



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1258 / C8 / 1442

Data: 26.07.2019

Prin contestația nr. 1/19.07.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 28037/19.07.2019, precizată prin adresa din 26.07.2019, ambele depuse de SC SRL, cu sediul declarat în, ..., CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de doamna - managing partner, privind procedura de cumpărare directă pentru atribuirea contractului de servicii de recrutare de personal pentru selectarea membrilor în consiliul de administrație la SA, cod CPV 79600000-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 09.07.2019, organizată de SA, cu sediul în, județul, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat „.....”.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia Companiei Naționale Aeroporturi SA de anulare a procedurii cu anunțul de publicitate nr. ADV186273/14.06.2019 și de a desemna câștigătoare oferta SC SRL în cadrul procedurii aferente anunțului de publicitate nr. ADV1090993/ 04.07.2019. La prima procedură, oferta sa a fost descalificată fără a i se comunica motivele

respingerii. La procedura secundă, nu se cunoaște cum a fost calculat punctajul ofertei, în condițiile în care societatea are experiență relevantă în recrutarea și selecția administratorilor și directorilor pe legislația de guvernanță corporativă, iar câștigătorul desemnat nu are experiență în derularea de proceduri pe Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 109/2011.

Pentru edificare asupra competenței sale de a soluționa cauza, cu adresele nr. 28470 și 28472/1442-C8/23.07.2019, Consiliul a solicitat părților litigante să îi comunice punctul lor de vedere față de excepția lipsei de competență materială a Consiliului, întrucât contestația privește o achiziție directă, iar nu o procedură de atribuire în sensul art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, în condițiile în care competența Consiliului se limitează la contestațiile vizând proceduri de atribuire. Totodată, s-a solicitat și un punct de vedere față de declinarea competenței de soluționare a contestației către Curtea de Apel, Secția de contencios administrativ și fiscal.

În răspunsul nr. 2980/25.07.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 29096/26.07.2019, ... SA solicită admiterea excepției necompetenței materiale a Consiliului, arătând că Legea nr. 99/2016 reglementează modul de realizare de către entitățile contractante a achizițiilor sectoriale, procedurile de atribuire a contractelor sectoriale și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor sectoriale, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor sectoriale. În conformitate cu prevederile art. 12 din Legea nr. 101/2016 Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor, însă contestația privește o achiziție directă, nu o procedură de atribuire în sensul prevederilor art. 82 din Legea nr. 99/2016.

În competența Consiliului intră doar procedurile de atribuire a contractelor sectoriale, iar un ofertant nu poate extinde competența Consiliului. De asemenea, aceasta nu poate fi extinsă prin învoiala părților, având în vedere limitarea dată de prevederile legale amintite mai sus. Față de dispozițiile art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, 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.

În răspunsul înregistrat la Consiliu cu nr. 29114/26.07.2019, SC SRL învederează, pentru competența materială a unei instituții administrativ-jurisdicționale, că ea nu poate fi limitată de un prag de valoare sau de o denumire formală/informală care face obiectul actului atacat, o astfel de limită fiind neconstituțională.

Consiliul a fost organizat în spiritul legii pentru a oferi posibilitatea soluționării rapide a contestațiilor, respectiv pentru a asigura la nivel național, mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor. Art. 2 și 4 din Legea nr. 101/2016 stabilesc faptul că orice persoană poate face contestație la Consiliu, atunci când se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante. Competența materială restrânsă de un prag valoric sau de un anumit tip de contract este în contradicție cu misiunea Consiliului. În niciuna dintre legile nr. 98, 99, 100 și 101/2016 nu se interzice în mod expres Consiliului soluționarea contestațiilor de mică valoare, iar „unde legea nu interzice, legea permite”.

Având în vedere cele menționate și statutul Consiliului, raportat la art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, competența materială a Consiliului nu trebuie înțeleasă ca fiind restrânsă la un prag valoric sau la o denumire prevăzută sau nu în mod expres de lege. Competența are la bază soluționarea contestațiilor în materie de atribuire a contractelor, unde prin atribuire se înțelege desemnarea operatorului economic câștigător de la o anumită procedură, fie ea cumpărare directă, sub pragul prevăzut de lege.

Legile nr. 98, 99, 100 și 101/2016 nu specifică faptul că în cazul în care o contestație depusă nu respectă anumite limitări aceasta trebuie să fie judecată la o instanță superioară, în cazul de față Curtea de Apel, care trebuie să vizeze acțiuni de drept comun de mare valoare.

Prin contestația depusă s-a dorit să se atragă atenția asupra faptului că s-a comis o ilegalitate de către autoritatea contractantă prin eliminarea criteriilor prevăzute la art. 10 din Hotărârea Guvernului nr. 722/2016, fapt ce a condus la atribuirea greșită a contractului către un operator economic care nu îndeplinește condițiile legale de a participa la procedură. Un caiet de sarcini nu poate fi mai puțin restrictiv decât legislația aplicabilă.

În concluzie, este la latitudinea Consiliului dacă dorește sau nu să judece contestația, datorită valorii mici a contractului, faptului că legea nu prevede obligativitatea declinării competenței către instanța de drept comun și faptului că există încălcări ale prevederilor legale în materie.

Pe cale de consecință, Consiliu ar trebui să judece, să se pronunțe asupra contestației și să corecteze comportamentul autorității contractante, indiferent de natura contestației sau actul care îl vizează atunci când există o încălcare a legislației, în cazul de față a art. 10 din Hotărârea Guvernului nr. 722/2016.

Competența materială a Consiliului este extinsă în mod direct de art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 - *„Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor.”*

Curtea de apel este vizată ca instanță de apel în cazul deciziilor Consiliului, prin urmare, declinarea contestației este prematură.

Văzând că în dezbateri se află excepția lipsei sale de competență în cauză, asupra căreia a fost primit răspuns util din partea ambelor părți, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să o analizeze cu precădere. Verificarea din oficiu și cu prioritate a competenței generale, materiale și teritoriale este prescrisă și de normele art. 131 alin. (1) C. proc. civ.

După deliberare asupra excepției, Consiliul reține că entitatea SA a inițiat o procedură de achiziție directă de servicii de recrutare de personal pentru selectarea membrilor în consiliul de administrație al companiei, contract estimat valoric la 35.000 lei (mai puțin de 135.060 lei, fără TVA). Niciuna dintre părți nu tăgăduiește că procedura organizată este una de achiziție directă, potrivit art. 12 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale - *„Entitățile contractante au dreptul de a achiziționa direct produse sau servicii în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 135.060 lei, respectiv lucrări, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 450.200 lei.”* Procedurile de atribuire reglementate de legea amintită, conform art. 82, aplicabile pentru atribuirea contractelor sectoriale/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile prevăzute la art. 12 alin. (4), sunt: a) licitația deschisă; b) licitația restrânsă; c) negocierea competitivă; d) dialogul competitiv; e) parteneriatul pentru inovare; f) negocierea fără invitație prealabilă la procedura concurențială de ofertare; g) concursul de soluții; h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice; i) procedura simplificată.

Raportat la dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac, Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedura de atribuire, iar la alin. (2) se prevede că acele contestații care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă. Totodată, aceeași lege definește expresia *„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 prevăzute de [...] art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Întrucât, în cauză, nu a fost derulată o procedură de atribuire, dintre cele enumerate mai sus, ci o procedură de achiziție directă (după cum figurează și în anunțul de publicitate nr. ADV1090393, postat în SEAP la 04.07.2019), nu sunt incidente acțiunile și căile de atac reglementate de Legea nr. 101/2016. Normele de competență materială fiind de ordine publică, organizatorul sau participanții la procedură nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce nu vizează procedurile de atribuire.

Determinând că nu au relevanță în speță prescripțiile Legii nr. 101/2016, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește pe baza dreptului comun, fără a se ține seama de alegerea de către contestatoare a atacării la Consiliu a achiziției în cauză.

De altfel, și în expunerea de motive pentru aprobarea Legii nr. 101/2016, ce poate fi accesată și pe siteul Camerei Deputaților (<http://www.cdep.ro/proiecte/2016/000/10/9/em19.pdf>) se menționează expres că *sunt excluse din domeniul de aplicare a legii achizițiile directe, pentru aceste achiziții fiind incidente regulile dreptului comun.*

În aceeași direcție, relevantă este și poziția Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, exprimată în decizia nr. 3527 din 10 noiembrie 2017. De asemenea, tot Înalta Curte, aceeași secție, în decizia nr. 645 din 19 februarie 2018, a apreciat că, în cazul unei achiziții directe, sunt aplicabile, în ceea ce privește stabilirea competenței materiale în soluționarea contestațiilor, normele generale cuprinse în Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, nu prevederile legii speciale, respectiv Legea nr. 101/2016. În același sens sunt și numeroasele opinii exprimate de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în Ghidul achizițiilor publice, disponibile la <https://www.achizitiipublice.gov.ro/questions/view/63> (spețele 723, 562, 387, 367 și 187).

Elocventă este și decizia civilă nr. 224 din 4 iunie 2019, pronunțată de Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal.

Văzând cele de mai sus și luând în considerare dispozițiile:

- art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedura de atribuire;

- art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora contestațiile care nu intră în competența de soluționare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanța de judecată competentă;

- art. 96 pct. 1 C. proc. civ., conform cărora curțile de apel judecă în primă instanță, cererile în materie de contencios administrativ și fiscal, potrivit legii speciale;

Consiliul, constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației, urmează a face aplicarea art. 12 alin. (2) și să transmită contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competente.

Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 asimilează actelor administrative contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice și achizițiile publice. În același timp, la art. 10 alin. (1), stabilește că: Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 3.000.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice centrale, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora mai mari de 3.000.000 de lei se soluționează în fond de secțiile de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel, dacă prin lege organică specială nu se prevede altfel. Raportat la natura litigiului, la tipul de autoritate emitentă (companie națională) a actului atacat și la sediile ambelor părți litigante, Consiliul constată că, în speță, competența de soluționare a contestației aparține Curții de Apel, Secția de contencios administrativ și fiscal. Date fiind cele ce preced, văzând și poziția organizatoarei față de declinarea competenței de soluționare a contestației către respectiva instanță, Consiliul va proceda la declinarea contestației formulate de SC ... SRL către Curtea de Apel, pe raza teritorială a căruia își au sediile atât reclamanta, cât și compania pârâtă. Art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și art. 132 C. proc. civ. obligă prioritar Consiliul să stabilească instanța competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent, căruia să îi transmită contestația, iar nu să o respingă ca inadmisibilă sau ca greșit îndreptată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Declină competența de soluționare a contestației SC SRL nr. 1/19.07.2019, în contradictoriu cu SA, către Curtea de Apel, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Dispune trimiterea, de îndată, a dosarului cauzei către această instanță judecătorească.

Fără cale de atac, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în patru exemplare, conține șase pagini.