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 3104642 Fax. +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 înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, formulată de către SC ... SRL, cu sediul în …, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. …, având CUI …, reprezentată convențional de …, adresă indicată și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva „…”, organizate de către …, cu sediul în municipiul …, s-au solicitat următoarele: „…; suspendarea procedurilor de atribuire până la soluționarea contestației, în conformitate cu prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016”.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, SC ... SRL critică modalitatea de închiriere a terenului aferent panoului publicitar situat în …, organizate de către ... și solicită cele redate în partea introductivă.

Prezentând situația de fapt, contestatoarea arată că … a inițiat încheierea contractelor de închiriere a terenurilor aferente panourilor publicitare ce urmează a fi amplasate pe terenurile acestei U.A.T. prin publicarea pe site-ul propriu a unor documente intitulate fișe de date, caiete de sarcini și contractele ce urmează a fi încheiate, având în vedere dispozițiile Legii nr. 213/1998 privind bunurile proprietate publică, Legii nr. 215/2001 a administrației publice locale, Legii nr. 287 privind Codul civil, precum și Regulamentul de amplasare și autorizare a mijloacelor de publicitate pe raza …, aprobat prin Hotărârea Consiliului Local nr. 133/2018.

Precizează că, în opinia sa, închirierea terenului ar trebui să se desfășoare avându-se în vedere legislația care guvernează concesiunea bunurilor proprietate publică, conform Legii nr. 100/2016, respectiv Legii nr. 98/2016, deoarece:

- contractele ce urmează a fi atribuite în baza acestor proceduri, prin obiectul lor, se circumscriu noțiunii de contract de concesiune de servicii, care este un contract cu titlu oneros, asimilat potrivit legii actului administrativ, încheiat în scris, prin care una sau mai multe entități contractante încredințează prestarea și gestionarea de servicii, altele decât executarea de lucrări prevăzută la lit. g), unuia sau mai multor operatori economici, în care contraprestaţia pentru servicii este reprezentată fie exclusiv de dreptul de a exploata serviciile care fac obiectul contractului, fie de acest drept însoțit de o plată, potrivit art. 5 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 100/2016;

- un contract poate fi calificat concesiune de servicii dacă îndeplinește cumulativ următoarele condiții: să fie un contract cu titlu oneros - autoritatea contractantă plătește un preț și primește o contraprestație; contract solemn, încheiat în formă scrisă ad validitatem, după parcurgerea formalităților legale reglementate ca proceduri de atribuire care condiționează valabilitatea contractelor; contractul are subiecte determinate: autoritatea contractantă și un operator economic; contractul are un obiect determinat: prestarea și gestionarea unui serviciu.

Arătând că, prin contractul ce urmează a fi încheiat, operatorul economic are obligația de a amplasa o construcție provizorie - panou publicitar pe domeniul proprietate publică, precum și de a presta și gestiona servicii de publicitate, contestatoarea precizează că amplasarea panoului publicitar se face în baza unei documentații tehnice întocmite cu respectarea dispozițiilor art. 23 alin (4) din Legea nr. 185/2013 privind amplasarea și autorizarea mijloacelor de publicitate, respectiv obținerea unei autorizații de construire potrivit art. 4 din același act normativ.

Precizează că obiectul contractului reprezintă o prestare de servicii, contestatoarea invocă dispozițiile art. 3 lit. l), art. 8-11, art. 13, precum și pe cele ale art. 40 din Legea nr. 185/2013.

Contestatoarea susține că legea lasă la aprecierea autorității publice dacă dorește să administreze singură domeniul public în sensul amplasării mijloacelor publicitare și a prestării și gestionării serviciilor de publicitate ce urmează a fi acordate terților interesați sau dorește să implice un operator economic în organizarea și funcționarea acestui serviciu; în opinia sa, oferirea acestui serviciu prin intermediul unui operator economic se circumscrie dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 100/2016, fiind imperativă aplicarea dispozițiilor legale în materia concesiunii de servicii.

De asemenea, susține că dispozițiile art. 9 din Regulamentul de amplasare și autorizare a mijloacelor de publicitate pe raza municipiului …, aprobat prin Hotărârea Consiliului Local nr. 133/2018, menționează expres faptul că procedura trebuie să respecte dispozițiile legale privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Consideră că, ... a încălcat și dispozițiile art. 11 din OUG nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică care obligă autoritatea contractantă, în momentul în care constată că exploatarea bunului ce va face obiectul concesionării implică în mod necesar şi prestarea

unor servicii, să califice natura contractului potrivit prevederilor Legii nr. 100/2016 sau a Legii nr. 98/2016.

Motivând susținerea potrivit căreia autoritatea contractantă nu a respectat procedura prevăzută de Legea nr. 100/2016, contestatoarea arată că nu există un studiu de fundamentare care să analizeze în amănunt natura contractului ce ar trebui încheiat, că valoarea estimată a contractului este stabilită în mod aleatoriu, precum și faptul că o „astfel de conduită poate ascunde neîndeplinirea obligației de a publica în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene atribuirea contractului ce urmează a fi încheiat, încălcând și principiul transparenței consacrat în jurisprudența CJUE".

De asemenea, arată că durata contractului a fost stabilită în mod aleatoriu, de autoritatea contractantă, deși aceasta se stabilește prin raportare la durata de timp necesară partenerului privat pentru a-și recupera investiția.

În final, afirmă că ... nu a respectat procedura de atribuire impusă de Legea nr. 100/2016, limitându-se să emită o serie de documente denumite generic fișe de date și caiete de sarcini, care nu respectă condițiile imperative impuse de legislația privind concesiunea de lucrări sau de servicii, în conformitate cu art. 5 alin. (1) lit. m) și n) coroborat cu art. 19- 49 din H.G. nr. 867/2016, conchide contestatoarea.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și cele menționate în cuprinsul documentului. În dovedire au fost depuse înscrisuri.

Prin adresele nr. … și nr. … din …, în considerarea prevederilor art. 15 din Legea nr. 101/ 2016, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei competenței sale materiale de a soluționa contestația, raportat la prevederile art. 12 alin.(1) din Legea nr. 101/2016 și dispozițiile Legii nr. 213/1998, Legii nr. 215/2001, precum și cele ale Hotărârilor Consiliului local al municipiului … nr. 133/2018 și nr. 868/2018.

Ca răspuns, prin adresa nr. 511/23.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. …, SC ... SRL a solicitat respingerea excepției necompetenței materiale a C.N.S.C., astfel:

- invocă prevederile Legii nr. 101/2016, respectiv cele ale art. 12 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. c) pct. iv, și susține că, potrivit acestora, C.N.S.C. este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor de concesiune de servicii;
- în opinia sa, „a califica corect un contract nu înseamnă a te raporta la actul normativ invocat de autoritate, ci a analiza dispozițiile Uniunii Europene și a identifica aplicabilitatea lor în speță", apreciază contestatoarea;
- solicită respingerea „excepției necompetenței funcționale" a C.N.S.C., considerând că acesta este competent să judece contestația.

Prin adresa nr. 273359/452/23.05.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, ... a solicitat admiterea excepției necompetenței materiale a C.N.S.C., considerând competente „instanțele de drept comun" deoarece:

- prin raportare la dispozițiile art. 3 din Legea nr. 101/2016, precum și pe cele ale art. 5 din Legea nr. 100/2016, Consiliul nu este

competent deoarece obiectul contractului îl constituie închirierea unui anumit teren către un operator economic, în vederea amplasării unui panou publicitar, în schimbul achitării unei chirii;

- în cazul de față nu este vorba despre un contract de prestări servicii sau contract de concesiune servicii, deoarece operatorul economic nu prestează un serviciu către autoritatea contractantă;

- menționează că închirierea respectivă este guvernată de următoarele acte normative: Legea nr. 185/2013, HCL nr. 133/2018, HCL nr. 868/2018, Codul civil, Legea nr. 213/1998 și Legea nr. 215/2001.

În concluzie, ... susține că închirierea nu este niciuna dintre procedurile de atribuire prevăzute de Legea nr. 98/2016 sau legea nr. 100/2016, iar contractul care urmează să fie încheiat nu are natura unui contract de achiziție publică.

Față de cele de mai sus, afirmă că publicarea unui anunț la sediul Primăriei municipiului …, nu se încadrează în prevederile art. 68 din Legea nr. 98/2016, fiind o procedură pentru care C.N.S.C. nu are competență materială.

Din înscrisurile aflate la dosar, Consiliul stabilește următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație publică privind ***„...,*** prin publicarea unui anunț la sediul Primăriei municipiului ....

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu prioritate asupra excepției invocată, din oficiu, privind lipsa competenței materiale a C.N.S.C. în soluționarea cauzei și declinarea soluționării acesteia către instanța de judecată competentă potrivit legii, respectiv TRIBUNALUL ….

În acest sens, apreciază că nu va putea reține afirmațiile SC ... SRL cu privire la incidența ,,art. 9 din Regulamentul de amplasare și autorizare a mijloacelor de publicitate pe raza municipiului …, aprobat prin Hotărârea Consiliului Local nr. 133/2018'' deoarece articolul în cauză menționează o serie de modalități alternative pe care ... le poate utiliza în cazul exploatării amplasamentelor aferente panourilor publicitare: concesionare sau închiriere sau asociere în participație.

Având în vedere că în speța de față ... a ales să utilizeze modalitatea ,,închiriere'', în analiza excepției analizate, Consiliul apreciază ca incidente următoarele prevederi legale:

- 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, potrivit prevederilor prezentei legi*";

- art. 3 alin. (1) lit. a) din aceeași lege, care definește actul autorității contractante ca fiind *„orice act, orice operaţiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii*

prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, cu modificările şi completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, cu modificările şi completările ulterioare";

- art. 12 alin. (1) din actul normativ invocat, potrivit căruia *„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)";*

- art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căruia *„Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile prevăzute la art. 7 alin. (5), sunt următoarele: a) licitația deschisă; b) licitația restrânsă; c) negocierea competitivă; d) dialogul competitiv; e) parteneriatul pentru inovare; f) negocierea fără publicare prealabilă; g) concursul de soluții; h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice; i) procedura simplificată";*

- art. 29 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, (Paragraful 4 Exceptări specifice pentru contractele de servicii) potrivit căruia *„Prezenta lege **nu** se aplică pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii care au ca obiect**: a) cumpărarea sau închirierea, prin orice mijloace financiare, de terenuri, clădiri existente, alte bunuri imobile ori a drepturilor asupra acestora**"*;

- art. 30 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 100/2016, privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii (Secțiunea a 4a Exceptări aplicabile contractelor de concesiune de servicii) potrivit căruia ,,*Prezenta lege nu se aplică contractelor de concesiune de servicii care au ca obiect: **a) cumpărarea sau închirierea, prin orice mijloace financiare, de terenuri, clădiri existente, alte bunuri imobile ori a drepturilor asupra acestora**''*;

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că obiectul procedurii inițiate de către ... excede dispozițiilor Legii nr. 98/2016, respectiv Legii nr. 100/2016, fiind organizată temeiul dispozițiilor Legii nr. 213/1998, Legii nr. 215/2001, precum și cele ale Hotărârilor Consiliului local al municipiului ... nr. 133/2018 și nr. 868/2018.

Întrucât, în speță, contestația vizează o procedură proprie, exceptată de la aplicarea dispozițiilor Legii nr. 98/2016 și Legii nr. 100/2016, Consiliul nu este competent a o soluționa, deoarece, potrivit dispozițiilor citate în paragrafele anterioare, în competența sa intră strict contestațiile formulate în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016, iar potrivit legislației în vigoare ce face referire la posibilitatea înaintării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională, SC ... SRL nu putea uza de aceasta în speța de față.

Dat fiind că normele de competență *„rațiune materie”* sunt de ordine publică, părțile nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce vizează proceduri exceptate de la prevederile legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice/ sectoriale/ concesiuni.

Față de această situație, Consiliul constată incidența în cauză a următoarelor dispoziții legale:

- 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”;*

- art. 95 pct. 1 din Codul de procedură civilă, conform căruia *„Tribunalele judecă: în primă instanță, toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe”;*

- art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care stipulează că *„Instanţa de contencios administrativ este competentă să soluţioneze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum şi orice litigii legate de încheierea contractului administrativ, inclusiv litigiile având ca obiect anularea unui contract administrativ. Litigiile care decurg din executarea contractelor administrative sunt în competenţa de soluţionare a instanţelor civile de drept comun.”;*

- art. 10 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, potrivit căruia *„Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autorităţile publice locale şi judeţene, precum şi cele care privesc taxe şi impozite, contribuţii, datorii vamale, precum şi accesorii ale acestora de până la 3.000.000 de lei se soluţionează în fond de tribunalele administrativ-fiscale, iar cele privind actele administrative emise sau încheiate de autorităţile publice centrale, precum şi cele care privesc taxe şi impozite, contribuţii, datorii vamale, precum şi accesorii ale acestora mai mari de 3.000.000 de lei se soluţionează în fond de secţiile de contencios administrativ şi fiscal ale curţilor 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 instanţei de la domiciliul sau sediul său. Reclamantul autoritate publică, instituţie publică sau asimilată acestora se adresează exclusiv instanţei de la domiciliul sau sediul pârâtului”.*

Rezultă că, în cauză, nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 contestatoarea are posibilitatea ca împotriva actului considerat nelegal în cadrul unei proceduri de achiziție de tipul celei în cauză, să se adreseze instanței de contencios administrativ, competentă potrivit legii.

Drept pentru care, raportat la dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016, ce prevăd completarea dispozițiilor actului ante menționat cu cele de drept comun în lipsa unor dispoziții exprese, coroborate cu dispozițiile art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, dată fiind excepția lipsei sale de competență materială în soluționarea contestației, invocată din oficiu, Consiliul urmează să transmită contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competente.

Date fiind cele ce preced, Consiliul urmează a face aplicarea art. 95 pct. 1 Cod procedură civilă, coroborat cu art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și va declina competența de soluționare a contestației formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu ..., către TRIBUNALUL ….

Raportat la cele stabilite mai sus, Consiliul nu va mai proceda la cercetarea fondului cauzei.

Prezenta decizie nu este supusă niciunei căi de atac, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei competenței materiale a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, invocată din oficiu și declină soluționarea contestației formulată de către SC ... SRL, cu sediul în …, în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., …, către TRIBUNALUL ….

Dispune trimiterea dosarului către această instanță judecătorească.

Fără cale de atac.

.