



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ... cod poștal 030084, România

Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. 392/15.10.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19965/15.10.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ...CUI ..., privind procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea unui contract de servicii de reparații și întreținere, cod CPV 50000000-5, cu data de deschidere a ofertelor 01.10.2015, organizată de ..., cu sediul în bd. Aviatorilor nr. 50, ..., ...în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SC ... SRL nr. 392/15.10.2015, în contradictoriu cu ..., anulează memorandumul intern nr. G1-2/14913/12.10.2015, precum și adresa nr. G1-2/14913/1/12.10.2015. Obligă ... la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea legislației privind achizițiile publice și, în termen de cel mult zece zile de la data

primirii prezentei decizii, la comunicarea rezultatului procedurii către SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL reclamă decizia Ministerului Afacerilor Externe de anulare a procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, deși urma să încheie contractul cu autoritatea, aceasta i-a comunicat anularea procedurii, în baza art. 209 alin. (1) lit. b) din ordonanță, fără a se preciza vreun motiv concret și corect al anulării.

În punctul său de vedere nr. G1-2/15457/20.10.2015 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 20461/22.10.2015, autoritatea contractantă susține în apărare că, în urma evaluării ofertei SC ... SRL și a raportului procedurii, oferta a fost declarată câștigătoare și societatea invitată să semneze contractul.

Ulterior, o direcție din cadrul ministerului a ridicat obiecții asupra semnării contractului întrucât, împotriva SC ... SRL, în anul 2013, ministerul a depus o plângere penală, iar semnarea cu această societate constituie un factor de risc patrimonial și de imagine.

Constatând că se află în imposibilitatea încheierii contractului, autoritatea a întocmit și aprobat memorandumul intern nr. G1-2/14913/12.10.2015, de anulare a procedurii de atribuire în temeiul art. 209, alin. (1) lit. c) din ordonanță, iar ofertantului i-a fost comunicată măsura anulării.

Cu adresa nr. 438/26.10.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 20710/27.10.2015, în replică la punctul de vedere al autorității contractante, SC ... SRL arată că plângerea penală împotriva sa a fost soluționată prin ordonanța de clasare din 30 iulie 2014, dosar nr. 10091/P/2013, context în care motivul anulării achiziției nu este întemeiat. Societatea nu are dosare penale sau condamnări.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. G1-2/114149/..., transmisă mai multor operatori economici, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în vederea achiziționării de servicii de reparații și întreținere pentru

clădirile și instalațiile ministerului, servicii estimate valoric la 123.900 lei, fără TVA.

La procedură a fost depusă o singură ofertă, respectiv cea a SC ... SRL, care a fost considerată admisibilă de către cei trei membri ai comisiei de evaluare și desemnată câștigătoare prin raportul procedurii nr. G1-2/14405/02.10.2015, aprobat de ordonatorul principal de credite delegat al ministerului, iar ofertantul a fost invitat să semneze contractul.

Ulterior, în urma unor neînțelegeri ivite între două direcții din structura organizatorică a ministerului pe marginea atribuirii contractului către SC ... SRL, a fost întocmit memorandumul intern nr. G1-2/14913/12.10.2015, prin care s-a propus și aprobat anularea procedurii de negociere, în baza art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță, deoarece este imposibilă încheierea contractului în contextul refuzului exprimat de unul dintre directorii din minister.

La 12.10.2015, SC ... SRL a fost anunțată că nu poate fi încheiat contractul, respectiv că procedura a fost anulată, rezultat împotriva căruia, pentru motivele evocate anterior, societatea a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Referitor la informațiile transmise reclamantei în comunicarea atacată sunt relevante normele art. 210 din ordonanță, conform cărora autoritatea contractantă avea obligația de a îi comunica atât încetarea obligațiilor pe care și le-a creat prin depunerea ofertei, cât și motivul concret care a determinat decizia de anulare. În adresa analizată, contrar art. 210, dar și art. 2 alin. (2) lit. d) - principiul transparenței -, aceste informații nu se regăsesc, viciu care conduce la anularea comunicării transmise de autoritate. Autoritatea nu a comunicat nici încetarea obligațiilor pe care ofertanta și le-a creat prin depunerea propriei oferte și nici motivul concret care a determinat decizia de anulare, eludând în acest fel normele imperative precitate. De asemenea, încălcate au fost și normele art. 206 alin. (1), în temeiul cărora autoritatea era ținută să informeze ofertantul despre eventuala inițiere a unei noi proceduri.

Pe de altă parte, temeiul de drept al anulării comunicat îl reprezintă prevederile art. 209 alin. (1) lit. "b)" din ordonanță, temei care nu concordă cu cel cuprins în memorandumul nr. G1-2/14913/12.10.2015, respectiv nu reflectă voința reală a semnatarilor actului de anulare a procedurii.

Simpla evocare a constatării că nu poate fi încheiat contractul, coroborată cu trimiterea greșită la un text normativ constituie deficiențe care conduc la anularea comunicării transmise de autoritate.

Pe fond, nici în memorandumul amintit, deși invocă art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță, conform căruia anularea intervine

dacă este imposibilă încheierea contractului, autoritatea nu arată în ce constă imposibilitatea încheierii contractului.

Refuzul exprimat de un angajat al autorității contractante, indiferent că este conducătorul acesteia sau un lucrător oarecare, nu poate fundamenta, prin el însuși, anularea unei procedurii de atribuire. Prin inițierea acesteia din urmă autoritatea își creează o serie de obligații față de operatorii economici, inclusiv obligația de a atribui și semna contractul cu ofertantul care s-a conformat tuturor cerințelor documentației de atribuire și se clasează pe primul lor între competitori, fiind exclus refuzul autorității de a atribui și semna contractul pe considerente ce țin de nedumeriri ale propriilor angajați sau pe descoperirea unor factori de risc provenind din încheierea contractului cu ofertantul câștigător. Cu alte cuvinte, în speță, odată demarată negocierea, ea urmează a se finaliza prin încheierea contractului de achiziție publică, cu excepția cazurilor limitative care atrag anularea ei prevăzute la art. 209 din ordonanță [art. 93 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006]. "Răzgândirea" pe parcurs a autorității, pe considerentul că semnarea contractului cu SC ... SRL implică un risc nu se înscrie în rândul motivelor recunoscute de legiuitor pentru anularea unei achiziții și, în plus, îl vatămă în mod direct pe operatorul economic implicat în procedură, care se poate adresa împotriva atât a Ministerului Afacerilor Externe, cât și a funcționarilor săi care se opun contractării cu el, pentru obținerea de daune-interese.

Art. 200 alin. (1) din ordonanță dispune că, în termen de 25 de zile de la data deschiderii ofertelor, autoritatea trebuie să stabilească oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, dacă oferta respectivă îndeplinește toate condițiile de admisibilitate care rezultă din documentația de atribuire și actele anexate. Oferta SC ... SRL a fost desemnată câștigătoare de comisia de evaluare, prin raportul procedurii nr. G1-2/14405/ 02.10.2015, raport care nu a fost anulat sau revocat de autoritatea emitentă.

Odată lansată procedura achiziției și identificarea drept câștigător a unui ofertant, necesitatea sau oportunitatea semnării contractului cu acesta ies din sfera de decizie a autorității, care este ținută să semneze contractul cu ofertantul ales. Argumentele în detrimentul acestui ofertant exprimate de autoritate nu pot fi validate de Consiliu în contextul în care autoritatea însăși a decis că oferta în discuție este admisibilă și câștigătoare. Este evident că reconsiderarea oportunității achiziționării serviciilor de la acel operator economic nu poate constitui un criteriu care să stea la baza anulării procedurii, respectiv care să determine imposibilitatea încheierii contractului.

În cauză, imposibilitatea încheierii contractului ține doar de voința proprie a autorității contractante, nefiind semnalat Consiliului niciun motiv concret și obiectiv care să facă imposibilă contractarea.

Concluziile regăsite în nota nr. G1/5.041/08.10.2015:

"SC ... SRL, a avut contract și în anii trecuți cu MAE, schimbarea acesteia cu SC Contina SRL fiind prezentată ca o reușită, servicii mai bune, preț mai mic, stare neconfirmată de evoluția ulterioară a relației contractuale MAE - Contina. Mai mult SC Contina SRL a "prestat" cu aceleași persoane care fuseseră angajate înainte la ... SRL, de aici se pot ridica mai multe întrebări, dar care nu fac obiectul acestei note.

MAE a făcut o plângere penală (dosar nr. 10091/P/13.07.2013) privind SC ... SRL, pentru prezentarea unei scrisori de garanție bancară falsă în anul 2012 (dosarul complet se afla la CCED). Aceste aspecte erau cunoscute în direcțiile implicate în inițierea, avizarea sau aprobarea acestei proceduri și în final contract.

Față de cele prezentate consider că se impune o atitudine mult mai riguroasă de gestionare a tuturor factorilor de risc, care pot fi patrimoniali sau de imagine în cazul MAE.

Exista clar necesitatea acoperirii palierului de întreținere clădiri MAE, dar aceeași atenție trebuie acordată și contractelor încheiate de MAE cu toți furnizorii fie ei de bunuri și/sau servicii."

sunt subiective, speculative și, mai ales, fără tangență cu legislația achizițiilor publice. Formularea anterioară a unei plângeri penale sau utilizarea anumitor salariați de către agenții economici nu justifică respingerea unui ofertant de la procedura de atribuire și, cu atât mai puțin, refuzul semnării cu el a contractului.

... nu a făcut dovada că SC ... SRL se încadrează în vreuna dintre situațiile de la art. 180 sau 181 din ordonanță și nici nu a emis către această societate vreun document constatator negativ în baza art. 97 ind. 1 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ci dimpotrivă, la procedura de față a considerat-o eligibilă și a declarat-o câștigătoare.

Legiuitorul a stabilit anumite circumstanțe limitative în care o ofertă poate fi respinsă în etapa de evaluare a ei, iar suspiciunile și pretextele reproduse din nota în referință nu au nicio tangență cu acestea.

Imposibilitatea încheierii contractului pe care o invocă autoritatea depinde în mod exclusiv de voința ei, în condițiile în care SC ... SRL urmărește să încheie și să deruleze contractul care i-a fost atribuit. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, autoritatea nu a furnizat acestuia niciun argument credibil sau mijloc de probă din care să rezulte imposibilitatea societății de a-și îndeplini în mod corespunzător viitoarele obligații contractuale (făcând abstracție că modalitatea de executare a contractului reprezintă o problemă distinctă de încheierea lui). Simpla existență a unor îndoieli sau presupuneri nu îndrituiește autoritatea să anuleze procedura de atribuire. Pentru a fi legală, anularea licitației pe temeiul imposibilității contractării trebuie însoțită de mijloace concludente de probă din care să reiasă cel puțin un obstacol concret și cert de ordin legal sau factual în

calea încheierii contractului, nu doar scuza că "se impune o atitudine mult mai riguroasă de gestionare a tuturor factorilor de risc".

Față de explicațiile vagi și deloc lipsite de subiectivism aduse de autoritate în fundamentarea măsurii anulării negocierii, departe de a reprezenta motive concrete care să justifice această măsură, cum impun dispozițiile antemenționate, Consiliul determină că anularea nu îndeplinește condițiile cerute de lege [art. 209 alin. (1) lit. c) teza ultimă din ordonanță] pentru a putea fi însușită și validată de acesta. O astfel de măsură extremă trebuie să se conformeze tuturor dispozițiilor legale care o reglementează, mai ales că, potrivit art. 293 lit. o) din ordonanță, anularea unei proceduri în alte cazuri decât cele permise de lege constituie contravenție și se sancționează cu amendă de până la 100.000 lei.

Niciunul dintre argumentele evazive ale autorității nu constituie un motiv concret și, din această perspectivă, nu legitimează anularea procedurii în baza art. 209 alin. (1) lit. c) teza ultimă din ordonanță. Art. 93 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 interzice adoptarea de către autoritate a vreunei măsuri cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, iar în prezenta speță pârâta însăși este cea care a generat imposibilitatea pe care o invocă. Urmând aceeași optică, în decizia sa nr. 1 din 8 ianuarie 2009, Curtea Constituțională a statuat că autoritatea publică contractantă nu poate invoca propria culpă, ori de câte ori dorește, pentru a anula procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică.

În atari condiții, în care nu sunt relevate motivele concrete pe care se bazează anularea, esențiale, din care să reiasă dincolo de orice îndoială imposibilitatea încheierii contractului de achiziție publică, decizia prin care s-a luat această măsură se vedește a fi arbitrară și contrară legii, aducând prejudicii intereselor ofertantului declarat câștigător, îndreptățit și să solicite despăgubiri persoanelor vinovate. Discriminarea pe care o realizează autoritatea contractantă față de operatorul economic SC ... SRL, căruia pare să îi fi interzis accesul la orice procedură de atribuire organizată de ..., poate întruni elementele constitutive ale unei abateri de altă natură juridică, după cum în mod judicios a sesizat și respectivul operator.

Este covârșitoare practica instanțelor judecătorești în care acestea au statuat că anularea unei proceduri de atribuire trebuie să aibă la bază motive care nu se găsesc la discreția autorității contractante, independente de orice culpă a acesteia și obiective. În acest sens pot fi invocate *exempli gratia* decizia nr. 436 din 10 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal; decizia civilă nr. 2646 din 27 noiembrie 2008, pronunțată de Curtea de Apel ...Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 3556 din 24 iunie 2009,

pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Elocventă este și decizia nr. 612/R-C din 13 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, în care instanța a reținut că: potrivit art. 209 alin. (1) din ordonanță, autoritatea contractantă are dreptul să anuleze aplicarea procedurii, de regulă, înainte de transmiterea comunicărilor privind rezultatul acesteia pentru patru motive expres și limitativ prevăzute de lege, printre care și acela că "abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului". Din modul de redactare a textului și din întreaga economie a ordonanței, inclusiv din observarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție, se apreciază că interpretarea care se impune este aceea că legiuitorul a avut în vedere, cu ocazia elaborării textului, o imposibilitate obiectivă, independentă de poziția vreunuia dintre participanții la procedură și, în special, a autorității contractante. Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

În lumina celor expuse, Consiliul reține că anularea procedurii de atribuire s-a realizat cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind acest aspect este fondată. Drept urmare, în baza art. 278 alin. (2) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. 392/15.10.2015 și va anula actul prin care ... a dispus anularea negocierii, precum și adresa de comunicare a anulării. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea legislației privind achizițiile publice.

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...