CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, 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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 4473/25.06.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25829/25.06.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul în …, CUI …, număr de înregistrare în registrul comerțului …, reprezentată convențional de …, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în …, privind procedura de atribuire a contractului de …, organizată de ..., cu sediul în Otopeni, Calea Bucureștilor nr. 224E, județul Ilfov, prin ..., s-a solicitat, cu titlu prealabil, suspendarea procedurii de licitație până la soluționarea fondului contestației; în principal, anularea în întregime a procedurii de atribuire a contractului de închiriere, precum și obligarea autorității contractante la desfășurarea procedurii în conformitate cu Legea nr. 100/2016 și HG nr. 867/2016; în subsidiar, obligarea autorității contractante la îndeplinirea următoarelor măsuri de remediere, în termen de maximum 10 zile de la comunicarea deciziei Consiliului:

a. elaborarea studiului de fundamentare prevăzut de art. 7 din Legea nr. 100/2016, precum și publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice a unui anunț de participare;

b. eliminarea din documentația de atribuire a cerinței menționate la punctul B.3.2. din fișa de date, referitoare la prezentarea de informații „cu privire la cel puțin o locație unde ofertantul prestează servicii similare";

c. eliminarea din documentația de atribuire a cerinței menționate la punctul 14.2. din fișa de date, referitoare la acordarea de către ofertantul câștigător a „unui număr de 1.600 de vouchere gratuite pentru procesare bagaje atipice/lună";

d. modificarea în documentația de atribuire a cerinței menționate la punctul 9.a) din fișa de date, referitoare la începerea activității în

termen de maxim 10 zile calendaristice de la data semnării procesului-verbal de predare-primire a spațiului și înlocuirea acesteia cu o perioadă de 30 de zile, precum și modificarea corespunzătoare a întregului punct 9. (Termenul de începere a activității) din fișa de date a achiziției în raport de termenul nou de 30 de zile;

e. modificarea în documentația de atribuire a cerinței referitoare la cuantumul garanției de participare (care a fost stabilit de autoritatea contractantă la suma de 6.806 euro) prin reducerea acesteia la un cuantum de 2% din valoarea estimată medie anuală a contractului, conform art. 45 alin. (3) din HG nr. 867/2016.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care ... SRL atacă modalitatea de desfășurare a procedurii, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Prin adresele nr. 26142/2146/C9/27.06.2018 și 26144/2146/C9/27.06.2018, Consiliul a pus în discuția părților excepția de necompetență jurisdicțională a sa în soluționarea contestație depuse, raportat la prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, Consiliul a solicitat părților să transmită punctul de vedere asupra declinării cauzei către instanța judecătorească competentă, ….

Prin adresa nr. 3328/26.06.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 26322/28.06.2018, ... a transmis punctul său de vedere în care, în principal, invocă excepția lipsei de competență materială a Consiliului în soluționarea cererii, întrucât contestația privește o procedură de licitație, iar nu o procedură de atribuire în sensul Legii nr. 101/2016, în condițiile în care competența Consiliului se limitează la contestațiile vizând proceduri de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și a contractelor de concesiune de servicii și nu, în speța de față, la o procedură de atribuire a unui contract de închiriere desfășurată prin ....

Totodată, achizitoarea invocă faptul că organul administrativ-jurisdicțional nu are competența de stabilire și încadrare a raporturilor juridice dintre ... și un posibil ofertant, în cadrul unei proceduri care nu se circumscrie Legii nr. 100/2016 și Legii nr. 101/2016, prin modificarea naturii juridice a contractului.

În subsidiar, solicită respingerea contestației ca nefondată.

... SRL a răspuns cu adresa nr. 4509/29.06.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 26576/29.06.2018, susținând că problema se reduce la aceea de a stabili dacă simpla calificare a unei proceduri de atribuire, stabilită de autoritatea contractantă ca neintrând sub incidența Legii nr. 100/2016, ar putea fi suficientă pentru a exclude de la aplicare căile de atac reglementate de Legea nr. 101/2016.

Arată că o interpretare potrivit căreia competența Consiliului nu ar decurge din lege, ci din modul în care autoritatea contractantă a ales să califice din punct de vedere formal contractul **(în speță nu prin utilizarea procedurilor de atribuire obligatorii în virtutea Legii nr. 100/2016, ci prin intermediul Bursei Române de Mărfuri)** are drept efect nesocotirea principiului legalității căii de atac.

Admiterea excepției necompetenței Consiliului echivalează cu a accepta teza că eventualele căi de atac împotriva unei proceduri de atribuire ar putea fi stabilite în funcție de voința univocă a autorității contractante.

Altfel spus, analiza pe care Consiliul va trebui să o efectueze în soluționarea excepției necompetenței sale funcționale va trebui să ofere un răspuns la problema dacă drepturile unei contestatoare pot fi excluse *de plano* de la aplicare la momentul când o autoritate contractantă ia decizia de a nu urma procedura legală de atribuire a unui contract.

Contestatoarea subliniază că, prin prezenta cauză, este contestată procedura de atribuire sub aspectul caracterului legal al opțiunii entității contractante de a exclude de la aplicare prevederile Legii nr. 100/2016.

Conform expunerii de motive a Legii nr. 101/2016, aceasta are drept scop, printre altele, și implementarea Directivei 89/665/CEE.

Sub acest aspect, contestatoarea amintește că jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene dezvoltată în jurul directivei amintite în cauza C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GMBH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna a arătat că trebuie acceptată teza potrivit căreia însăși decizia autorității contractante de a nu iniția o procedură de achiziție este primul element care să poată forma obiectul căilor de atac reglementate de directivă.

Simpla voință a autorității contractante, obiectivată în decizia de a nu organiza o procedură legală de atribuire, nu poate conduce la respingerea *de plano* a căilor de atac la care Directiva 89/665 transpusă prin Legea nr. 101/2016 oferă accesul.

Învestită cu un conflict negativ de competență ivit între Consiliu și Tribunalul București, Curtea de Apel București reține că nu trebuie stabilită competența Consiliului în funcție de opțiunea autorității contractante de a decide organizarea unei proceduri de atribuire cu excluderea de la aplicare a dispozițiilor legii privind atribuirea contractelor de achiziție, ci însăși măsura autorității de a considera că nu este aplicabilă legislația achiziției trebuie să poată fi supusă controlului administrativ-jurisdicțional pe care directiva europeană transpusă prin Legea nr. 101/2016 îl pune la îndemâna persoanei interesate.

Pentru toate considerentele expuse, dintre care, în mod particular, trebuie subliniat acela conform căruia autoritatea contractantă nu poate, prin simpla decizie de a urma o anumită procedură de achiziție, să blocheze calea de atac constând în dreptul de

acces la procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliu, se impune respingerea excepției necompetenței materiale a Consiliului și soluționarea contestației de către acesta.

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

…, prin ..., a inițiat procedura de licitație deschisă, urmată de strigare liberă a prețului, pentru atribuirea contractului de ...

Din informațiile invitației de participare emise de ..., Consiliul a reținut că valoarea minimă de ofertare este de …, fără TVA, criteriul de atribuire este "…", iar procedura de licitație se va desfășura în data de ...

SC ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Societatea contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de … lei, conform prevederilor art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Nemulțumită de modalitatea de desfășurare a procedurii aferentă invitației de participare nr. 2309/07.06.2018, ... SRL a depus la Consiliu contestaţia nr. 4473/25.06.2018.

Trecând la analiza contestației și cercetând cu întâietate, cu respectarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, competenţa sa în soluţionarea litigiului, Consiliul reţine că, în conformitate cu dispoziţiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 "*Consiliul este competent să soluţioneze contestaţiile cu privire la procedura de atribuire, prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)*". Potrivit alin. (2) al aceluiași articol "*Contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent*."

Procedurile de atribuire sunt indicate la art. 68 din Legea nr. 98/2016 "*Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluţii cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele:*

a) licitaţia deschisă;

b) licitaţia restrânsă;

c) negocierea competitivă;

d) dialogul competitiv;

e) parteneriatul pentru inovare;

f) negocierea fără publicare prealabilă;

g) concursul de soluţii;

h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale şi al altor servicii specifice;

i) procedura simplificată."

De asemenea, Legea nr. 100/2016, invocată în contestație, prevede la art. 11 alin. (1) *Procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege se aplică concesiunilor de lucrări sau concesiunilor de servicii a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de 24.977.096 lei. (2) Concesiunile de lucrări sau concesiunile de servicii a căror valoare este mai mică decât pragul valoric prevăzut la alin. (1) se atribuie, cu respectarea principiilor generale prevăzute la art. 2 alin. (2), în condiţiile şi potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi.*

Potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 *Prezenta lege nu se aplică pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru de servicii care au ca obiect: a) cumpărarea sau* ***închirierea****, prin orice mijloace financiare, de terenuri, clădiri existente, alte bunuri imobile ori a drepturilor asupra acestora.*

Este subînţeles că procedurile asupra cărora se pronunţă Consiliul sunt cele reglementate de legile amintite și, similar, Legea nr. 99/2016.

În cauză, licitația deschisă cu strigare a fost inițiată prin lansarea invitației de participare nr. 2309/07.06.2018.

În raport de prevederile legale mai sus menţionate, Consiliul a procedat din oficiu la verificarea aplicării în cauză a uneia dintre procedurile de atribuire.

Din documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul stabileşte că, în cauză, ... a organizat o procedură de **...**, în documentația de licitație fiind făcute, între altele, următoarele precizări:

E.8.2 În vederea desfășurării ședinței de …, participanții vor primi un număr de ring în ordinea cronologică a înscrierii la procedură, valabil pentru identificarea ofertanților până la faza finală de adjudecare.

Faza I a ședinței de …

E.8.3 Comisia de evaluare deschide în fața ofertanților prezenți, propunerile financiare aflate în plicurile închise, sigilate și ștampilate, depuse de ofertanți.

E.8.4 Președintele comisiei de evaluare anunță:

- numele participanților și numărul de ring asociat acestora;

- cel mai mare preț/mp/lună ofertat pentru locația aferentă aparatelor de împachetat bagaje;

- valoare de închiriere pentru … se va calcula prin aplicarea procentului de creștere rezultat în urma licitației cu strigare, pentru …, la valoarea minimă prevăzută pentru …, respectiv 10,46 euro/mp/lună (fără TVA);

- pasul de rotunjire (dacă este cazul), pasul principal și pasul de rezervă;

- participanții care au optat pentru statutul de rezervă.

Pasul principal și pasul de rezervă pot fi modificați în timpul ședinței de licitație de către președintele comisiei, în situația în care pașii anunțați anterior conduc la trenarea nejustificată a ședinței de licitație cu strigare.

Faza a II-a a … (...)

Față de cele de mai sus, luând în considerare dispoziţiile art. 1 şi ale art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, se constată că nu au incidenţă procedurile de atribuire a contractelor şi de soluţionare a contestaţiilor de Consiliu instituite prin Legea nr. 101/2016, în situaţia prezentă nefiind aplicată o procedură de atribuire conform Legii nr. 98/2016, 99/2016 sau 100/2016.

Normele de competenţă materială fiind de ordine publică, organizatorul sau participanţii la procedură nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenţei Consiliului la soluţionarea de contestaţii ce nu vizează procedurile de atribuire.

Determinând că nu au relevanţă în speţă prescripţiile Legii nr. 101/2016, competenţa de soluţionare a contestaţiei se stabileşte pe baza dreptului comun, fără a se ţine seama de alegerea de către contestatoare a atacării la Consiliu a achiziţiei în cauză.

De altfel, la cap. G Contestații, pct. G.1, se menționează că *În cazul existenței unor eventuale contestații, acestea se vor soluționa conform secțiunii VIII Contestații din … privind vânzarea de bunuri prin licitație valabil la data organizării ședinței de tranzacționare.*

Potrivit Secțiunii VIII Contestații, din … privind vânzarea bunurilor prin licitație, art. 3 lit. a*) Nu se poate contesta împotriva formei sau tipului de procedură organizată pentru încheierea unui contract de achiziție.*

Având în vedere această prevedere, Consiliul va stabili competența pe baza dreptului comun.

Contrar susținerilor contestatoarei, câtă vreme a fost aplicată o anumită procedură, care nu intră în incidența de soluționare a Consiliului, respectiv o procedură de licitație cu strigare, organul administrativ-jurisdicțional nu o poate analiza, neputând să își extindă sfera de competență.

Legalitatea aplicării unei licitații cu strigare, organizate prin intermediul …, nu poate fi stabilită de Consiliul, acesta neavând competență în a verifica decât procedurile de atribuire reglementate de legile speciale cum s-a arătat mai sus.

Dacă s-ar urma raționamentul petentei, Consiliul ar trebui să se pronunțe asupra unei proceduri care nu intră în sfera sa de competență.

Faptul că reclamanta apreciază că, în cauză, ar fi trebuit să fie aplicată o procedură pentru care trebuie urmată calea de atac la Consiliu, respectiv o procedură organizată în baza Legii nr. 100/2016, nu înseamnă că legalitatea procedurii desfășurate, licitație deschisă cu strigare, poate fi verificată de Consiliu.

Văzând cele de mai sus şi luând în considerare dispoziţiile:

- art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia Consiliul este competent să soluţioneze contestaţiile cu privire la procedura de atribuire;
- art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent;
- art. 2 Cod de procedură civilă, care stipulează că dispoziţiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă; ele se aplică şi în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziţii contrare;
- art. 96 Cod de procedură civilă, conform căruia Curțile de Apel judecă, în primă instanță, cererile în materie de contencios administrativ și fiscal, potrivit legii speciale;
- art. 10 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, conform căruia Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autorităţile publice locale şi judeţene, precum şi cele care privesc taxe şi impozite, contribuţii, datorii vamale, precum şi accesorii ale acestora de până la 1.000.000 de lei se soluţionează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de *autorităţile publice centrale*, precum şi cele care privesc taxe şi impozite, contribuţii, datorii vamale, precum şi accesorii ale acestora mai mari de 1.000.000 de lei se soluţionează în fond de secţiile de contencios administrativ şi fiscal ale curţilor de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel;
- 132 alin. 1 Cod de procedură civilă, potrivit căruia instanţa de judecată este obligată să stabilească instanţa judecătorească competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicţională competent,
Consiliul, constatând lipsa sa de competenţă în soluţionarea contestaţiei, urmează a face aplicarea art. 12 alin. (2) și art. 132 Cod de procedură civilă şi să transmită contestaţia, împreună cu dosarul constituit, instanţei de judecată competente.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competenţa de soluţionare a contestaţiei formulate de ... SRL către ...

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și art. 132 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru considerentele de mai sus, declină competenţa de soluţionare a contestaţiei ... SRL, în contradictoriu cu ..., către ….

Dispune trimiterea de îndată a dosarului cauzei către această instanţă judecătorească, potrivit art. 132 alin. (3) Cod procedură civilă.

Fără cale de atac.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactat în cinci exemplare, conţine opt pagini.