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 3104642Fax. +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 achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ....
Data: ...

Prin contestaţia nr. 1320UPT/13.03.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 9375/13.03.2019, formulată de SC ... SA, cu sediul în ..., punct de lucru în ..., str. ..., înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de ... – Director Tehnic, împotriva rezultatului comunicat prin adresa nr. 134/06.03.2019, emisă de ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul achiziției directe a contractului având ca obiect *„Servicii de închiriere licențe software antivirus și antimalware", lot 1 - Servicii de închiriere licențe software antivirus și antimalware la UPT și lot 2 - Servicii de închiriere pachete software,* s-a solicitat Consiliului să dispună „obligarea autorității contractante la a lua o anumită măsură de remediere".

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... SA, în care sunt criticate actele emise de către autoritatea contractantă, respectiv adresa de comunicare a rezultatului nr. 134/06.03.2019, prin care solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante „la a lua o anumită măsură de remediere".

În contestație se arată că oferta SC ... SA a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, fără ca în caietul de sarcini să fi fost prevăzută niciuna dintre cerințele următoare:

- precizarea versiunilor platformei sistemului de operare Windows pentru soluțiile ofertate;
- plug-in dedicat Outlook 2013, 2016;
- dacă soluția F-Secure Business Suite Premium necesită sau nu mediu de rulare Java (JRE);
- detalii despre modalitatea de instalare și actualizare a soluției F-Secure pentru stațiile de lucru și laptopuri izolate, care nu sunt integrate în consola de administrare.

Contestatoarea precizează că niciunul dintre motivele de declarare a neconformității ofertei sale nu au fost solicitate prin caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 10460/420-C4/20.03.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea copiei dosarului achiziției, a punctului de vedere față de contestația formulată, precum și a ofertei depuse de SC ... SA.

Prin adresa nr. 3447/21.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 10535/21.03.2019, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației ca inadmisibilă, respectiv ca rămasă fără obiect.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că în urma depunerii unui număr de 3 oferte, a fost emis raportul procedurii nr. 139/08.03.2019, precum și comunicările aferente, potrivit cărora oferta SC ... SA a fost declarată neconformă.

În urma primirii prezentei contestații, ... a emis propunerea nr. 211/20.03.2019, de anulare a comunicărilor și a raportului procedurii emise în cadrul achiziției directe, precum și raportul de anulare a achiziției nr. 212/20.03.2019 transmițând fiecărui operator rezultatul final, în data de 21.03.2019.

În lumina celor precizate mai sus, ... solicită respingerea contestației ca rămasă fără obiect, întrucât achiziția a fost anulată ca urmare a constatării neclarităților și omisiunilor din caietul de sarcini, ceea ce determină imposibilitatea adoptării de măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la excepția inadmisibilității, autoritatea contractantă învederează că achiziția directă nu poate fi asimilată unei proceduri de achiziție în înțelesul Legii nr. 98/2016. De asemenea, precizează că față de valoarea estimată, sunt incidente dispozițiile art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În același timp, autoritatea contractantă menționează că în competența Consiliului intră contestațiile formulate în cadrul procedurilor

de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016, iar achiziția directă nu este menționată la acest articol.

Cu adresa nr. 10782/420-C4/22.03.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei punctul de vedere cu privire la excepţia de necompetenţă jurisdicţională a Consiliului în soluţionarea contestaţiei depuse, în raport cu prevederile art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și excepția rămânerii fără obiect a contestației, raportat la anularea comunicărilor și a raportului procedurii, precum și la anularea achiziției directe, excepţii ridicate de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 3447/21.03.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 10535/21.03.2019.

Prin adresa nr. 2563UPT/27.03.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 11686/28.03.2019, contestatoarea a formulat și a transmis Consiliului punctul său de vedere cu privire la excepțiile invocate, în care solicită ca prezenta contestație să nu fie declarată inadmisibilă, întrucât procedura de achiziție ADV1063057 intră în competența Consiliului și a procedurilor de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la respingerea contestației ca rămasă fără obiect, contestatoarea arată că *„chiar dacă ... a dispus, prin propunerea nr. 211/20.03.2019, anularea comunicărilor, nu include acțiunile declarate anterior acelei perioade”.*

Analizând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru încheierea contractului având ca obiect „Servicii de închiriere licențe software antivirus și antimalware”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat o achiziție directă, prin publicarea în SEAP a anunţului publicitar nr. ADV1063057/19.02.2019, odată cu care a postat şi documentaţia de atribuire.

Nemulţumită de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta ca fiind neconformă, SC ... SA a formulat contestație față de motivele de respingere invocate de autoritate, susținând că cerințele pentru neîndeplinirea cărora oferta sa a fost respinsă nu au fost prevăzute în ofertă pentru simplul motiv că nu au fost solicitate prin caietul de sarcini.

Văzând excepțiile invocate în speță de autoritatea contractantă, Consiliul dă întâietate analizei acestora, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016: „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”.

În analiza excepției lipsei competenței sale materiale, Consiliul reține că într-adevăr autoritatea contractantă a ales ca achiziția contractului având ca obiect „Servicii de închiriere licențe software antivirus și antimalware” să se facă prin cumpărare directă.

În susținerea excepției autoritatea contractantă apreciază cumpărarea directă ca nefiind o procedură de atribuire prevăzute la art.

68 din Legea nr. 98/2016, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor fiind competent să soluționeze numai contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prevăzute la acest articol.

Însă, în luarea deciziei de respingere a excepției privind lipsa competenței materiale a Consiliului, acesta va reține în soluționare dispozițiile art. 1 din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „(1) Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac şi procedura de soluţionare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune, precum şi organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor".

De asemenea, art. 3 din Legea nr. 101/2016 definește astfel:

- „c) contract - oricare dintre următoarele:

(i) contractul de achiziţie publică, astfel cum este definit în legislaţia privind achiziţiile publice".

Potrivit Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice care reglementează domeniul achizițiilor publice, contractul de achiziție publică este definit la art. 3 alin. (1) lit. l) astfel: „contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulţi operatori economici şi una ori mai multe autorităţi contractante, care are ca obiect execuţia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii".

Astfel, întrucât cumpărarea directă are ca obiect achiziționarea de servicii, în speță „Servicii de închiriere licențe software antivirus și antimalware", prin încheierea unui contract de achiziție publică, competența de soluționarea revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

În luarea deciziei de respingere a excepției, Consiliul are în vedere Sentința nr. 4378/15.11.2017, emisă de Curtea de Apel București – Secția a VIII-a Contencios admistrativ și fiscal, potrivit căreia:

«Din acest motiv, Curtea apreciază că sunt aplicabile cauzei de față prevederile Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, prevederi ce au caracter special și derogatoriu față de prevederile comune cuprinse în Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Or, potrivit art. 4 alin. 1 din Legea 101/2016 „Pentru soluționarea contestației pe cale administrativ-jurisdicțională, persoana care se consideră vătămată se adresează Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, denumit în continuare Consiliu".

De asemenea, potrivit art. 12 alin. 1 din Legea 101/2016 „Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de

atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)".

Se observă că în niciuna din prevederile de mai sus și de altfel, nicăieri în cuprinsul Legii 101/2016, nu se precizează că remediile și căile de atac reglementate de această lege ar fi aplicabile doar procedurilor de atribuire derulate conform Legii nr. 98/2016 sau ale OUG nr. 114/2011 ori altei reglementări speciale referitoare la procedurile de achiziție publică.

Din acest motiv, Curtea apreciază că prevederile Legii nr. 101/2016 se aplică oricăror proceduri de achiziție publică, inclusiv unei procedurii proprii derulate de o autoritate contractantă în baza excepției prev. de art. 22 alin. 1 lit. a din OUG nr. 114/2011, cum este cea de față.

Mai mult, Curtea apreciază ca fiind întemeiate susținerile reclamantei bazate pe dispozițiile Directivei nr. 2009/81/CE și ale jurisprudenței CJUE din cauza C-26/03 Stadt Halle and RPL Lochau.

Astfel, în condițiile în care, în cazul unei proceduri în care se invocă situația exceptată de la aplicarea normelor comunitare prev. de art. 13 lit. a din Directiva nr. 2009/81/CE (exceptare ce este similară cu cea prev. de art. 22 alin. 1 lit. a din OUG nr. 114/2011), pentru a nu se ajunge la eludarea prevederilor directivei prin invocarea unei astfel de excepții, este necesar ca decizia, prin care autoritatea contractantă apreciază că se încadrează în situația exceptată, să poată fi contestată potrivit reglementărilor cuprinse în Directivă referitoare la căile de atac.

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

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

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

Prin urmare, dacă am admite ca fiind întemeiată interpretarea dată prevederilor Legii 101/2016 de către pârât și de către CNSC, conform

cărora nu sunt aplicabile căile de atac reglementată de această lege procedurilor exceptate de la aplicarea Legii 98/2016 și ale OUG nr. 114/2011, consecința ar fi că legea română este contrară prevederilor Directivei nr. 2009/81/CE și ale jurisprudenței CJUE în această materie.

Din acest motiv și având în vedere principiul priorității normelor europene față de dispozițiile legii române reglementat de art. 148 alin. 2 din Constituția României, Curtea apreciază că, pentru respectarea Directivei nr. 2009/81/CE și a jurisprudenței CJUE, este necesar a se acorda posibilitatea reclamantei de formula calea de atac administrativ-jurisdicțională prev. de Legea 101/2016 și în cazul de față în care se contestă o procedură cu privire la care autoritatea contractantă susține că se încadrează într-o excepție de la aplicarea Directivei nr. 2009/81/CE.

Or, o astfel de contestație este de competența CNSC potrivit prevederilor art. 4 alin. 1 și 12 alin. 1 din Legea 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică."

Prin Decizia nr. 1050 pronunțată în dosarul nr. 21736/3/2017, cu privire la conflictul negativ de competență între Curtea de Apel și CNSC, inclusiv Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, apreciind corectă motivarea Curții de Apel București.

Față de cele constatate anterior, Consiliul va reține cauza spre soluționare, situație față de care excepția de necompetență materială a Consiliului Național de Soluționarea a Contestațiilor va fi respinsă.

După depunerea contestației, la solicitarea Consiliului, SC ... SA a transmis dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 598 lei, prin consemnarea la CEC BANK a sumei respective, conform recipisei nr. 205320451/1/18.03.2019, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă dosarului nr. 420/2019.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul constată că, potrivit raportului de anulare procedură de achiziție directă mr. 212/20.03.2019 și comunicării nr. 214/20.03.2019 către contestatoare, ... a hotărât anularea achiziției directe, întrucât neclaritățile și omisiunile caietului de sarcini determină imposibilitatea autorității contractante de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, față de cele prezentate anterior, Consiliul stabilește că, în cauză, solicitarea contestatoarei de obligare a autorității în a lua o anumită măsură de remediere a rămas fără obiect și urmează

a fi respinsă ca atare, în condițiile în care procedura de atribuire a fost anulată, inlusiv actul atacat, respectiv comunicarea nr. 134/06.03.2019.

Consiliul consideră nefondată susținerea contestatoarei din adresa nr. 2563UPT/27.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 11686/28.03.2019, respectiv că *„(...) prin propunerea nr. 211/20.03.2019, anularea comunicărilor, nu include acțiunile declarate anterior acelei perioade”,* întrucât este imposibilă anularea unei achiziții fără să fie incluse toate acțiunile și/sau actele procedurale emise din și în legătură cu respectiva achiziție, fiind cert că anularea privește și tratează achiziția ca un întreg.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca rămasă fără obiect, contestația formulată SC ... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca rămasă fără obiect, contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în 4 exemplare, conţine 7 (șapte) pagini