

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. 1659/ C2 /1846

Data: 30.07.2021

Prin contestația nr.920/21.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr.37635/21.07.2021, formulată de S.C. S.R.L., cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr....., având CUI, reprezentată legal prin – administrator, împotriva comunicării nr.717/14.07.2021 și a raportului procedurii, emise de S.A., cu sediul în, .., jud....., în calitate de entitate achizitoare, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului având ca obiect „Contract prestări servicii de pază și protecție, monitorizare și supraveghere”, cod CPV:79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), s-a solicitat anularea actelor menționate și a celor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei situată pe locul 1.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, S.C. S.R.L. critică rezultatul procedurii regăsit în cadrul comunicării rezultatului procedurii nr.717/14.07.2021 și a raportului procedurii, emise de S.A., în calitate de entitate achizitoare, solicitând cele menționate în practica prezentă.

În motivare, contestatorul formulează critici cu privire la oferta clasată pe primul loc, depusă de .., susținând că are un preț care nu reflectă costurile reale, iar entitatea achizitoare nu a efectuat verificări temeinice în acest sens.

Prin punctul de vedere nr.J161/26.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr.3845/26.07.2021, ... SA filială a .. a transmis punct de vedere față de contestație, invocând prioritar, excepția lipsei competenței Consiliului de a soluționa contestația, întrucât prin fișa de date, la cap. VI Organismul de soluționare a contestațiilor, este desemnat Tribunalul

Solicită declinarea competenței soluționării în favoarea instanței judecătorești amintite.

În susținere, arată că anexează:

-Adresa ANAP nr.2020/2022/07.03.2017, potrivit căreia S.A. nu este autoritate contractantă;

-Decizia nr.15/C9/2916/05.01.2021 care califică S.A. ca nefiind autoritate contractantă;

Față de prevederile art.4 din Legea nr.98/2016, entitatea achizitoare susține că nu are calitate de autoritate contractantă, întrucât:

-funcționează în condiții normale de piață;

-urmărește obținerea unui profit;

-suportă pierderile care rezultă din exercitarea activității sale.

Arată că societatea sa nu a fost înființată spre a satisface nevoi de interes general, iar activitatea desfășurată are caracter industrial și comercial, scopul autorizat al S.A., conform actului constitutiv, fiind „(...) desfășurarea de activități cu caracter industrial și comercial, constând în fabricarea, cercetarea, proiectarea, comercializarea, mentenanța și demilitarizarea armamentului, muniției și tehnicii militare din profilul de fabricație necesare clienților interni și/sau externi, în condiții de competitivitate”.

Invocă în susținere și practica CNSC, respectiv deciziile nr.2114/C5/2223/26.07.2018 și nr.2254/C2/2520 din 10.08.2018, prin care Consiliul, din oficiu, a invocat și a admis excepția lipsei competenței materiale de soluționare a contestațiilor formulate împotriva unor proceduri derulate de Filiale ale CN ROMARM SA, respectiv de Societatea Fabrica de Arme Cugir SA și Societatea Uzina Mecanică Cugir SA.

De asemenea, entitatea achizitoare invocă excepția prematurității contestației, susținând că procedura nu este finalizată, raportul procedurii nefiind încă elaborat și transmis către ofertanți.

În continuare sunt aduse argumente în privința fondului contestației, entitatea achizitoare solicitând respingerea acesteia, ca netemeinică și nelegală.

Raportat la art.15 alin.1 din Legea nr.101/2106, Consiliul a solicitat contestatorului, prin adresa nr.38903/1846/C2/27.07.2021, punct de vedere cu privire la excepția lipsei competenței materiale a CNSC de a soluționa contestația, invocată de SA.

De asemenea, prin adresa nr.38905/1846/C2/27.07.2021, Consiliul a solicitat S.A. să transmită la dosarul cauzei actul constitutiv al societății și documentul privind sursa de finanțare a procedurii.

Prin adresa nr.1461/101/28.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr.39099/28.07.2021, ... SA a răspuns solicitării adresate, comunicând actul constitutiv și aprecierea ANAP.

A precizat că serviciile de pază și protecție sunt finanțate din surse proprii, precum și că toate înscrisurile probate au fost transmise prin intermediul Poștei Române.

Prin adresa nr.949/29.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr.39426/29.07.2021, ... S.R.L. a susținut că, în aprecierea sa, ... S.A. are calitatea de autoritate contractantă luând în considerare modalitatea de organizare și desfășurare a procedurii simplificate de față.

De asemenea, arată că, analizând Sistemul Electronic de Achiziții Publice (SEAP) la secțiunea „Lista cu participanți”, se regăsește autoritatea contractantă S.A., înregistrată în sistem încă din anul 2012, dar și că din anunțul de participare nr.SCN1088514/01.07.2021 și documentația de atribuire nu rezultă faptul că pentru S.A. nu se aplică legislația din materia achizițiilor publice. Din contră, susține contestatorul, autoritatea contractantă face referire în mod expres inclusiv la art.8 din Legea nr.101/2016.

Astfel, ... S.A., apreciază contestatorul, a ales să acționeze ca o autoritate contractantă, făcând referire la Legea nr.98/2016, H.G. nr.395/2016 și Legea nr.101/2016 în cadrul documentației de atribuire, astfel că trebuie să se supună legislației din materia achizițiilor publice și în faza de atribuire, respectiv de contestare a procedurii de atribuire.

Cu toate că a făcut trimitere în punctul de vedere la documente emise de autorități competente privind calificarea societății ca fiind autoritate contractantă, susține contestatorul că, totuși, ... S.A. a aplicat o procedură de atribuire specifică autorităților contractante și, mai mult, a invocat sentința civilă nr.5108/2019 în care aceasta a avut câștig de cauză în fața Curții de Conturi a României într-un litigiu în care a avut rol de autoritate contractantă.

Invocând dispozițiile art.12 alin.1 din Legea nr.101/2016, ... S.R.L. susține că CNSC este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare.

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

..... SA, în calitate de entitate achizitoare, a inițiat procedura simplificată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Contract prestări servicii de pază și protecție, monitorizare și supraveghere”. cod CPV:79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr.SCN1088514/01.07.2021.

Valoarea estimată a contractului este de 520.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, SC SRL a înaintat contestația de față, sens în care a constituit cauțiunea în cuantumul prevăzut de lege.

În considerarea dispozițiilor art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, potrivit căroră: *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, se va analiza, cu prioritate, excepția lipsei de competență materială în soluționarea contestației, invocată de entitatea achizitoare.

Cercetând cu înțâietate competența sa în soluționarea litigiului, Consiliul reține că în conformitate cu art.2 alin.1 din Legea nr.101/2016: *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară (...).*

Astfel, ca prim aspect, este de reținut că textul legal reprodus privește, în mod exclusiv, ipoteza vătămării cauzate printr-un act al unei autorități contractante, ceea ce presupune obligația verificării prealabile dacă entitatea achizitoare, ... SA, are sau nu calitatea de autoritate contractantă.

Calea administrativ-jurisdicțională se poate exercita la Consiliu numai împotriva actelor vătămătoare provenind de la o autoritate contractantă (regulă care comportă excepții neincidente în speță), iar nu de la orice entitate organizatoare de proceduri.

Potrivit art.4 din actul normativ invocat (1) *Au calitatea de autoritate contractantă în sensul prezentei legi:*

a) *autoritățile și instituțiile publice centrale sau locale, precum și structurile din componența acestora care au delegată calitatea de ordonator de credite și care au stabilite competențe în domeniul achizițiilor publice;*

b) *organismele de drept public;*

c) *asocierile formate de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la lit. a) sau b).*

(2) *Prin **organisme de drept public** în sensul alin. (1) lit. b) se înțelege orice entități, altele decât cele prevăzute la alin. (1) lit. a) care, indiferent de forma de constituire sau organizare, îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:*

a) *sunt înființate pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial;*

b) *au personalitate juridică;*

c) *sunt finanțate, în majoritate, de către entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau de către alte organisme de drept public ori se află în subordinea, sub autoritatea sau în coordonarea ori controlul unei entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau ale unui alt organism de drept public ori mai mult de jumătate din membrii consiliului de administrație/organului de conducere sau de supraveghere sunt numiți de către o entitate dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) ori de către un alt organism de drept public.*

Potrivit art.2 Forma juridică din Actul constitutiv al societății SA este persoană juridică română, având forma juridică de societate pe acțiuni și își desfășoară activitatea în conformitate cu legile române și cu prezentul act constitutiv.

Totodată, conform art.5 din același act constitutiv, **societatea are ca scop desfășurarea de activități cu caracter industrial și comercial, constând în fabricarea, cercetarea, proiectarea, comercializarea, mentenanța și demilitarizarea armamentului, muniției și tehnicii militare din profilul de fabricație necesare clienților interni și/sau externi, în condiții de competitivitate și profitabilitate.**

Raportat la aceste prevederi, ... SA nu se poate încadra în categoria organismelor de drept public prevăzute de art.4 din Legea nr.98/2016, fiind societate care are ca scop desfășurarea de activități cu caracter industrial și comercial.

Efectuând verificări și prin prisma dispozițiilor art.6 alin.1 – 3 din Legea nr.98/2016, conform cărora:

(1) Prezenta lege se aplică pentru atribuirea de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă a unui **contract de lucrări**, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: a) contractul este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50% din valoarea acestuia, de către o autoritate contractantă; b) valoarea estimată, fără TVA, a contractului este egală sau mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a); c) contractul include una dintre activitățile menționate la alin. (2).

(2) Activitățile care fac obiectul alin. (1) lit. c) sunt următoarele: a) lucrări de geniu civil; b) lucrări de construcție pentru spitale, facilități destinate activităților sportive, recreative și de agrement, clădiri ale instituțiilor de învățământ preuniversitar și universitar și clădiri de uz administrativ.

(3) Prezenta lege se aplică pentru atribuirea de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă a unui **contract de servicii**, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: a) contractul este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50% din valoarea acestuia, de către o autoritate contractantă; b) valoarea estimată, fără TVA, a contractului este egală sau mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. c); c) contractul este în legătură cu un contract de lucrări care face obiectul alin. (1).

Consiliul observă că, în speță, contractul care se atribuie este unul de servicii, astfel că este necesară îndeplinirea cumulativă a condițiilor enunțate, respectiv:

a) contractul este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50% din valoarea acestuia, de către o autoritate contractantă;

b) valoarea estimată, fără TVA, a contractului este egală sau mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. c);

c) contractul este în legătură cu un contract de lucrări care face obiectul alin. (1).

Verificând îndeplinirea cumulativă a acestor condiții, Consiliul constată că nu este îndeplinită niciuna dintre cele 3 condiții, în condițiile în care:

- contractul este finanțat din surse proprii ale entității achizitoare, așa cum apare precizat în anunțul de participare simplificat nr.SCN1088514/01.07.2021 și arată și SA. în adresa

nr.1461/101/28.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr.39099/28.07.2021;

- valoarea estimată a contractului ce se dorește a fi încheiat este de 520.000 lei, fără TVA, mai mică decât pragul valoric prevăzut la art.7 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016;

- prezentul contract nu se află în legătură cu un contract de lucrări care face obiectul alin.1, deoarece vizează paza de obiective aparținând entității achizitoare.

În considerarea celor ce preced, deoarece nu sunt îndeplinite prescripțiile art.4 din Legea nr.98/2016 și nu sunt incidente nici dispozițiile art.6 din același act normativ, Consiliul stabilește că organizatoarea procedurii, ... SA nu are calitatea de autoritate contractantă în cadrul procedurii în cauză.

În același sens s-a pronunțat și Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP) prin adresa nr. 2020/2022 din 07.03.2017, constatând că societatea SA desfășoară o activitate cu caracter industrial și comercial, potrivit informațiilor din Actul constitutiv, nefiind astfel înființată pentru a satisface nevoi de interes general, pentru a putea fi încadrată în categoria de autoritate contractantă reglementată la art. 4 alin.1 lit.b și alin.2 din Legea nr.98/2016.

Determinând că, în cauză, societatea organizatoare a procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă și luând în considerare dispozițiile din Legea nr.98/2016 și Legea nr.101/2016, în situația prezentă nu au incidență procedurile de soluționare a contestațiilor de către Consiliu.

Normele de competență materială fiind de ordine publică, organizatoarea sau participanții la procedură nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce vizează proceduri unde legea nu obligă la aplicarea Legii nr.98/2016.

O interpretare contrară, așa cum face contestatorul, ar conduce, în mod absurd, la obligarea organismului administrativ-jurisdicțional (Consiliul) să soluționeze contestații în toate domeniile posibile și în funcție de opțiunea oricăror organizatori (care nu sunt neapărat autorități contractante) de a organiza diverse proceduri.

Văzând cele de mai sus și luând în considerare dispozițiile:

- art.12 alin.1 din Legea nr.101/2016, potrivit căruia Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile 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 dispozițiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă; ele se aplică și în

alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare;

- art.95 pct.1 Cod de procedură civilă, conform căruia tribunalul judecă în primă instanță, toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe;

- art.10 alin.1 din Legea nr.554/2004 conform căruia 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;

- art.10 alin.3 din Legea nr.554/2004 potrivit căruia reclamantul persoană fizică sau juridică de drept privat se adresează exclusiv instanței de la domiciliul sau sediul său (...);

- art.132 alin.1 din Cod de procedură civilă, potrivit căruia instanța de judecată este obligată să stabilească instanța judecătorească competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent,

Consiliul constată lipsa sa de competență în soluționarea contestației, motiv pentru care urmează a face aplicarea art.12 alin.2 și art.132 Cod de procedură civilă și să transmită contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competente.

În soluționare a fost avută în vedere și practica CNSC, relevante fiind decizia nr.15/C9/2916 din 05.01.2021, nr.2254/C2/2520 din 10.08.2018 și nr.2114/C5/2223 din 26.07.2018, prin care s-a admis excepția lipsei competenței materiale a Consiliului de a soluționa contestații ce privesc proceduri derulate de SA sau alte filiale ale CN ROMARM SA.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competența de soluționare a contestației formulate de S.C. SRL, către Tribunalul – Secția Contencios administrativ și fiscal.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei competenței materiale a CNSC în soluționarea contestației, invocată de SA și, pe cale de consecință, declină competența de soluționare a contestației formulate de către SRL, în contradictoriu cu SA filială a ..., către Tribunalul – Secția Contencios administrativ și fiscal.

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

Fără cale de atac.

PREȘEDINTE COMPLET,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....

...