CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., SC ..... SRL, cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal de ..., în calitate de director, privind atribuirea, prin cumpărare directă, a contractului de lucrări având ca obiect „Reparații imobil, ..., B-dul Al. I. Cuza, nr. 221”, cod CPV 45261210-9, organizată de ..., cu sediul în municipiul .....,....., contestatorul a solicitat:

- anularea procedurii de atribuire către ofertantul..... a contractului de achiziție publică a obiectivului de investiții „Reparații imobil B-dul Al. I. Cuza, nr. 221”;
- declararea SC ..... SRL drept câștigătoarea procedurii.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă procesul verbal privind desemnarea câștigătorului procedurii de atribuire din data de 27.09....., despre care a luat la cunoștință la data de 28.09....., conform comunicării nr. 18427/28.09.....

În fapt, contestatorul arată că la data de 22.09..... a fost organizată, de către....., procedura de achiziție publică intitulată „Reparații imobil B-dul Al. I. Cuza, nr. 221”, cod CPV 45261210-9, prin metoda cererii de oferte.

Contestatorul menționează că, prin adresa nr. 18427/28.09....., i-a fost adus la cunoștință faptul că oferta depusă de ... SRL ..... a fost desemnată câștigătoare, iar din oferta sa lipsesc următoarele cerințe:

- responsabilul cu execuția,
- lipsa calificare tinichigiu,
- din contractele de lucrări prezentate ca și lucrări similare nu reiese execuția de reparații învelitori tablă.

Cu privire la desemnarea ofertei depusă de ... SRL ..... ca fiind câștigătoarea procedurii, contestatorul consideră că selecția acestei societăți s-a făcut ilegal, întrucât..... nu a făcut dovada depunerii garanției de participare, în sensul că a depus la dosarul de documentație un bilet la ordin, care din punct de vedere legal nu este un act de garanție.

Astfel, contestatorul arată că potrivit Legii 58/1934 actualizată, biletul la ordin este un act de credit comercial și nicidecum un act de garanție chiar dacă este avalizat.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că documentele de garanție care trebuiau depuse au fost specificate la cap. III.1.1.a), care stipulează: ”Forma de constituire a garanției de participare: virament bancar în contul ...4 deschis la Trezoreria ....., beneficiar ..., cod fiscal ..., se prezintă O.P confirmat de banca emitentă, copia documentului, sau instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, care se prezintă în original în cuantumul și pentru perioada de valabilitate prevăzută mai sus”.

Prin urmare, contestatorul susține că..... a prezentat un bilet la ordin care nu se încadrează în condițiile enunțate anterior și nici în legislația legală în vigoare, respectiv Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și HG nr. 395/2016 de aprobare a Normelor metodologice de aplicare a Legii 98/2016.

Astfel, contestatorul precizează că, potrivit fișei de date a achiziției, ofertantul trebuia să depună o garanție în valoare de 2500 lei, sub forma unui Ordin de plată, confirmat de bancă, sau un instrument de garantare emis de o societate de asigurări sau de o societate bancară.

De asemenea, contestatorul precizează că biletul la ordin nu este un titlu de garanție, ci un credit comercial.

În ceea ce privește lipsurile din oferta sa, ce au fost reclamate de autoritatea contractantă, contestatorul menționează că a făcut precizările necesare în termen legal.

Astfel, contestatorul arată că depus documente cu privire la responsabilul tehnic cu execuția, în anunțul de publicitate nr. 120328 din data de ....., nefăcându-se referire la alte condiții ce trebuie să le îndeplinească responsabilul tehnic.

Cu privire la persoana pentru care s-a solicitat calificarea de tinichigiu, contestatorul precizează că profesia de lăcătuș construcții metalice și navale este superioară profesiei de tinichigiu și face parte din Grupa minoră 721 – Turnători, tinichigii-cazangii, sudori, formatori și asimilați din codul ”Clasificarea ocupațiilor din România”, grupă din care face parte și profesia de tinichigiu.

În privința experienței similare, contestatorul susține că a depus toate actele necesare prin care a dovedit participarea la lucrări de achiziție publică mult mai complexe.

Totodată, contestatorul menționează că, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 101/2016, a formulat la data de ..... notificare prealabilă, iar aceasta a fost respinsă la data de 03.10..... fără motivare.

Cu toate că a formulat notificare prealabilă, contestatorul învederează faptul că ofertantul declarat câștigător a început execuția contractului, în mod ilegal.

Prin adresele nr.....-...../12.10..... și nr.....-...../12.10....., Consiliul a pus în discuția părților excepția privind lipsa competenței materiale a C.N.S.C.

La această solicitare, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 19685/13.10....., înregistrată la Consiliu sub nr. 43193/13.10....., precizând că în conformitate cu dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor, ori în cazul de față s-a organizat o cumpărare directă, astfel că Tribunalul ..... este competent să soluționeze contestația.

De asemenea, în aplicarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă consideră că SC ..... SRL nu a formulat contestația în termenul legal de 5 zile de la data la care a primit răspunsul la notificare, astfel încât înțelege să invoce excepția tardivității contestației.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă înțelege să invoce această excepție și raportat la prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, întrucât contestatorul nu a înaintat și către instituția sa contestația, așa cum prevede dispozițiile legale arătate anterior.

Față de cele antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardiv formulată.

În ceea ce privește răspunsul contestatorului, Consiliul reţine că adresa nr. 43044/.....-...../12.10..... a fost comunicată acestuia iniţial prin e-mail, în data de 12.10....., conform raportului de transmitere e-mail aflat la dosarul cauzei şi apoi prin poştă, însă până la data emiterii prezentei decizii, contestatorul nu a comunicat niciun punct de vedere referitor la excepţia invocată, termenul de transmitere a acestui punct de vedere fiind de 48 de ore de la primirea adresei CNSC.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat atribuirea, prin achiziție directă, a contractului de lucrări, având ca obiect „Reparații imobil, ..., B-dul Al. I. Cuza, nr. 221”, cod CPV 45261210-9, prin publicarea în SEAP a anunțului publicitar nr. ..., valoarea estimată, fără TVA, fiind de 125.000,00 lei.

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 din oficiu.

*alin. (5)*În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei, lucrările ce constituie obiectul contractului ce urmează a se încheia, respectiv „Reparații imobil, ..., B-dul Al. I. Cuza, nr. 221", urmează a fi atribuit prin intermediul unei achiziții directe, așa cum este aceasta prevăzută de art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 („Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse sau servicii în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică decât 132.519 lei, respectiv lucrări, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică decât 441.730 lei") și nu printr-o procedură de atribuire de tipul celor prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 („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) licitaţia 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 şi al altor servicii specifice; i) procedura simplificată").

Astfel, din documentele aflate la dosarul cauzei rezultă că procesul de achiziție în discuție nu a fost inițiat printr-un anunț de participare publicat în SEAP (de tipul celor prevăzute de art. 72 – licitație deschisă, art. 77 – licitația restrânsă, art. 81 – negocierea competitivă, art. 87 – dialog competitiv, art. 96 – parteneriatul pentru inovare, art. 111 – servicii sociale și alte servicii specifice, art. 113 – procedura simplificată), 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 şi funcţionare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)"*.

Procedând la verificarea competenței sale materiale în soluţionarea 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 contractantă.

Pe de altă parte, față de dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004, achizițiile publice sunt asimilate actului administrativ şi 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, care, conform dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, este competent să soluționeze contestații cu privire la 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 tine seama de alegerea de către contestatoare a atacării la Consiliu a achiziției în cauză.

De altfel, și în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016, aflată pe site-ul Camerei Deputaților (http://www.cdep.ro/proiecte/2016/000/10/9/em19.pdf) se arată că sunt excluse din domeniul de aplicare a legii achizițiile directe, pentru acestea fiind incidente regulile dreptului comun.

Văzând cele de mai sus şi luând în considerare dispoziţiile:

- art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Consiliul este competent să soluţioneze contestaţiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare şi funcţionare aprobat potrivit art. 37 alin. (2)”;*
- art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Contestaţiile care nu intră în competenţa de soluţionare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanţa de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicţională competent”.*
- art. 231 din Legea nr. 98/2016, care stipulează că *„În măsura în care prezenta lege nu prevede altfel, sunt aplicabile dispoziţiile dreptului comun”;*
- art. 2 din Codul de procedură civilă, care stipulează că *„Dispoziţiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă. De asemenea, dispoziţiile prezentului cod se aplică şi în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziţii contrare*”;
- 132 alin. (1) din Codul de procedură civilă, potrivit căruia *„Când în faţa instanţei de judecată se pune în discuţie competenţa acesteia, din oficiu sau la cererea părţilor, ea este obligată să stabilească instanţa judecătorească competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicţională competentă”;*
- art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 prin care achiziţiile publice sunt asimilate actelor administrative;

- 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, modificarea, interpretarea, executarea şi încetarea contractului administrativ*";
- 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 1.000.000 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 1.000.000 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*", rezultă că, în cauză, nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 privitor la soluţionarea contestaţiilor, competenţa materială aparţine Tribunalului, secţia contencios administrativ de la sediul autorității contractante.

Drept pentru care, raportat la dispoziţiile art. 231 din Legea nr. 98/2016, ce prevăd aplicabilitatea dispoziţiilor de drept comun în lipsa unor dispoziţii exprese ale legii, coroborate cu dispoziţiile art. 132 alin. (3) din Noul Cod de procedură civilă, constatând lipsa de competenţă materială a sa în soluţionarea cauzei, Consiliul va trimite dosarul la instanţa competentă.

În consecinţă, raportat la dispoziţiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 ce prevăd aplicabilitatea dispoziţiilor Legii nr. 554/2004, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare, coroborate cu dispoziţiile art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „Contestaţiile care nu intră în competenţa de soluţionare a Consiliului sunt declinate de acesta, prin decizie, către instanţa de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicţională competent", Consiliul va admite excepţia de necompetenţă materială a CNSC privind soluţionarea contestaţiei, invocată din oficiu, şi, ţinând cont de dispoziţiile art. 10 din Legea nr. 554/2004, raportat la natura litigiului, tipul de autoritate emitentă a actului atacat şi sediul acesteia, constată că, în cauză, TRIBUNALUL ..... - SECŢIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL are competenţa materială privind soluţionarea litigiului, astfel că va declina cauza către instanţa de judecată, soluţie care, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu este supusă niciunei căi de atac.

Soluţia declinării cauzei se impune, fiind în deplină concordanţă cu art. 21 alin. (1) din Constituţia României, republicată, şi cu art. 6 paragr. 1 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, ratificată prin Legea nr. 30/1994, permiţând accesul neîngrădit şi efectiv al contestatorului la judecarea cauzei de către instanţa judiciară competentă. Respingerea contestaţiei ca inadmisibilă sau ca greşit îndreptată nu constituie o opţiune legală, câtă vreme art. 12

alin. (2) din Legea nr. 101/2016 şi art. 132 C. proc. civ. obligă prioritar Consiliul să stabilească instanţa competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicţională competent, căruia să îi transmită contestaţia, iar nu să o respingă ca inadmisibilă sau ca greşit îndreptată.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi 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 și cu prevederile art. 132 alin. (1) din noul Cod de procedură civilă, declină competența de soluționare a contestației formulată de către SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., în favoarea TRIBUNALULUI ..... - SECŢIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL.

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către această instanță judecătorească, potrivit art. 132 alin. (3) din noul Cod de procedură civilă.

Fără cale de atac.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

...