CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 31/23.03.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12173/26.03.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., formulată împotriva deciziei de respingere, ca neconformă, a ofertei sale, emisă de SC ... SRL, cu sediul în ..., în calitate de organizatoare a procedurii de selecție de oferte pentru achiziția „Creare site web cu magazin online și creare brand”, s-a solicitat Consiliului clarificarea aspectelor privind rezultatul procedurii de atribuire.

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

Prin contestația formulată, SC ... SRL, în contradictoriu cu SC ... SRL, în calitate de organizatoare a procedurii de selecție de oferte pentru achiziția „Creare site web cu magazin online și creare brand”, critică decizia de respingere, ca neconformă, a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 7242/27.02.2018, solicitând clarificarea aspectelor privind rezultatul procedurii de atribuire, deoarece nu este în măsură să clarifice situația, respectiv:

1. În dosarul cererii de oferta nr. ..., la pag. 10, se menționează: *„Ofertanții au domeniul de activitate principal sau secundar înscris în certificatul ONRC (coduri CAEN autorizate) care răspunde cererii de oferte și anume:*

- CAEN 6201 Activități de realizare a software-ului la comandă (software orientat client) și 6312 Activități ale portalurilor web, sau Similare, pentru realizare site web cu magazin online”.

• La acest punct contestat, SC ... SRL răspunde că: *„Nu există nicio precizare în dosarul cererii de ofertă sau în Instrucțiunile de*

achiziții pentru beneficiarii privați ai PNDR - versiunea 03, conform căreia ofertanții vor putea substitui codurile CAEN solicitate, prin alte coduri CAEN în baza sintagmei "sau similare". Această sintagmă acoperă doar situațiile în care ofertanții provin din alte jurisdicții, în speță ofertanți persoane juridice străine care provin din țări în care activitățile economice pot avea alte codificări”.

Contestatoarea consideră că acest răspuns nu este întemeiat, întrucât trebuia precizat foarte clar în dosarul cererii de ofertă.

2. Câștigătorul acestei proceduri este ..., o persoană fizică, nu o persoana juridică, respectiv un SRL, II, PFA, etc., față de care contestatoarea nu știe dacă „are coduri CAEN autorizate?”.

Prin adresele nr. ... și nr. ..., Consiliul pune în discuția părților excepția privind inadmisibilitatea contestației, în considerarea prevederilor art. 6 alin. (1) lit. b) și alin. (10) din Legea nr. 101/2016, și excepția privind tardivitatea contestației, în considerarea prevederilor art. 6 alin. (1) lit. b) și alin. (4), art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, solicitând un punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației și la excepția tardivității contestației.

Prin adresa nr. 7334/29.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 12622/28.03.2018, SC ... SRL răspunde solicitării Consiliului, considerând contestația înaintată SC ... SRL ca fiind inadmisibilă, motivat de faptul că nu este reglementată de Legea nr. 101/2016, deoarece procedura de achiziții contestată nu este achiziție publică, iar SC ... SRL nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul Legii nr. 98/2016.

În acest sens, SC ... SRL precizează următoarele:

- contestația formulată de SC ... SRL se referă la rezultatul procedurii de achiziții pentru beneficiari privați ai PNDR prin selecție de oferte, având denumirea „Creare site web cu magazin online și creare brand” din cadrul proiectului „Investiție inițială pe schema GBER (4.2) privind extinderea capacității de producție la SC ... SRL ...”, contract de finanțare nr. ..., încheiat între Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale (A.F.I.R.) și SC ... SRL;

- procedura de selecție de oferte a fost derulată online pe site-ul A.F.I.R. (www.afir.info), în baza invitației de participare nr. ... și a dosarului cererii de oferte nr. ..., cu respectarea prevederilor Manualului de achiziții pentru beneficiari privați și Instrucțiunilor de achiziții pentru beneficiari privați ai PNDR 2014 - 2020, accesibile public pe site-ul www.afir.info;

- SC ... SRL a depus ofertă în cadrul procedurii, iar, în urma evaluării ofertelor depuse, oferta acestuia a fost declarată neconformă. Rezultatul evaluării a fost comunicat prin notificarea nr. 7242/27.02.2018, la care ofertantul a încărcat online contestația nr. 16/06.03.2018. Aceasta a fost respinsă de SC ... SRL, prin raportul de soluționare a contestației nr. 7275/09.03.2018, iar decizia de atribuire a contractului a fost menținută. În finalul Raportului se menționează: *„În*

conformitate cu Instrucțiunile de achiziții pentru beneficiari privați ai PNDR 2014 - 2020, Versiunea 03, în cazul în care contestatarul nu este mulțumit nici de rezultatul Raportului de soluționare a contestației, acesta are dreptul de a se adresa justiției, în condițiile legii contenciosului-administrativ dar beneficiarul privat va avea dreptul de a încheia contractul cu ofertantul câștigător”;

- conform prevederilor de pe site-ul www.afir.info (Acasă» Informații Generale » INFORMAȚII UTILE » ACHIZIȚII beneficiari privați PNDR): *„Pentru achiziționarea de servicii, bunuri sau lucrări, beneficiarii privați ai PNDR au posibilitatea de a opta pentru una din variantele de mai jos:*

1. Procedurile de achiziții se vor desfășura prin aplicarea instrucțiunilor aferente Manualului de Achiziții pentru beneficiari privați.

2. Procedurile de achiziții se vor desfășura prin aplicarea legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, conform Legii 98/2016, privind achizițiile publice.

În cazul în care se optează pentru varianta 2 (aplicarea legislației naționale), beneficiarii privați vor respecta cerințele AFIR impuse prin "Instrucțiunile privind achizițiile publice pentru beneficiarii PNDR" (volumul 1 al Manualului de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR) și vor aplica procedurile de licitație în funcție de pragurile valorice impuse prin legislația națională, respectând condițiile de publicare a invitațiilor sau a anunțurilor de participare de pe pagina Sistemului Electronic de Achiziții publice SEAP - www.e-licitație.ro (...)

După semnarea contractelor de finanțare și înaintea organizării primei licitații de achiziții, beneficiarii privați care doresc să aplice legislația națională în domeniul achizițiilor publice vor solicita AFIR aprobarea unui act adițional pentru înlocuirea Anexei IV cu „Instrucțiunile privind achizițiile publice pentru beneficiarii PNDR"”.

SC ... SRL învederează că a optat pentru varianta 1 de mai sus și derulează achizițiile conform Instrucțiunilor de achiziții pentru beneficiari privați ai PNDR, anexă la contractul de finanțare.

Prin adresa nr. 39/29.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 12794/29.03.2018, SC ... SRL răspunde solicitării Consiliului, invocând Instrucțiunile de achiziții pentru beneficiarii privați ai PNDR 2014 - 2020, Anexa IV la Contractul de Finanțare, Volumul 1, M 0103, Versiunea 03, instrucțiuni cărora se supune achiziția organizată de SC ... SRL, respectiv: *„În cazul în care contestatarul nu este mulțumit nici de rezultatul Raportului de soluționare a contestației acesta are dreptul de a se adresa justiției, în condițiile legii contenciosului-administrativ, dar beneficiarul privat va avea dreptul de a încheia contractul cu ofertantul câștigător. În perioada de soluționare a contestațiilor de către beneficiarul privat se suspendă procesul de verificare și avizare a documentației de achiziții de către OJFIR/CRFIR”*.

În acest sens, SC ... SRL precizează că se consideră îndreptățită în a se adresa CNSC în soluționarea acestei contestații, menționând că nu

a primit comunicare privind rezultatul contestației către SC ... SRL, cum era normal, ci doar raportul de soluționare a contestației nr. 7275/09.03.2018, încărcat în sistemul de achiziții al AFIR.

Prin adresa nr. ..., în temeiul art. 15 alin. (1) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și al art. 14 alin. (5) și art. 22 alin. (2) C. proc. civ., Consiliul solicită SC ... SRL un punct de vedere față de excepția lipsei de competență materială a Consiliului în soluționarea contestației, invocată de autoritatea achizitoare.

SC ... SRL răspunde solicitării Consiliului, prin adresa nr. 41/04.04.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 13866/05.20.18, reiterând aspectele comunicate prin adresa nr. 39/29.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 12794/29.03.2018.

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

SC ... SRL a inițiat procedura de selecție de oferte pentru achiziția „Creare site web cu magazin online și creare brand", pe site-ul A.F.I.R. (www.afir.info), în baza invitației de participare nr. 7035/23.01.2018 și a dosarului cererii de oferte nr. ..., cu respectarea prevederilor Manualului de achiziții pentru beneficiari privați și Instrucțiunilor de achiziții pentru beneficiari privați ai PNDR 2014 - 2020, accesibile public pe site-ul www.afir.info, valoarea eligibilă fiind de 127.092,00 euro, fără TVA.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *„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*", Consiliul va analiza excepția lipsei de competență materială în soluționarea contestației, invocată de autoritatea achizitoare, prin adresa nr. 7334/29.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 12622/28.03.2018.

Trecând la analiza contestației și cercetând competența sa în soluționarea litigiului, Consiliul reține că art. 2 alin. (1) din lege dispune că *„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 notat 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 organizatoarea procedurii, SC ... SRL 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 licitații.

În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că, conform datelor puse la dispoziție pe site-ul www.afir.info, selecția de oferte pentru achiziția „Creare site web cu magazin online și creare brand” face parte din Proiectul „Investiție inițială pe schema GBER (4.2) privind extinderea capacității de producție la SC ... SRL ...”, finanțat prin PNDR, Schema de ajutor de stat GBER Stimularea dezvoltării regionale prin realizarea de investiții pentru procesarea și marketingul produselor agricole în vederea obținerii de produse neagricole, aferente submăsurii 4.2 - Sprijin pentru investiții în procesarea/marketingul produselor agricole, contract de finanțare: ..., cu respectarea prevederilor Manualului de achiziții pentru beneficiari privați și Instrucțiunilor de achiziții pentru beneficiari privați ai PNDR 2014 – 2020.

Conform informațiilor puse la dispoziție pe site-ul www.afir.info, *„Pentru achiziționarea de servicii, bunuri sau lucrări, beneficiarii privați ai PNDR au posibilitatea de a opta pentru una din variantele de mai jos:*

1. Procedurile de achiziții se vor desfășura prin aplicarea instrucțiunilor aferente Manualului de Achiziții pentru beneficiari privați - click pentru detalii

2. Procedurile de achiziții se vor desfășura prin aplicarea legislației naționale în domeniul achizițiilor publice, conform Legii 98/2016, privind achizițiile publice.

În cazul în care se optează pentru varianta 2 (aplicarea legislației naționale), beneficiarii privați vor respecta cerințele AFIR impuse prin „Instrucțiunile privind achizițiile publice pentru beneficiarii PNDR" (volumul 1 al Manualului de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR) și vor aplica procedurile de licitație în funcție de pragurile valorice impuse prin legislația națională, respectând condițiile de publicare a invitațiilor sau a anunțurilor de participare de pe pagina Sistemului Electronic de Achiziții publice SEAP - www.e-licitație.ro”.

În cadrul Instrucțiunilor de achiziții pentru beneficiari privați ai PNDR 2014 – 2020, în cadrul cap. 4.4. Adjudecarea contractelor de achiziții, subcap. „Soluționarea contestațiilor”, se precizează că:

„Orice ofertant nemulțumit de rezultatul procesului de adjudecare are dreptul de a depune contestație către beneficiarul privat on-line pe site-ul www.afir.info.

...

În cazul primirii unei contestații beneficiarul privat are obligația de a numi prin hotărâre/decizie o comisie de soluționare a contestației formată obligatoriu din alți membri decât cei care au făcut parte din comisia de evaluare. Comisia va analiza și soluționa contestația în termen de maxim 10 zile lucrătoare de la primirea acesteia, care se va finaliza printr-un Raport de soluționare a contestației.

...

În cazul in care contestatarul nu este mulțumit nici de rezultatul Raportului de soluționare a contestației acesta are dreptul de a se adresa justiției, în condițiile legii contenciosului-administrativ ...”.

Astfel, rezultă că procesul de achiziție în discuție nu a fost inițiat printr-un anunț de participare publicat în SEAP, așa cum este obligatoriu în cazul unei proceduri de atribuire organizate în condițiile prevăzute de Legea nr. 98/2016, constatându-se că autoritatea contractantă nu a organizat niciuna din procedurile de atribuire enumerate la art. 68 din actul normativ invocat.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„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)”*.

Procedând la verificarea competenței sale materiale în soluționarea prezentei contestații, Consiliul constată că nu este competent a o soluționa, deoarece, potrivit dispozițiilor anterior citate, în competența sa intră contestațiile formulate în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016, iar potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, ce fac referire la posibilitatea înaintării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională, SC ... SRL nu putea uza de calea administrativ-jurisdicțională de atacare a actelor emise de autoritatea organizatoare.

Pe de altă parte, față de dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004, achizițiile publice sunt asimilate actului administrativ și prin urmare sunt supuse controlului judecătoresc al instanțelor de contencios – administrativ, astfel încât, în mod evident, contestatoarea are posibilitatea ca, împotriva actului considerat nelegal în cadrul unei proceduri de achiziție publică de tipul celei în cauză, să se adreseze instanței de contencios administrativ, competentă potrivit legii.

Nu în ultimul rând, este de reținut că excepția de necompetență 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.

Văzând cele de mai sus și luând în considerare dispozițiile:

- art. 12 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora

„(1) 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).”

„(2) 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."

„(3) Decizia de declinare a competenței Consiliului nu este supusă niciunei căi de atac, dosarul fiind trimis de îndată instanței de judecată competente ori, dacă este cazul, unui alt organ cu activitate jurisdicțională competent."

- art. 68 din Legea nr. 101/2016, care stipulează că *„Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare.";*

- art. 2 din Codul de procedură civilă, care stipulează că *„Dispozițiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă. De asemenea, dispozițiile prezentului cod se aplică și în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare*";

- art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 prin care achizițiile publice sunt asimilate actelor administrative;

- art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care stipulează că *„Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ*";

- art. 10 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, potrivit 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 1.000.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale (...), rezultă că, în cauză, nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 privitor la soluționarea contestațiilor, competența materială aparține tribunalului, secția contencios administrativ de la sediul autorității contractante.

Drept pentru care, raportat la dispozițiile art. 12 din Legea nr. 101/2016, constatând lipsa de competență materială a sa în soluționarea cauzei, Consiliul va trimite dosarul la instanța competentă.

Față de cele expuse mai sus, raportat la dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 ce prevăd aplicabilitatea dispozițiilor Legii nr. 554/2004, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare, coroborate cu dispozițiile 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 ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicțională competent",* Consiliul va admite excepția de necompetență materială a sa privind soluționarea contestației, invocată de autoritatea achizitoare și, ținând cont de dispozițiile art. 10 din

Legea nr. 554/2004, raportat la natura litigiului, tipul de autoritate emitentă a actului atacat și sediul acesteia, constată că Tribunalul Timiș - Secția de contencios administrativ și fiscal are competența materială privind soluționarea cauzei, astfel că va declina cauza către instanța de judecată, soluție care, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu este supusă niciunei căi de atac.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 12 coroborate cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, declină competența de soluționare a contestației formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea achizitoare SC ... SRL, în favoarea Tribunalului Timiș - Secția de contencios administrativ și fiscal.

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către această instanță judecătorească, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Fără cale de atac.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactat în ... exemplare originale, conține ... pagini.