

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. 266 alin. (2) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în ..., ..., județul, și adresa de comunicare a actelor de procedură în, CUI, privind procedura organizată de SC SA, cu sediul în, ..., județul, prin intermediul Bursei Române de Mărfuri SA, în baza ordinului inițiator nr. 102/....., în vederea achiziționării de, contestatoarea a solicitat anularea procedurii și organizarea uneia noi.

La data de 30.03....., ... SA, cu sediul în, et. 7, ..., ..., CUI, a înaintat Consiliului cererea de intervenție în interesul SC SA nr. 1783/30.03....., prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (5) 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca inadmisibilă la Consiliu contestația SC SRL nr. /....., în contradictoriu cu SC SA. Totodată, respinge ca inadmisibilă și cererea de intervenție formulată de SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Prin actul de investiție a Consiliului, SC SRL contestă procedura de tranzacționare desfășurată de SA, pentru SC SA, în vederea achiziționării de

Prin adresele nr. 8135 și 8136/...../...../22.03..... și nr. 9071/...../...../30.03....., Consiliul a cerut contestatoarei și societății achizitoare, printre altele, un punct de vedere cu privire la excepția lipsei sale de competență materială în soluționarea contestației, față de situația în care SC SA nu se încadrează în una din categoriile de autorități contractante stabilite la art. 8 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 și nici nu sunt incidente cazurile de la art. 9 lit. c) sau din aceeași ordonanță.

Prin adresele nr. 2917/..... și nr. 3231/01.04....., SC SA a răspuns că a fost înființată pentru a desfășura activități cu caracter comercial sau industrial, astfel că nu poate fi calificată ca autoritate contractantă în sensul prevederilor art. 8 lit. b) din ordonanță și nici nu sunt incidente cazurile de la art. 9 lit. c) sau din același act normativ. Societatea consideră că nu este autoritate contractantă potrivit art. 8, calitate ce i-a fost atribuită în mod greșit de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice.

În cauză sunt aplicabile dispozițiile art. 16 din Regulamentul Bursei Române de Mărfuri SA privind organizarea și funcționarea pieței disponibil, competența de soluționare a contestației revenindu-i bursei.

Prin adresa nr. 2931/....., SC SRL apreciază că SC SA este autoritate contractantă, calitate în care a fost sancționată de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice. Contestatoarea menționează că a depus contestație și la SA.

Având în vedere dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției lipsei competenței sale materiale de a soluționa contestația, pe care o va admite, pentru următoarele considerente:

SC SA a inițiat o procedură de cumpărare prin intermediul Bursei Române de Mărfuri SA, sens în care pe site-ul bursei a fost publicat Ordinul inițiator nr. 102/..... pentru tranzacționarea a 400 tone combustibil lichid ușor tip, cumpărătoare fiind SC SA.

Potrivit art. 255 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență”.

Așadar, pentru utilizarea căii administrativ-jurisdicționale de către persoana care se consideră vătămată, în lumina articolului susmenționat, este necesar ca actul considerat nelegal să fie emis de către o autoritate contractantă, cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Analizând înscrisurile aflate la dosarul cauzei, pentru a stabili dacă SC SA este autoritate contractantă, Consiliul constată că societatea cumpărătoare este societate comercială pe acțiuni, persoană juridică de drept privat, situație în care ea nu poate fi încadrată la categoriile de autorități contractante de la art. 8 lit. a) și c) din ordonanță, respectiv, autoritate sau instituție publică ori o asocieră a acestora. Societatea nu poate fi încadrată nici la celelalte categorii de autorități contractante, prevăzute la art. 8 lit. d) și e), deoarece prin obiectul său (lucrări de construcții și drumuri) nu desfășoară activități relevante în sectoarele de utilitate publică apă, energie, transport, poștă, în sensul art. 229 și următoarele din ordonanța de urgență nr. 34/2006, respectiv contractul care se atribuie nu are natura unui contract sectorial.

Conform art. 8 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, este 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 asocieră 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.

SC SA nu se încadrează nici la art. 9 lit. c) și c) ind. 1 din ordonanță:

c) atribuirea, de către un operator economic fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de lucrări, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ 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 mai mare decât echivalentul în lei a 5.000.000 euro;

.....) atribuirea, de către un operator economic fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de servicii, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ 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 mai mare decât echivalentul în lei a 200.000 euro.

În speță, nu sunt îndeplinite nici condițiile cumulative de la art. 9 lit. c) sau c) ind. 1 din ordonanță, contractul fiind de furnizare și având o valoare estimată (731.166 lei) sub pragurile evocate mai sus.

În baza art. 8 lit. b) din ordonanță, "Este autoritate contractantă în sensul prezentei ordonanțe de urgență: (...) 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;", dispoziții din parcurgerea cărora, coroborate cu actul constitutiv al SC SA, Consiliul deduce că nu sunt incidente în speță.

Potrivit actului constitutiv al societății:

Articolul 6 - Scopul societății

Scopul societății constă în efectuarea, în condiții de eficiență economică și de calitate, a activităților de producție constând în construcția, dezvoltarea, modernizarea, reparația și întreținerea drumurilor și podurilor, a actelor și faptelor de comerț corespundente domeniului principal și obiectului propriu de activitate al societății comerciale cu respectarea întocmai a legislației române.

Domeniul principal de activitate al societății este reprezentat de executarea lucrărilor de construcție, modernizare, consolidare, reparații, proiectare și întreținere de drumuri, poduri cu prioritate pentru drumurile, podurile și alte lucrări de infrastructură ale căilor de transport rutier administrate de Consiliul Județean

Articolul 7 - Obiectul propriu de activitate al societății

Obiectul propriu de activitate al societății constă în:

- a) Executarea pe bază de încredințare directă și prin obținerea la licitație a dreptului de efectuare a prestațiilor de servicii și lucrări de construcții, modernizări, consolidări, reparații, exploatare și întreținere de drumuri și poduri.

- b) Elaborarea documentațiilor de cercetare, execuție de lucrări, de cercetare geologică, de dezvoltare și exploatare pentru agregate sortate de balastieră.

- c) Întocmirea de studii, proiecte și documentații de execuție de drumuri, poduri, tunele și alte lucrări generale de construcții civile și instalații necesare realizării de infrastructuri pentru drumuri și poduri.

- d) Producerea și comercializarea materialelor de construcție, a prefabricatelor din beton, amestecurilor asfaltice și a produselor bituminoase și petroliere, efectuarea verificărilor calității materialelor de construcție în laborator și în "situ" și încercări de laborator rutier pentru materiale semiprefabricate, procese tehnologice și echipamente, elaborarea, avizarea și aplicarea agrementelor tehnice.

e) Executarea de construcții și spații de depozitare a deșeurilor industriale și menajere (cenușă, zgură, steril, sare, nisip, substanțe toxice, gunoi), lucrări pentru înlăturarea efectelor calamităților, revizia, întreținerea și reparația autovehiculelor, utilajelor de construcții și echipamentelor specifice proprii și pe bază de contract pentru deținătorii, persoane fizice și juridice.

Articolul 21 - Calcularea, stabilirea și repartizarea profitului

(1) Profitul societății se stabilește pe baza bilanțului contabil aprobat după încheierea exercițiului financiar de Adunarea Generală Ordinară a Acționarilor. Profitul impozabil se stabilește în condițiile legii.

(2) Cota-parte din profitul net ce se plătește acționarilor constituie dividend.

(3) Dividendele se plătesc fiecărui asociat proporțional cu cota sa de participare la capitalul social, conform hotărârii Adunării Generale Ordinare a Acționarilor.

(4) Plata dividendelor se va face de societate în condițiile legii în cel mult 6 luni de la aprobarea situației financiare anuale de către Adunarea Generală a Acționarilor.

(5) Adunarea Generală Ordinară a Acționarilor stabilește dacă profitul net se va repartiza acționarilor sub formă de dividende proporțional cu aportul acestora la capitalul social, sau va fi reinvestit în societate printr-o majorare corespunzătoare a capitalului social.

(6) În cazul înregistrării de pierderi, adunarea generală se obligă să analizeze cauzele și să ia măsuri în consecință.

(7) Finanțarea societății poate fi efectuată prin majorarea capitalului social, prin credite personale ale acționarilor, prin credite atrase de societate de la băncile comerciale, pe bază de garanții proprii sau constituite de acționari în condițiile și cu respectarea legislației în vigoare.

Se reține că, întrucât societatea cumpărătoare a combustibilului supus tranzacționării (SC SA) desfășoară activități comerciale în scopul obținerii de profit, respectiva societate nu este autoritate contractantă nici în sensul art. 8 lit. b) din ordonanța de urgență nr. 34/2006. De altminteri, în finalul certificatului constatator nr. 7743/03.03..... emis de Oficiul Registrului Comerțului pentru SC SA, la rubrica "Situația financiară pe anul 2014", se indică un profit al societății de 137.050 lei în anul 2014.

Litigiul inițiat prin contestația formulată de către SC SRL este un litigiu între profesioniști astfel cum sunt aceștia definiți la art. 3 alin. (2) și (3) C. civ. – „(2) Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere. (3) Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una ori mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea sau înstrăinarea de bunuri ori în prestarea de servicii, indiferent dacă are ori nu un scop lucrativ”. Calea administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului nu poate fi urmată decât împotriva actelor vătămătoare provenind de la o autoritate contractantă, iar nu de la orice societate pentru care se organizează tranzacții pe piața bursieră.

Determinând că în cauză societatea comercială beneficiară a procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă și luând în considerare dispozițiile art. 9 și 255 din ordonanță, în situația prezentă nu este aplicabilă procedura de soluționare a contestațiilor de către Consiliu instituită prin ordonanță. Normele de competență materială fiind de ordine publică, organizatoarea sau participanții la procedură nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului.

Acesta a cerut atât contestatoarei, cât și achizitoarei, un punct de vedere asupra aplicării modului specific de contestare prevăzut la art. 16

din Regulamentul Bursei Române de Mărfuri SA privind organizarea și funcționarea pieței la disponibil, accesibil la adresa <http://www.brm.ro/legislatie/regulamente-brm-2/>:

TITLUL VI - CONTESTAȚII

Art. 16. - (1) Brokerii participanți la ședința de tranzacționare care nu sunt de acord cu modul în care a fost încheiată o tranzacție pot înregistra la secretariatul BRM, în termen de 30 de minute de la terminarea ședinței de tranzacționare, o notificare prin care să informeze BRM cu privire la intenția de a depune o contestație.

(2) Contestația va fi depusă la secretariatul BRM în termen de cel mult de ore lucrătoare de la încheierea ședinței de tranzacționare.

(3) Contestația va fi soluționată de către BRM în termen de cel mult 48 de ore lucrătoare de la data depunerii acesteia.

(4) În situația în care contestatarul se consideră lezat de soluția adoptată la contestația sa, se poate adresa Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României sau instanțelor în drept.

Societatea achizitoare a răspuns în sensul că îi revine Bursei Române de Mărfuri SA competența de soluționare a contestației și că nu dorește declinarea către o instanță de judecată. De asemenea, SC SRL afirmă că nu dorește declinarea cauzei către instanțele de judecată. Așadar, niciuna dintre părțile dosarului nu dorește declinarea.

În plus, SC SRL arată că a formulat deja contestație la SA, cu nr. 2916/18.03....., la care i s-a răspuns cu adresa nr. 1619/....., atașată în copie la dosarul cauzei. Din acest demers, Consiliul observă că SC SRL a ales să urmeze calea contestării la SA, potrivit art. 16 precitat. Însă, deși este nemulțumită de răspunsul primit, contestatoarea nu a făcut în continuare aplicarea prevederilor art. 16 alin. (4) din regulament – "În situația în care contestatarul se consideră lezat de soluția adoptată la contestația sa, se poate adresa Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României sau instanțelor în drept."

Faptul că SC SRL a optat pentru reclamarea actelor din procedura de tranzacționare la SA reiese și din conținutul contestației aflate în discuția Consiliului, din care rezultă că aceasta:

a) este adresată către:

- SC SA

- SA și în ultimul rând

- Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

b) reprezintă o motivare a contestației înregistrate la SA cu nr. 1467/17.03.....

Altfel spus, contestația care a fost depusă la Consiliu reprezintă, în fapt, motivarea unei contestații formulate anterior la SA.

Văzând cele de mai sus, Consiliul va admite excepția necompetenței sale în materie și, constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației, o va respinge ca inadmisibilă. Inadmisibilă, în circumstanțele expuse, este și cererea de intervenție formulată de SA.

Legat de declinarea cauzei către o instanță de judecată, Consiliul observă că niciuna dintre părți nu susține și dorește declinarea, drept

pentru care ia act că aceasta nu se impune. În decizia civilă nr. 2229 din 28 mai 2012, Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, a apreciat că, întrucât niciuna dintre părțile din litigiul aflat pe rolul Consiliului nu și-a exprimat acordul cu privire la declinarea competenței către o instanță de judecată, în mod corect Consiliul a respins contestația ca inadmisibilă.

Respingerea contestației nu afectează dreptul constituțional al persoanei care se consideră vătămată de a apela la instanțele judecătorești. De asemenea, SC SRL are deschisă calea de atac specifică de la art. 16 din Regulamentul Bursei Române de Mărfuri SA privind organizarea și funcționarea pieței la disponibil.

PREȘEDINTE COMPLET 8,

.....

MEMBRU COMPLET 8,

.....

MEMBRU COMPLET 8,

.....

Redactată în cinci exemplare, conține șapte pagini.