate contractantă a societății .... SA, instituția noastră a primit o solicitare de emitere a unui punct de vedere și din partea societății respective, iar din documentele atașate adresei acesteia (Hotărârea pentru aprobarea Normei interne privind modalitatea de atribuire a contractelor către și între entitățile juridice la care municipiul ..... este acționar majoritar nr. 130/28.03.2018 și Invitația de participare nr. 226/05.04.2019) a rezultat că Municipiul ....., ca autoritate contractantă, prin Consiliul Municipiului ....., încredințează direct, în temeiul art. 31 din Legea nr. 98/2016, servicii de proiectare și execuție lucrări operatorului SC .... SA.

Prin urmare, se impune să subliniem că, în situația în care societății .... SA îi sunt aplicabile prevederile art. 31 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în raport cu Municipiul ....., așa cum a rezultat din informațiile transmise de societatea în cauză, entitatea respectivă dobândește calitatea de organism de drept public în sensul art. 4 alin. (1) lit. b) din lege.

Mai precis, în acest caz, potrivit prevederilor art. 13 din Instrucțiunea președintelui ANAP nr. 1/2018, „(1) Autoritatea contractantă are dreptul sa îi atribuie contracte direct, fără organizarea unei proceduri de atribuire, în temeiul art. 31 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, persoanei juridice de drept public sau de drept privat care îndeplinește toate cele trei condiții prevăzute la art. 4, caz în care nu reprezintă altceva decât un instrument de lucru, care diferă de celelalte departamente/compartimente interne ale autorității contractante numai prin faptul că are personalitate juridică distinctă.

(2) în cazul prevăzut la alin. (1), persoana juridica are caracteristicile unui organism de drept public, în sensul art. 4 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și, în consecință, are obligația de a aplica prevederile legislației privind achizițiile publice pentru orice achiziție efectuată în scopul îndeplinirii activităților delegate de către autoritatea contractantă care o controlează.

(3) Fără a afecta prevederile alin. (1) și (2), persoana juridică de drept privat controlată nu are obligația respectării prevederilor legislației privind achizițiile publice pentru activitățile comerciale ale acesteia, bazate pe obținerea de profit, desfășurate pe piața liberă, activități care nu sunt desfășurate în vederea efectuării sarcinilor care îi sunt încredințate în temeiul art. 31 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, de către autoritățile contractante care o controlează sau de către alte persoane juridice controlate de aceleași autorități contractante."

Prin urmare, având în vedere toate informațiile care ne-au parvenit, informații la care am făcut referire mai sus, considerăm că sunt îndeplinite cele două condiții interdependente precizate de art. 13 alin. (1) și (2) din

Instrucțiunea președintelui ANAP nr. 1/2018, mai sus citat, societatea .... S.A. dobândind calitatea de autoritate contractantă în temeiul art. 4 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016".

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

.... SA, prin ...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Conducte preizolate din oțel" cod CPV: 44160000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă prin transmiterea Ordinului Inițiator nr. 597/2019, conform căruia valoarea estimată a contractului aferentă cantităților ferme de 182 bucăți este de 1.509.522,32 lei fără TVA (inclusiv transport și descărcare).

Având a se pronunța în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, Consiliul analizând excepția inadmisibilității contestației invocate de SC .... SA, urmează să o respingă ca nefondată, din considerentele ce urmează.

Astfel, având a determina calitatea de autoritate contractantă în cadrul prezentei proceduri a societății .... SA, Consiliul reține că, potrivit art. 4 din Legea nr. 98/2016: „(1) Au calitatea de autoritate contractantă în sensul prezentei legi: a) autoritățile și instituțiile publice centrale sau locale, precum și structurile din componența acestora care au delegată calitatea de ordonator de credite și care au stabilite competențe în domeniul achizițiilor publice; b) organismele de drept public; c) asocierile formate de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la lit. a) sau b).

(2) Prin organisme de drept public în sensul alin. (1) lit. b) se înțelege orice entități, altele decât cele prevăzute la alin. (1) lit. a) care, indiferent de forma de constituire sau organizare, îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt înființate pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial;

b) au personalitate juridică;

c) sunt finanțate, în majoritate, de către entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau de către alte organisme de drept public ori se află în subordinea, sub autoritatea sau în coordonarea ori controlul unei entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau ale unui alt organism de drept public ori mai mult de jumătate din membrii consiliului de administrație/organului de conducere sau de supraveghere sunt numiți de către o entitate dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) ori de către un alt organism de drept public.

(3) Se consideră că nevoile de interes general, prevăzute la alin. (2) lit. a), au caracter industrial sau comercial, dacă entitatea înființată, în condițiile legii, de către o autoritate contractantă îndeplinește în mod cumulativ următoarele condiții:

a) funcționează în condiții normale de piață;

b) urmărește obținerea unui profit;

c) suportă pierderile care rezultă din exercitarea activității sale".

De asemenea din analiza Actului constitutiv al societății, Consiliul reține că, SC .... SA este persoană juridică română, constituită ca societate pe acțiuni, având ca acționar majoritar, cu 99,9678% din acțiuni, Municipiul ..... (prin Consiliul General al Municipiului .....).

Rezultă astfel, îndeplinite două dintre condițiile prevăzute de art. 4 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 pentru ca societatea să reprezinte organism de drept public, respectiv condițiile prevăzute la lit. b) și c) al respectivului alineat.

În ceea ce privește condiția prevăzută la art. 4 alin. (2) lit. a) din lege, respectiv societatea în cauză să fi fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial, din informațiile regăsite în Actul constitutiv rezultă că aceasta are ca obiect principal de activitate *„activități de arhitectură, inginerie și servicii de consultanță tehnică"*, iar printre obiectele secundare lucrări de construcții.

Prin urmare, în măsura în care tarifele aferente lucrărilor și serviciilor pe care entitatea respectivă le execută/prestează sunt stabilite de către autoritatea contractantă sub controlul sau autoritatea căreia se află, printr-un act administrativ al acesteia, acestea asigurând atât finanțarea cheltuielilor necesare desfășurării obiectului principal de activitate, cât și o cotă de profit, nu se poate spune că societatea comercială respectivă funcționează în condiții normale de piață, aceasta fiind avantajată față de restul operatorilor economici din domeniul obiectului său principal de activitate.

Față de cele mai sus menționate, SC .... SA are caracteristicile unui organism de drept public, în sensul art. 4 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și, în consecință, are obligația de a aplica prevederile legislației privind achizițiile publice pentru orice achiziție efectuată în scopul îndeplinirii

activităților delegate de către autoritatea contractantă care o controlează, în acest sens fiind și punctul de vedere exprimat de ANAP prin adresa nr. 13368 / 15.11.2019 înregistrată la CNSC cu nr. 47058 / 18.11.2019.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante SC .... SA, potrivit cărora prezenta contestație ar fi inadmisibilă deoarece soluționarea prezentei contestații contestațiilor privind procedura de atribuire a contractului desfășurat prin ....nu ar fi de competența CNSC, Consiliul reține incidența prevederilor art. 21 alin. (5) din Legea nr. 357/2005 privind ...., potrivit cărora: „în cazul în care autoritățile contractante achiziționează produse, servicii sau lucrări prin intermediul burselor de mărfuri, acestea din urmă au obligația de a respecta prevederile legislației în vigoare privind achizițiile publice atunci când aplică procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică în numele autorităților contractante respective”.

Având în vedere că procedura care face obiectul contestației formulată de SC ..... SRL a fost organizată de autoritatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016, sintagma „acestea din urma au obligația de a respecta prevederile legislației în vigoare privind achizițiile publice" include, în mod evident și dispozițiile referitoare la procedura de soluționare a contestațiilor, excepția invocată de către autoritatea contractantă urmând să fie respinsă ca nefondată.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, Consiliul reține că obiectul contestației îl reprezintă decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, comunicată prin adresa nr. 1161/25.09.2019.

Analizând adresa nr. 1161/25.09.2019, Consiliul reține că motivul anulării procedurii invocat de autoritatea contractantă îl constituie neconformitatea propunerii tehnice și financiare a SC LSG Interserv SRL

cu cerințele caietului de sarcini, fiind invocate ca temei legal dispozițiile art. 212, alin.(1) lit. c) din Legea nr.98/2016.

Consiliul va reține în soluționarea prezentei cauze incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 211 din Legea nr. 98/2016: *„Procedura de atribuire se finalizează prin:*

a) încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru; sau

b) anularea procedurii de atribuire”;

- art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*;

- art. 212 din Legea nr. 98/2016*: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:*

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);”.

e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.

(2) 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)”.

În soluționare, Consiliul va reține că prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 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, actele normative precitate instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se motivul invocat de autoritatea contractantă în cadrul adresei nr. 1161/25.09.2019, prin care comunică anularea procedurii de atribuire.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, Consiliul reține că autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru cinci

motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se așa zisa lipsă a *„statutului de ofertant de rezervă”* a unui ofertant.

Prin urmare invocarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, este eronată, și fără fundament deoarece în prezenta speță nu au fost constatate nici încălcări ale prevederilor legale astfel cum sunt definite la art. 212 alin. (2) din aceeași lege și nici vreo situație care să facă imposibilă încheierea contractului de achiziție publică cu ofertantul clasat pe locul doi a cărui ofertă a fost declarată admisibilă conform raportului procedurii nr. 1102/19.09.2019 și nr. 1158/25.09.2019.

Față de aceste aspecte, Consiliul va reține incidența art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul (...) de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege*”.

Astfel, 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 hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere toate condițiile derulării procedurii de atribuire; nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

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. Prin urmare, 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 .

Față de cele reținute, constatând că în mod eronat a fost anulată procedura de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .... SA, va anula raportul de procedurii nr. 1158/25.09.2019 în partea referitoare la anularea procedurii de atribuire precum și actele subsecvente și va dispune continuarea acesteia cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației incidente și a motivării aferentă prezentei în termen de 15 zile de la comunicare.

Având în vedere admiterea contestației formulată de SC ..... SRL, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC ..... SRL, în cuantum de 2.000 lei, reprezentând asistență juridică, conform facturii fiscale nr. 70/09.10.2019 emisă de Cabinetul de avocatură Bejan Dochiana, achitate prin ordin de plată, conform extrasului de cont din 10.10.2019 depus de contestator la dosarul cauzei în anexa corespondenței înregistrată la CNSC sub nr. 40653/11.10.2019.

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

DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației invocate de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .... SA, prin ...., anulează raportul de procedurii nr.1158/25.09.2019 în partea referitoare la anularea procedurii de atribuire precum și actele subsecvente și dispune continuarea acesteia cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației incidente și a motivării aferentă prezentei în termen de 15 zile de la comunicare.

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

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.