

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 69 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, având CUI înregistrată la ORC sub nr. 40/6492/2010, reprezentată legal prin Vasile Catana – director general, împotriva procedurii de atribuire, având drept obiect: „.....”, organizată de către, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în, s-a solicitat: „.....”.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE

În temeiul 95 pct. 1 și art. 132 alin. (3) Cod procedură civilă, coroborat cu art. 297 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, declină competența de soluționare a contestației formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., pentru considerentele din motivare.

Dispune trimiterea de îndată a dosarului din instanței competente, conform art. 132 alin. (3) C. proc. civ., respectiv TRIBUNALUL

Fără cale de atac, în temeiul art. 132 alin. (3) C. proc. civ.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., formulată de SC SRL, împotriva procedurii de atribuire, având drept obiect: „.....”, organizată de către, s-a solicitat: „.....”.

În vederea soluționării contestației, prin adresa nr.15287/.....-...../..... (pentru) și adresa nr. 15286/.....-...../..... (pentru SC SRL), Consiliul solicită acestora opinia referitoare la excepția necompetenței materiale a Consiliului, precum și actele doveditoare.

Prin adresa nr. 341/19.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 15402/19.05....., SC SRL precizează următoarele aspecte:

- este o societate pe acțiuni, înființată în baza HG nr. 767/21.11.1997 și este singurul producător de sare din România; potrivit actului de înființare prin care a fost aprobat și statutul societății: „SC SA este persoană juridică română, cu capital integral de stat, având forma juridică de societate pe acțiuni și își desfășoară activitatea în conformitate cu legile române și prezentul statut”;
- a fost înscrisă în dispozițiile Ordinului Ministerului Economiei, Comerțului și Mediului de Afaceri nr. 1844/20.09.2012, privind instituirea procedurilor publice la unitățile aflate în subordinea, coordonarea sau sub autoritatea Ministerului Economiei, Comerțului și Mediului de Afaceri, acțiunile societății fiind deținute în proporție de% de către Statul Român, prin Ministerul Economiei și 49% de către Fondul Proprietatea;
- În plus, potrivit art. 8 din HG nr. 767/1997, reprezentanții statului în adunarea generală a acționarilor se numesc prin Ordin al Ministrului Industriei și Comerțului;
- Organizarea prezentei proceduri a avut la bază Regulamentul privind organizarea și desfășurarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări, aprobat de CA, prin Decizia nr. 18/15.07.2013. Norma a fost impusă de autoritate, fiind prezentată ca legislație aplicabilă în cadrul procedurii;
- întocmirea Regulamentului a avut la bază faptul că în perioada în care SC ... SA nu a avut calitatea de autoritate contractantă, societatea era obligată, în baza dispozițiilor art. 16¹ din OUG nr. 34/2006 să elaboreze norme de procedură interne care să asigure respectiva Ordonanță; odată cu abrogarea art. 16¹ din OUG nr. 34/2006, norma care guvernează procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, a devenit OUG nr. 36/2006;
- de asemenea, Consiliul Uniunii Europene a emis, la propunerea Comisiei Europene, Directiva Europeană 2006/97/CE pentru adaptarea anumitor directive europene în domeniul liberei circulații a mărfurilor, care prevedea obligativitatea pentru statul român de a redacta o listă cu autoritățile contractante pe care acesta le

consideră că intră sub incidența Directivelor Europene 18/2004/CE și 17/2004/CE;

- în consecință, autoritățile contractante sunt, conform art. 1 alin. (9) din Directiva 2004/18, statul, unitățile administrativ-teritoriale, instituțiile de drept public, precum și asocierile care constau din mai multe unități administrativ-teritoriale sau instituții de drept public; așadar, cu titlul de autoritate contractantă va fi calificată acea instituție, care a fost înființată să satisfacă nevoi de interes public, are personalitate juridică, este finanțată în mod substanțial de stat, de unitățile administrativ-teritoriale sau de alte instituții publice și se află în subordinea sau este supusă controlului unei autorități contractante, sau care dețin, în componența Consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare majoritatea voturilor.

Față de aspectele învederate, contestatorul apreciază că se impune respingerea excepției, CNSC fiind autoritatea competentă în soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr. /.....

Prin adresa nr. 3642/26.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 16216/27.05....., SC precizează că nu este autoritate contractantă, în sensul prevederilor art. 8 din OUG nr. 34/2006. De asemenea, arată că pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări SC SA aplică un „Regulament propriu privind organizarea și desfășurarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări”, aprobat prin Decizia CA nr. 15/18.07.2013 și de către autoritatea contractantă tutelară, Ministerul Economiei, prin adresa nr. 360168/04.09.2013, înregistrată la SC SA sub nr. 8073/ 09.09.2013.

SC precizează că a solicitat în nenumărate rânduri opinia cu privire la calitatea de autoritate contractantă, de la ANRMAP, răspunsul fiind, de fiecare dată negativ, în sensul în care SC SA nu era considerată autoritate contractantă. În sprijinul acestor afirmații SC anexează corespondența cu ANRMAP: adresa ANRMAP nr. 4075/10.08.2006; adresa ANRMAP nr.17698/05.12.2011; adresa ANRMAP nr. 4130/28.03.....; adresa ANRMAP nr. 13989/14.11.2012. Totodată subliniază că este o societate care derulează activitate comercială și are ca obiect principal activitatea de „extracție și exploatarea sării, precum și comercializarea acesteia”.

Întrucât se intenționează ca toate achizițiile derulate de SC să fie derulate în continuare, cu respectarea principiilor privind transparența, egalitatea și promovarea competitivității între operatorii economici, entitatea contractantă precizează că s-a optat, la nivelul societății, pentru păstrarea „Regulamentului propriu privind organizarea și desfășurarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări”, până la elaborarea unor noi norme procedurale interne care să fluidizeze procedura de atribuire a contractelor de achiziții și care să protejeze achizitorul împotriva depunerii unor contestații abuzive.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul, în temeiul art. 69 alin. (1) din Legea nr. 101/....., urmând a se pronunța în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost depuse contestațiile, respectiv OUG nr. 34/2006, constată următoarele:

...., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de atribuire a contractului având ca obiect: „.....”.

Având în vedere prevederile art. 8 coroborat cu art. 255 și art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 care dispun: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...)”* și ale art. 297 din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art. 137 Cod procedură civilă, Consiliul a procedat cu întâietate la verificarea competenței sale în soluționarea contestației cu care a fost investit.

Procedând la analiza documentelor prezentate de către entitatea contractantă, Consiliul constată că este societate comercială pe acțiuni, persoană juridică română, este înființată în baza HG nr. 767/21.11.1997 și este singurul producător de sare din România; potrivit actului de înființare prin care a fost aprobat și statutul societății: *„SC este persoană juridică română, cu capital integral de stat, având forma juridică de societate pe acțiuni și își desfășoară activitatea în conformitate cu legile române și prezentul statut”*. De asemenea, pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări SC SA aplică un *„Regulament propriu privind organizarea și desfășurarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări”*, aprobat prin Decizia CA nr. 15/18.07.2013, de către autoritatea tutelară, Ministerul Economiei, prin adresa nr. 360168/04.09.2013, înregistrată la SC SA sub nr. 8073/09.09.2013.

Prin urmare, ... nu poate avea calitatea de autoritatea contractantă, întrucât nu desfășoară activități relevante în sectoare de utilitate publică: apă, energie, transport, poștă evocate la art. 229 și următoarele din OUG nr. 34/2006, iar obiectul contractului care se atribuie este furnizare „.....”.

Verificând încadrarea în categoria autorităților contractante, astfel cum sunt acestea definite la art. 8 din ordonanța de urgență, Consiliul reține că aceasta nu are calitatea de autoritate contractantă, aceasta fiind societate pe acțiuni.

Potrivit dispozițiilor art. 9 lit. c), lit.), art. 10 din OUG nr. 34/2006, coroborat cu prevederile Regulamentelor nr. 2015/2340, nr. 2015/2341 și nr. 2015/2342 (regulamente care, potrivit art. 288 din Tratatul CEE, se aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale) aceasta se aplică pentru atribuirea de către un operator economic fără calitate de autoritatea contractantă în următoarele cazuri:

- 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 și valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a valorilor indicate în Regulamentele anterior menționate;

- 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 și valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei echivalentul în lei a valorilor indicate în Regulamentele anterior menționate și cu impunerea de către autoritatea contractantă în cadrul contractului de finanțare a aplicării prevederilor OUG nr. 34/2006 pentru atribuirea contractelor respective.

În acest sens, Consiliul constată că a organizat procedura în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect „.....” în baza Regulamentului propriu privind organizarea și desfășurarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări aplicabil în cadrul SA aprobat prin Decizia CA nr. 15/18.07.2013, de către autoritatea tutelară Ministerul Economiei înregistrată la cu nr. 8073/09.09.2013, din surse proprii, prin transmiterea de invitații de participare către operatorii economici vizați și nu prin aplicarea dispozițiilor OUG nr. 34/2006, în sensul derulării unei proceduri de achiziție publică în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică astfel cum este definit la art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006.

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că în speță entitatea contractantă nu se încadrează nici în prevederile art. 9 lit. c) și) din OUG nr. 34/2006.

Raporturile juridice dintre entitatea contractantă și ofertantul declarat câștigător sunt reglementate de contractul comercial de furnizare, fiind astfel incidente dispozițiile de drept comun.

Față de cele relatate, Consiliul reține că, întrucât nu se încadrează în categoria autorităților contractante reglementate de art. 8 sau art. 9 lit. c) și lit.) din OUG nr. 34/2006, entitatea referită nu avea posibilitatea să organizeze o procedură de atribuire în baza respectivei ordonanțe de guvern, astfel că soluționarea unor eventuale contestații nu ar intra în sfera de competență a CNSC.

Potrivit art. 255 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006, 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 ordonanței antemenționate, iar în conformitate cu dispozițiilor art. 266 alin. (1) din aceeași ordonanță, *„Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedura de atribuire [...]”,* însă termenul *„procedură de atribuire”* prevăzut la art. 3 lit. ș) din același act normativ este definit ca *„etapele ce trebuie parcurse de autoritatea contractantă și de către candidați/ofertanți pentru ca acordul părților privind angajarea în contractul de achiziție publică să fie considerat valabil; procedurile de*

atribuire sunt: licitația deschisă, licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea, cererea de oferte, concursul de soluții”, procedura în cauză, așa cum a fost organizată de către neregăsindu-se printre acestea, deoarece temeiul de drept al acesteia nu îl constituie 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 procedurile de atribuire a contractului [...] concesiune de lucrări publice și a contractului de concesiune servicii, precum și modalitățile de soluționare a contestațiilor formulate împotriva actelor în legătură cu aceste proceduri”.*

În speță, așa cum se poate observa nu a organizat o procedură de atribuire prin aplicarea OUG nr. 34/2006, ci o procedură proprie în baza Regulamentului propriu privind organizarea și desfășurarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări aplicabil în cadrul SA aprobat prin Decizia CA nr. 15/18.07.2013, de către autoritatea tutelară Ministerul Economiei, înregistrată la cu nr. 8073/09.09.2013, finanțat din surse proprii, cu scopul achiziționării de „Explozivi de putere medie pentru Salina Ocna Dej, EM Râmnicu Vâlcea, Salina Slănic și Salina Târgu Ocna”, regulament specificat în toate înscrisurile puse la dispoziția operatorilor economici interesați, drept urmare nici soluționarea contestațiilor nu poate fi invocată prin raportare la dispozițiile OUG nr. 34/2006.

Față de aceste aspecte, nici entitatea 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 OUG nr. 34/2006, iar entitatea contractantă, în momentul organizării procedurii de atribuire a unui contract, nu le aplică.

Astfel, potrivit art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul este competent să soluționeze jurisdicțional doar contestațiile formulate împotriva unui act al autorității contractante care conduce la încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și a procedurilor care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor prezentei ordonanțe, sens în care poate solicita 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.

Față de tipul de entitate juridică, ... nu poate fi încadrată la categoriile de autorități contractante enumerate la art. 8 sau art. 9 din OUG nr. 34/2006 și nici nu desfășoară vreo activitate relevantă, în înțelesul cap. VIII din ordonanță.

În consecință, ... nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul OUG nr. 34/2006.

Ținând cont de aceste aspecte rezultă, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. f) și art. 229 din OUG nr. 34/2006, că nici contractul de furnizare 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 o entitate contractantă unei societăți comerciale în mod competitiv.

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 ordonanței de urgență nr. 34/2006.

Prin urmare, în cauză nefiind aplicabile prevederile OUG nr. 34/2006 privitor la soluționarea contestațiilor (capitolul IX), 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. 132 Cod procedură civilă.

Drept pentru care, raportat la dispozițiile art. 297 din OUG nr. 34/2006, ce prevăd aplicabilitatea dispozițiilor de drept comun în lipsa unor dispoziții exprese ale ordonanței, coroborate cu dispozițiile art. 131 și art. 132 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă, dată fiind excepția lipsei sale de competență materială în soluționarea contestației 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 și art. 132 alin. (3) Cod procedură civilă coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006 și va declina competența de soluționare a contestației către TRIBUNALUL

Fără pronunțare asupra fondului contestației.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

....

Consilier de soluționare

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.