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. 14 alin. (2) 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. ..., transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., formulată de ..., cu sediul social în str. .... acesta din urmă fiind sediul ales unde urmează să i se transmită comunicările privind soluționarea contestației, prin avocații ...., în baza împuternicirii avocațiale ...., depusă în original la dosarul cauzei, împotriva „măsurilor nelegale" adoptate de către ..., cu sediul în ... în calitate de beneficiar privat al unei finanțări europene, organizator al procedurii pentru atribuirea contractului de lucrări, având ca obiect *„..."*, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea rezultatului procedurii, respectiv a adresei nr. ..., precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea *„autorității contractante"* la reevaluarea ofertei ...;
- obligarea *„autorității contractante"* la reevaluarea ofertei ...;
- obligarea *„autorității contractante"* la emiterea unui nou raport al procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a criteriului de atribuire exclusiv ofertelor declarate admisibile;
- obligarea *„autorității contractante"* la plata tuturor cheltuielilor ocazionate cu prezenta contestație.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația depusă, ..., a formulat contestație împotriva *„măsurilor nelegale"* adoptate de către ..., în calitate de organizator al procedurii de atribuire a contractului de lucrări, având ca obiect „...", inițiată prin transmiterea spre publicare în sistemul electronic

de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, a anunțului de participare la data de ...., solicitând Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

De asemenea, contestatoarea a solicitat accesul la dosarul achiziției *„publice”*.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat ... să comunice documentele care îi dovedesc calitatea de autoritate contractantă, în sensul prevederilor art. 4 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. ...., ... a comunicat faptul că *„în calitate de operator economic privat beneficiar al unei finanțări europene nerambursabile cu o valoare mai mare de ... lei, respectiv Contractul de finanțare .... procedează în prezent la efectuarea demersurilor legale pentru construirea unui terminal logistic trimodal care sintetizat constă întro hală industrială care va avea acces naval pentru barje prin intermediul unui canal navigabil (în interiorul halei), precum și acces auto și feroviar și diverse facilitați logistice pentru încărcarea/descărcarea și depozitarea mărfurilor.*

În acest sens, calitatea de autoritate contractantă a subscrisei a rezultat în raport cu dispozițiile art. 6 din Legea nr. 98/2016, respectiv contractul este finanțat în mod direct, în proporție de mai mult de 50% din valoarea acestuia de către o autoritate contractantă (Comisia Europeană), valoarea estimată, fără TVA, a contractului este egală sau mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a) din lege iar contractul include una dintre activitățile menționate la alin. (2) al art. 6), cu precizarea că, aceleași considerente sunt îndeplinite și raportat la dispozițiile similare ale O.U.G. nr. 34/2006 care a stat la baza organizării procedurii de atribuire ce face obiectul contestației ....

Pe de altă parte, pornind de la specificitatea acestui obiectiv de investiții având o complexitate tehnică care nu s-a mai regăsit în cadrul altor obiective de investiții realizate în România în ultimii 10 ani, în condițiile în care organizarea unei singure proceduri de atribuire ar fi reprezentat un obstacol de netrecut pentru majoritatea antreprenorilor de construcții, subscrisa am luat decizia, în acord cu partenerii europeni de a aborda în mod etapizat construirea acestui obiectiv de investiții pornind de la considerentul că, spre exemplu, lucrările de infrastructură de cale ferată presupun autorizarea A.F.E.R., lucrările hidrotehnice impun de asemenea o autorizare specifică, lucrările de săpătură/umplutură controlată se adresează unor antreprenori specializați, etc.

Astfel, fiecare dintre aceste categorii de lucrări specifice au fost extrase din proiectul general al investiției și au fost abordate pe faze de lucrări, prin organizarea unor proceduri de licitație deschisă cu publicare în J.O.U.E. deși valoarea estimată a respectivelor lucrări era mai mică decât plafonul stabilit de lege, pe considerentul că

valoarea întregului obiectiv de investiții depășește pragul de 10 mil euro și pentru a se evita/contracara potențiale critici de divizare a valorii contractului în vederea aplicării unor proceduri de atribuire simplificate”.

Având în vedere cele de mai sus, ... apreciază ca fiind competent Consiliul în soluționarea contestației formulată de ....

Prin adresele nr. .... Consiliul a pus în discuția părților, excepția de necompetență materială a sa, în soluționarea contestației depuse, prin raportare la prevederile art. 12 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 4 și art. 6 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, solicitând acestora punctul de vedere cu privire la excepția invocată, respectiv, asupra declinării cauzei către instanța judecătorească competentă ....

Prin adresa nr. adresa nr. ...., ... a reluat cele precizate în adresa nr. ..., ... și a solicitat respingerea excepției și reținerea dosarului spre soluționare.

Prin adresa nr. ...., ... a precizat că, în conformitate cu dispozițiile legale, Consiliul este competent să soluționeze contestația în cauză.

În completarea adreselor Consiliului nr. ...., Consiliul a pus în discuția părților, excepția de necompetență materială a sa, în soluționarea contestației depuse, prin raportare la prevederile art. 12 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile similare, potrivit cărora beneficiarii privați care achiziționează lucrări aplică prevederile Ordonanței 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, dacă sunt îndeplinite cumulativ condițiile art. 9 lit. c) prevăzute în Procedura simplificată aplicată de beneficiarii privați în cadrul proiectelor finanțate din instrumente structurale, obiectivul „Convergență”, precum și în cadrul proiectelor finanțate prin mecanismele financiare SEE și norvegian pentru atribuirea contractelor de furnizare, servicii sau lucrări, din 15.10.2013, aprobată prin Ordinul ministrului fondurilor europene nr. 1120/2013, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție (24.05.2016), ținând cont de pragul valoric de 5.000.000 euro, fără TVA, precum și cu punctul 10 din Instrucțiunea aferentă Ordinului ministrului fondurilor europene nr. 1.120/2013 privind aprobarea Procedurii simplificate aplicate de beneficiarii privați în cadrul proiectelor finanțate din instrumente structurale, obiectivul „Convergență”, precum și în cadrul proiectelor finanțate prin mecanismele financiare SEE și norvegian pentru atribuirea contractelor de furnizare, servicii sau lucrări din 19.11.2014, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție (24.05.2016).

Totodată, a solicitat punctul de vedere cu privire la excepția invocată, respectiv opinia asupra declinării cauzei către instanța judecătorească competentă, ...

Prin adresa nr. ...., ... a menționat următoarele: *„Referitor la aplicabilitatea în speță a regulamentelor invocate în adresele Dvs. și respectiv a procedurii simplificate aplicată de beneficiarii privați în cadrul proiectelor finanțate din instrumente structurale, obiectivul «Convergență», precum și în cadrul proiectelor finanțate prin mecanismele financiare SEE și norvegian pentru atribuirea contractelor de furnizare, servicii sau lucrări, vă informăm că, în opinia subscrisei acestea nu sunt aplicabile întrucât contractul de finanțare în implementarea căreia s-a derulat procedura de atribuire ce face obiectul contestației nu poate fi încadrat în niciuna dintre aceste categorii, fiind un contract semnat în mod direct cu Comisia Europeană, astfel după cum veți putea constata din parcurgerea înscrisurilor pe care vi le-am pus la dispoziție.*

De asemenea, vă mai informăm că în ceea ce privește prima procedură de atribuire pentru construcția batardoului, Comisia Europeană a finalizat o primă etapă de verificare a proiectului, iar modalitatea de derulare a procedurii de atribuire prin publicarea în S.E.A.P. și în J.O.U.E. a unui anunț de participare a fost apreciată ca fiind satisfăcătoare și recomandată și pentru următoarele faze de derulare ale investiției.

[…]

Referitor la competența materială a Tribunalului Giurgiu, strict în ipoteza în care veți pronunța o încheiere de declinare, vă rugăm să aveți în vedere că, odată ce veți fi reținut că subscrisa nu avem calitatea de autoritate contractantă în sensul O.U.G. nr. 34/2006 și, în mod corelativ nu avem nici obligația de a respecta anumite formalități procedurale sau administrative, pe cale de consecință, nici ... nu are competența de a soluționa contestația ..., în speță impunându-se respingerea contestației ca fiind inadmisibilă."

Până la data prezentei, petenta ... nu a înțeles să răspundă solicitării Consiliului din adresa nr. .....

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

Procedura de *„licitație deschisă"*, desfășurată în conformitate cu cap. III, secțiunea a 2-a din OUG 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, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție (24.05.2016), modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ..., în calitate de *„beneficiar privat al*

unei finanțări europene”, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „...”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. ...., stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost *„cel mai bun raport calitate-preț”* potrivit art. 187 alin. (3) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare (n.n. act normativ care nu era în vigoare la data inițierii procedurii din data de 24.05.2016), valoarea estimată a contractului fiind de ...

Având în vedere prevederile art. 287 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție (24.05.2016), coroborat cu dispozițiile art. 8 și 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”* și ale art. 248 Cod procedură civilă, Consiliul a procedat cu întâietate la verificarea competenței sale în soluționarea contestației cu care a fost investit.

Verificând încadrarea ... în categoria autorităților contractante, astfel cum sunt acestea definite la art. 8 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție (24.05.2016), Consiliul reține că aceasta nu are calitate de autoritate contractantă, aceasta fiind un beneficiar privat al ....

Conform dispozițiilor art. 8 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție (24.05.2016), au calitatea de autoritate contractantă:

„a) oricare organism al statului - autoritate publică sau instituție publică - care acționează la nivel central ori la nivel regional sau local;

b) oricare organism, altul decât unul dintre cele prevăzute la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial și care se află cel puțin în una dintre următoarele situații:

- este finanțat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public;

- se află în subordinea sau este supusă controlului unei autorități contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau unui alt organism de drept public;

- în componența consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia sunt numiți de către o autoritate contractantă,

astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public;

c) oricare asociere formată de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la lit. a), b), d) sau e);

d) oricare întreprindere publică ce desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute la cap. VIII secțiunea 1, atunci când aceasta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități;

e) oricare subiect de drept, altul decât cele prevăzute la lit. a)-d), care desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute la cap. VIII secțiunea 1, în baza unui drept special sau exclusiv, astfel cum este acesta definit la art. 3 lit. k), acordat de o autoritate competentă, atunci când acesta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități".

Consiliul constată că ... a organizat o procedură de achiziție utilizând sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) ca mijloc de electronic de aducere la cunoștință a derulării unei proceduri competitive, menționând în anunțul de participare la punctul I.2) *Tipul autorității contractante și activitatea principală (activitățile principale)* că este *„Operator economic privat beneficiar al unei finanțări europene"*.

Potrivit art. 9 lit. c) 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, în vigoare la data inițierii procedurii de achiziție (24.05.2016) *„Prezenta ordonanță de urgență se aplică pentru:*

[…]

c) atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de lucrări, în cazul în care se îndeplinesc <u>în mod cumulativ</u> următoarele condiții:

- respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;

- valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de <u>5.000.000 euro</u>;".

Având în vedere cele antemenționate, coroborat cu valoarea estimată în sumă de ....rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că în speță entitatea juridică contractantă nu se încadrează nici în prevederile art. 9 lit. c) din OUG nr. 34/2006.

Raporturile juridice dintre entitatea juridică contractantă și ofertanți sunt reglementate de contractul comercial de lucrări, fiind astfel incidente dispozițiile de drept comun.

Față de cele relatate, Consiliul reține că, întrucât ... nu se încadrează nici în categoria autorităților contractante reglementate de art. 8 din OUG nr. 34/2006, nici nu îi sunt aplicabile prevederile art. 9 lit. c) din același act normativ, aceasta nu avea posibilitatea să organizeze o procedură de atribuire în baza respectivelor norme legale, astfel că soluționarea unor eventuale contestații să intre în sfera de competență a Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Potrivit dispozițiilor art. 8 coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent material să soluționeze contestații formulate de operatorii economici care se consideră vătămați prin acte ale autorității contractante, emise în cadrul procedurilor organizate în conformitate cu prevederile legale în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale și concesiunilor, iar în conformitate cu dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea 101/2016, *„Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor […]*", însă fiecare procedură de atribuire, ca etape/pași care trebuie parcurse de către o entitate contractantă și de către candidați/ofertanți pentru ca acordul părților privind angajarea în contractul de achiziție publică/sectorial/ concesiuni să fie considerat valabil sunt detaliate în cadrul normelor legale în vigoare.

Referitor la procedura în cauză, folosirea platformei SEAP pentru aducerea la cunoștința operatorilor economici interesați nu ii conferă ... calitatea de autoritate contractantă în sensul OUG nr. 34/2006.

Mai mult decât atât, Consiliul reține în soluționare și dispozițiile art. 1 din OUG nr. 34/2006 potrivit cărora *„Prezenta ordonanță de urgență reglementează regimul juridic al contractului de achiziție publică, al contractului de concesiune de lucrări publice și al contractului de concesiune de servicii, procedurile de atribuire a acestor contracte […]*".

În speță, așa cum se poate observa, ... a organizat o procedură de achiziție, nefiind obligată să aplice OUG nr. 34/2006; drept urmare, nici soluționarea contestațiilor nu poate fi invocată prin raportare la dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Față de aceste aspecte, nici entitatea juridică contractantă și nici participanții la procedură nu pot deroga de la prevederile legale, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea contestațiilor ce vizează proceduri unde legea nu obligă la aplicarea prevederilor legale în vigoare la data de 24.05.2016 referitoare la achizițiile publice, iar entitatea juridică contractantă, în momentul organizării procedurii de atribuire a unui contract, nu este obligată să le aplice.

Astfel, potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este competent să soluționeze pe cale administrativ jurisdicțională doar contestațiile formulate împotriva unui act al autorității contractante, care conduce la încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice/ sectoriale/concesiuni și a procedurilor care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor în materie de atribuire a contractelor achizițiilor publice/ sectoriale/concesiuni, după îndeplinirea procedurii prealabile a notificării, sens în care poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act sau de a adopta măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei legii.

Față de tipul de entitate juridică, ..., nu poate fi încadrată la categoriile de entități contractante enumerate la art. 8 din OUG nr. 34/2006. De asemenea, nu se poate încadra nici la prevederile art. 9 lit. c) din OUG nr. 34/2006.

În consecință, ... nu îndeplinește cumulativ condițiile ca respectivul contract de lucrări să fie finanțat în mod direct în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă iar valoarea estimată a contractului să fie egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 5.000.000 euro.

Ținând cont de aceste aspecte, rezultă, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006, că nici contractul de lucrări care urmează a se încheia ca urmare a derulării prezentei proceduri nu poate fi calificat ca fiind contract de achiziție publică, acest lucru presupunând calitatea de autoritate contractantă a achizitorului, contractul în cauză îmbrăcând forma unui contract comercial care se atribuie de către un beneficiar privat al unei finanțări europene.

Adăugăm că prevederile documentelor legale care stau la baza organizării procedurii nu acordă Consiliului competență de soluționare a contestațiilor formulate în cadrul procedurii sau în temeiul lor. Dat fiind că normele de competență *„ratione materie”* sunt de ordine publică, părțile nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce vizează proceduri nereglementate sau exceptate de la prevederile legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice/ sectoriale/concesiuni.

Prin urmare, în cauză nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 privitor la soluționarea contestațiilor, competența materială aparține Tribunalului, conform prevederilor art. 95 pct. (1) din Codul de procedură civilă.

Cele expuse mai sus formează convingerea Consiliului că soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a acestuia și, constatând lipsa sa de competență în

soluționarea contestației, urmează a face aplicarea art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Drept pentru care, raportat la dispozițiile art. 68 și art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 131 din Codul de Procedură Civilă, dată fiind excepția lipsei sale de competență materială în soluționarea prezentei contestații, Consiliul urmează să transmită contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competente.

Date fiind cele ce preced, Consiliul urmează a face aplicarea art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 95 pct. 1 Cod procedură civilă și va declina competența de soluționare a contestației formulate de ... în contradictoriu cu ..., către ....

Fără pronunțare asupra fondului contestației.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția de necompetență materială a Consiliului, invocată din oficiu și declină competența de soluționare a contestației formulată de ..., în favoarea .....

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către această instanță de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Fără cale de atac.

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