CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745, www. cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația transmisă prin mijloace electronice (e-mail), nr. 2138/29.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. …, formulată de SC ... SRL, cu sediul în …, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. …, CUI RO…, reprezentată legal prin administrator special …, împotriva răspunsului nr. 1157/25.05.2018 la notificarea prealabilă nr. 2106/23.05.2018, emis de ..., cu sediul în …, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii „negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare”, organizată pe loturi, privind atribuirea contractului având ca obiect **«„...»** - anunțul nr. … publicat pe site-ul www…., s-au solicitat următoarele:

„1. *Să admiteți ca temeinică și legală Contestația formulată de S.C. ... S.R.L. împotriva Răspunsului autorității contractante nr. 1157/25.05.2018 la Notificarea prealabilă 2106/23.05.2018.*

2. Să anulați, în tot, Răspunsul autorității contractante nr. 1157/25.05.2018 la Notificarea prealabilă 2106/23.05.2018, precum și toate actele și lucrările subsecvente emise de autoritatea contractantă, pe care le criticăm pentru netemeinicie și nelegalitate.

3. Să obligați autoritatea contractantă să inițieze, să desfășoare și să finalizeze procedura de achiziție publică cu respectarea expresă a dispozițiilor Legii nr. 99/2016, HG nr. 394/2016, Legea nr. 101/2016 și a actelor normative incidente în materie, respectiv HG nr. 846/2017, Legea nr. 448/2006, cu modificările și completările ulterioare, Codul muncii în vigoare, OUG nr. 79/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 277/2015 privind Codul fiscal.

4. În cazul în care veți constata nerespectarea prevederilor legale de către autoritatea contractantă în ceea ce privește procedura de achiziție publică în cauza ori în cazul în care nu se pot dispune măsuri de

remediere, vă solicităm să dispuneți anularea procedurii „negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare" având ca obiect „…", Cod CPV 7973000-5, organizată în data de 25.05.2018, în temeiul art. 117 lit. d) din Legea nr. 99/2016 organizată de autoritatea contractantă …".

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 2138/29.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. …, SC ... SRL critică răspunsul nr. 1157/25.05.2018 la notificarea prealabilă nr. 2106/23.05.2018, în cadrul procedurii „*negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare*" menționată în partea introductivă, solicitând cele precizate anterior.

În motivare, contestatoarea prezintă un scurt istoric al procedurii și critică modul de inițiere, organizare, desfășurare (derulare) și finalizare a procedurii de achiziție publică, deoarece entitatea contractantă încalcă în mod vădit, flagrant dispozițiile legale în vigoare, creând motive nelegale pentru a avantaja anumiți operatori economici participanți la procedură.

Precizează că, prin notificarea prealabilă nr. 2106/23.05.2018, i-a solicitat entității contractante să dispună măsuri de remediere, respectiv anularea procedurii, iar prin adresa nr. 1157/25.05.2018, instituția i-a răspuns în sensul că își menține punctul de vedere, procedura organizată fiind una concurențială, legală și temeinică, deoarece soluția alternativă, respectiv suplimentarea valorii contractelor aflate în derulare, dar al căror buget alocat a fost epuizat odată cu finalizarea termenului de prestare, ar fi presupus menținerea prestării serviciilor la tarifele vechi, în medie de 11,03 lei/ oră/ agent pentru ..., respectiv de 11,32 lei/ oră/ agent, pentru ..., față de noile tarife de 10,20 lei/ oră/ agent.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea susține că entitatea contractantă a precizat că procedura de atribuire este „negociere fără invitație prealabilă la o procedura concurențială de ofertare", conform art. 117 lit. d) din Legea nr. 99/2016, respectiv o măsură strict necesară atunci când perioadele de aplicare a procedurilor licitație deschisă, licitație restrânsă sau negociere competitivă nu pot fi respectate din motive de extremă urgență, determinate de evenimente care nu pot fi prevăzute de către instituție, și care nu se datorează vreunei acțiuni sau inacțiuni a sa, sens în care a indicat faptul că se desfășoară următoarele proceduri:

- pentru … - licitație deschisă, anunț de participare nr. …, dată limită depunere oferte - 25.04.2018, procedura fiind contestată la C.N.S.C.

- pentru …, licitație deschisă, anunț de participare nr. …, data limită pentru depunerea ofertelor în SEAP a fost 04.05.2018. Procedura a fost

contestată la C.N.S.C., iar în data de 22.05.2018 s-a pronunțat soluția: „Admite în parte contestația și anulează procedura”.

Contestatoarea subliniază că această procedură nu se încadrează în motivul invocat de către entitatea contractantă, respectiv dispozițiile art. 117 lit. d) din Legea nr. 99/2016, deoarece nu există niciun motiv de extremă urgență.

Apreciază că noul tarif de 10,20 lei/ oră/ agent nu poate fi invocat în detrimentul tarifelor vechi, în medie de 11,03 lei/ oră/ agent pentru …, respectiv de 11,32 lei/ oră/ agent pentru …, din contractele servicii pază al căror termen de prestare s-a finalizat la data de 30.04.2018, deoarece nu se poate cunoaște tariful unitar al unei oferte decât în momentul evaluării tuturor ofertelor depuse și aplicarea criteriilor de atribuire.

Suplimentar, contestatoarea arată că, pentru invocarea unor motive de extremă urgență, este obligatorie existența unor evenimente incerte, pe care entitatea contractantă nu avea posibilitatea să le prevadă, dar în această situație nu este vorba despre evenimente ce nu se puteau prevedea, deoarece instituția este obligată să asigure paza și integritatea patrimoniului său, conform dispozițiilor imperative ale Legii nr. 333/2003, iar vechile contracte de servicii pază aveau ca termen de finalizare a prestării data de 30.04.2018.

Referindu-se la lotul 2 - … - valoare estimată 180.403,30 lei, contestatoarea precizează că a făcut obiectul unei alte proceduri „negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare”, respectiv procedura organizată în data de 20.04.2018, cu invitație nr. 3266/16.04.2018, fiind desemnat câștigător un ofertant care a refuzat să semneze contractul datorită modului nelegal și netemeinic în care s-a desfășurat procedura, care în prezent este contestată și nesoluționată.

Detaliind, contestatoarea precizează că entitatea contractantă avea posibilitatea de a semna contractul cu ofertantul clasat pe locul 2 a cărui ofertă, dacă exista, a fost declarată admisibilă, astfel cum este reglementat de art. 149 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016, lucru care nu s-a întâmplat și care nu ar mai fi determinat inițierea unei alte proceduri similare.

În concluzie, contestatoarea susține că „nerespectarea legislației aplicabile și implicit nerespectarea termenelor privind remediile și căile de atac prevăzute de Legea nr. 101/2016, au fost determinate și create cu bună știință, prin acțiunea și inacțiunea directă a autorității contractante de a invoca motive artificiale și de a favoriza anumiți operatori economici participanți sau posibili participanți în procedură”.

În drept, au fost invocate prevederile legale menționate în cuprinsul documentului.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 2599/07.06.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. …, ... solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Cu titlu prealabil, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii precum și datele referitoare la ofertele depuse.

Raportându-se la dispozițiile art. 32 alin. (1), lit. d) din C. pr. civ. și la cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă invocă excepția lipsei de interes în depunerea contestației, iar în motivare precizează că SC ... SRL nu a depus ofertă în această procedura a cărei anulare o solicită.

Susține că a efectuat demersurile legale pentru a asigura transparența procedurii și o concurență reală, iar depunerea notificării prealabile de către contestatoare dovedește faptul că aceasta a avut cunoștință de procedură însă a dorit să o blocheze.

Interesul nu este născut și actual, ci doar eventual, subliniază entitatea contractantă. Or, din moment ce nu a depus ofertă în cadrul procedurii (ofertă tehnică, ofertă economică), critica contestatoarei privind o eventuală vătămare a intereselor sale este lipsită de obiect.

Pe fondul contestației, respectiv organizarea unei proceduri de achiziție publică „negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare” care nu se încadrează în prevederile art.117 lit. d) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă susține că motivul este nefondat.

Detaliind, precizează că a lansat procedurile de achiziție publică prin procedura de licitație deschisă pentru ... cu anunțul de participare nr. …, iar pentru … cu anunțul de participare nr. …, ambele proceduri fiind contestate.

Demararea procedurilor de achiziție prin procedurile de licitație deschisă a fost făcută în termeni reali care să facă posibilă atribuirea contractelor de achiziție publică, însă contestarea acestor proceduri a condus la necesitatea demarării unor proceduri de urgență care să asigure pentru o perioadă determinată prestarea respectivelor servicii, menționează entitatea contractantă.

Susține că noțiunea de eveniment imprevizibil nu trebuie interpretată rigid și limitativ, raportată la alte noțiuni similare din alte ramuri ale dreptului, iar o procedură de urgență poate fi demarată paralel cu o procedură de licitație deschisă pentru asigurarea, pentru o perioadă, determinată a serviciilor necesare.

În concluzie, entitatea contractantă arată că a demarat procedura de achiziție contestată în conformitate cu prevederile legale, asigurând un nivel real al concurenței (7 operatori economici participanți) și obținând o eficientă utilizare a fondurilor (tarifele obținute în cadrul procedurii au un nivel inferior celor estimate inițial), astfel încât solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 2203/11.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, SC ... SRL a răspuns la punctul de vedere transmis de către entitatea contractantă, solicitând admiterea contestației sale, respingerea

excepției lipsei de interes, ca „netemeinică și nelegală”, precum și respingerea susținerilor instituției.

În cuprinsul documentului, contestatoarea reia argumente deja prezentate în cuprinsul contestației, iar invocând prevederile art. 99 din H.G. nr. 394/2016, susține că societatea sa putea să participe la procedura de achiziție publică „Negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare”, numai în baza invitației de participare primită din partea entității contractante, dar un astfel de document nu i-a fost transmis, nefiind respectate dispozițiile art. 2 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Ca atare, în opinia sa, contestația nr. 2138/22.05.2018 este fondată, bazându-se pe motive de temeinicie și legalitate, încadrându-se în dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b), raportat la art. 6 alin. (1) lit. b), coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, fiind îndeplinite condițiile prevăzute la pct. i) și pct. ii) de la art. 3 alin. (1) lit. 1) din același act normativ coroborat cu art. 32 și art. 33 din C. pr. civ., subliniază contestatoarea.

Precizează că societatea nu se află în una din situațiile de excludere prevăzute de art. 180 din Legea nr. 99/2016, dar se află în insolvență, fiind în reorganizare judiciară, cu Planul de reorganizare judiciară a activității confirmat prin Sentința civilă nr. 14/17.01.2018, pronunțată de …, în dosarul nr. …, iar conform art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, entității contractante îi este interzis dreptul de a exclude din procedură un astfel de operator economic.

Referindu-se la afirmația entității contractante, potrivit căreia societatea sa a refuzat în mod nejustificat să semneze contractul de achiziție publică într-o altă procedură pentru lotul …, contestatoarea invocă buna credință și respectarea legislației, fiind în imposibilitate de a semna un contract care ar fi fost lovit de nulitate absolută.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 99/2016, cele ale H.G. nr. 394/2016, precum și cele ale C. pr. civ.

Prin adresa nr. 1204/12.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, ... a transmis „concluzii scrise” prin care a reluat aspectele deja prezentate în punctul de vedere nr. 2599/07.06.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. ….

Suplimentar, referindu-se la argumentul prezentat de către contestatoare, entitatea contractantă menționează faptul că nulitatea absolută a unui contract poate fi constatată doar de către instanța judecătorească, iar contestația formulată în cadrul procedurii de achiziție la care s-a referit petenta a fost respinsă pe fond, fiind menținut rezultatul procedurii de atribuire și implicit legalitatea contractelor încheiate cu firma/ firmele desemnate câștigătoare.

Se dovedește odată în plus faptul că refuzul semnării contractului a fost o decizie greșită a petentei, iar riscul neprezentării unei oferte în cadrul prezentei proceduri și l-a asumat, conchide entitatea contractantă.

Susținând respingerea contestației, ca nefondată, entitatea contractantă precizează că a demarat procedura de achiziție contestată în conformitate cu prevederile legale, asigurând un nivel real al concurenței (7 operatori economici participanți) și obținând o eficientă utilizare a fondurilor (tarifele obținute în cadrul procedurii au un nivel inferior celor estimate inițial).

Prin adresa nr. 2327/14.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, SC ... SRL răspunde la excepția lipsei de interes invocată de către entitatea contractantă, sens în care reiterează argumentele prezentate deja în adresa nr. 2203/11.06.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, solicitând respingerea acestei excepții și admiterea contestației sale.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 99/2016, cele ale H.G. nr. 394/2016, precum și cele ale C. pr. civ.

În susținere, solicită probatoriul administrat.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura „negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare”, organizată pe loturi, privind atribuirea contractului având ca obiect **«„...»,** prin publicarea pe site-ul www…. a anunțului nr. ….

Valoarea estimată a contractului este … lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

Împotriva acestei proceduri, după parcurgerea etapei notificării prealabile, SC ... SRL a formulat prezenta contestație.

În considerarea dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunţa, cu prioritate, asupra următoarelor excepții lipsei de interes a contestatoarei, invocată de entitatea contractantă, pe care o respinge ca neîntemeiată.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere:

- dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”, precum și*
- dispozițiile art. 3 lit. f) din același act normativ, care stabilesc: *„persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Prin urmare, din perspectiva cadrului juridic anterior enunţat, Consiliul constată că, interesul contestatoarei SC ... SRL apare, în mod neechivoc, fiind promovat de însăşi calitatea acestuia, de operator economic care asigură servicii de paza pentru obiective, bunuri si valori, servicii care ce fac obiectul achiziției, iar solicitările pe care le-a formulat, în măsura în care ar fi admise, i-ar fi favorabile.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Verificând dosarul cauzei, Consiliul constată că, ulterior notificării prealabile nr. 2106/23.05.2018, înaintată de SC ... SRL, entitatea contractantă a răspuns la această notificare prin adresa nr. 1187/25.05.2018

Nemulțumită de conținutul acestui răspuns, SC ... SRL a înaintat contestația în analiză, solicitând cele menționate din preambulul contestației.

Din analiza contestației, Consiliul constată că observațiile societății contestatoare vizează modul în care autoritatea contractantă a ales procedura de *„negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare*", în opinia acesteia, respectiva procedură nu ar fi rezultatul unei măsuri urgente, așa cum impun dispozițiile art. 117 lit. d) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere faptul că procedura de atribuire în cauză organizată de entitate, este clar stabilită la art. 82 alin. (1) lit. f) din același act normativ, respectiv: *„Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor sectoriale/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluţii cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile prevăzute la art. 12 alin. (1), sunt următoarele: (....)* ***f) negocierea fără invitaţie prealabilă la procedura concurenţială de ofertare****",* iar conform dispozițiilor alin. (4) al aceluiași articol *„Entitatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără invitaţie prealabilă la o procedură concurenţială de ofertare exclusiv în cazurile şi condiţiile prevăzute la art. 117."*

Așa cum reiese din anunțul nr. 4185/21.05.2018, procedura de *negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare* a fost inițiată în baza prevederilor art. 117 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2018, potrivit cărora: *„(1)* ***Entitatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără invitaţie prealabilă la o procedură concurenţială*** *de ofertare pentru atribuirea contractelor sectoriale, doar într-unul din următoarele cazuri: (...) d) ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitaţie deschisă, licitaţie restrânsă sau negociere competitivă nu pot fi respectate din motive de extremă urgenţă, determinate de evenimente care nu pot fi prevăzute de entitatea contractantă şi care nu se datorează sub nicio formă unei acţiuni sau inacţiuni a entităţii contractante".*

Din analiza dosarului cauzei, raportat la normele legale invocate, Consiliul constată că entitatea contractantă a organizat în mod corect această procedură, situația existentă permițându-i aplicarea ei, întrucât, potrivit susținerilor entității din adresa nr. 1204/12.06.2018, efectuate pe baza principiului asumării răspunderii *„demararea procedurilor de achiziție prin procedurile de licitație deschisă a fost făcută în termeni reali care să facă posibilă atribuirea contractelor de achiziție publică, însă contestarea acestor proceduri a condus la necesitatea demarării unor proceduri de urgență care să asigure pentru o perioadă determinată prestarea respectivelor servicii*".

Referitor la acest aspect, Consiliul ține seama chiar de susținerea contestatoarei conform căreia: *„În ceea ce privește afirmația entității contractante că* ***SC ... SRL a refuzat în mod nejustificat să semneze contractul de achiziție publică într-o procedură în care am fost desemnați câștigători*** *pentru lotul ... (...)",* care confirmă necesitatea demarării procedurii în discuție.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca tardive alegațiile contestatoarei legate de o eventuală nerespectare, de către entitate, a termenelor de așteptare prevăzute pentru încheierea legală a contractului, deoarece, SC ... SRL nu avut nicio obiecție asupra situației descrise, astfel că neuzând de forma legală de contestate a stării la acel moment, se prezumă că aceasta din urmă a acceptat-o.

Relevant de reținut, în soluționare, este faptul că durata acestui contract, așa cum s-a stabilit la pct. 14 din anunțul nr. …, este de doar 3 luni.

În ceea ce privește nemulțumirea contestatoarei referitoare la faptul că nu s-a regăsit *„printre cei 6(șase) operatori economici care au primit... o invitație de participare", astfel că i-au fost lezate drepturile și interesele sale legitime prin imposibilitatea luării la cunoștință a documentației de atribuire",* Consiliul o va respinge ca neîntemeiată deoarece, legiuitorul, prin articolul 199 din HG nr. 394/2016, a stabilit că *„Inițierea procedurii de negociere fără invitaţie prealabilă la o procedură concurenţială de ofertare se realizează prin transmiterea unei invitaţii de participare la negocieri, însoţită de documentaţia de atribuire,* ***către unul sau, ori de câte ori este posibil, către mai mulţi operatori economici****".* Prin urmare, nefiind impus un prag minim al numărului de operatori economici la care entitatea să trimită o astfel de invitație, și mai mult, nu este posibilă nominalizarea lor prin acte legislative, este evident că, potrivit normei legale citate anterior, entitatea este cea abilitată să efectueze această operațiune, fiind în măsură să aleagă operatorii economic care vor primi o asemenea invitație.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, cu sediul în …, în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., cu sediul în ….

Obligatorie.

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

Preşedinte,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

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