



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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 998/C11/1169

Data: 18.04.2024

Prin contestația nr. 260/10.04.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22380/11.04.2024, formulată de SC SRL, cu sediul în, str. I..nr. 45, județul, având CUI RO și fiind înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., reprezentată legal de administrator, împotriva documentației de atribuire emisă de către SA, cu sediul în, bd. .. nr. 93, județul, având CUI RO ... și fiind înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. J31/363/2006, reprezentată legal de administrator .., cu sediul procedural ales în, referitor la procedura competitivă proprie organizată în vederea achiziționării „Instalației/echipamentului pentru construirea de capacități noi de producție a energiei electrice din surse regenerabile de energie solară cu capacitatea de 19,8 MW (inclusiv amenajarea terenului și probe și teste tehnologice)” (proiectare, furnizare și execuție), ce urmează a fi încheiat în cadrul proiectului „Dezvoltarea sustenabilă a SA prin realizarea de investiții performante pe segmentul energiei din surse regenerabile”, s-au solicitat Consiliului următoarele:

- suspendarea procedurii de achiziție până la data soluționării contestației;
- modificarea documentației de atribuire și obligarea achizitoarei la stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor;
- anularea procedurii, în măsura în care nu mai pot fi adoptate măsuri de remediere.

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

Consiliul a fost sesizat de către SC SRL să soluționeze contestația prin care critică specificațiile tehnice ale panourilor fotovoltaice și invertoarelor care fac obiectul achiziției.

Cu adresele nr. 22647/1169/C11 și nr. 22650/1169/C11 din data de 12.04.2024, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei competenței sale materiale în soluționarea cauzei, pe care a invocat-o din oficiu, raportat la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a), art. 12 din Legea nr. 101/2016, art. 5 alin. (8²) din OUG nr. 124/2021 și prevederile pct. 2 din caietul de sarcini intitulat „*legislația aplicabilă*”, unde este prevăzut faptul că prezenta procedură de atribuire se desfășoară în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 372/2024 emis de ministrul investițiilor și proiectelor europene.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 23306/16.04.2024, SC SRL a precizat că se impune respingerea excepției necompetenței materiale a Consiliului motivat de faptul că prezenta procedură de atribuire se desfășoară cu aplicarea Legii nr. 98/2016.

Subliniază că, prevederile Ordinului nr. 372/2024 nu pot scoate din sfera procedurilor de atribuire a unor contracte de achiziții acele contracte atribuite de operatori economici privați, deoarece s-ar da posibilitatea acestora de a evita controlul de legalitate exercitat în baza Legii nr. 101/2016.

Invocă ierarhia actelor normative, unde Legea nr. 101/2016 are prioritate la aplicare față de Ordinul nr. 372/2024.

Invocă faptul că procedura de atribuire privată este finanțată prin PNRR, ceea ce impune exercitarea controlului de legalitate de către instanța de judecată sau de Consiliu.

Subliniază că, prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 se referă la proceduri de atribuire a contractelor, cum este și cazul de față.

Arată că, competența Consiliului nu este doar față de procedurile de atribuire desfășurate de autorități publice sau doar de proceduri de atribuire a unor contracte de achiziție publică. Invocă în susținere prevederile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 6 alin. (1) și (3), art. 111 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Susține că atâta timp cât este definită ca procedură de atribuire, CNSC are competență materială pentru soluționarea cererii sale.

Subliniază că, însăși art. 5 alin. (8²) din OUG nr. 124/2021 stabilește că Ordinul nr. 372/2024 reglementează o procedură care derivă din Legea nr. 98/2016.

Menționează că, din perspectiva art. 1.2, art. 2.4 și art. 4.7 alin. (13) – (15) din Anexa la Ordinul nr. 372/2024, procedura în cauză trebuie să respecte principiile reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, valoare estimată este mai mare decât pragurile valorice reglementate de art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, iar SA

trebuie să aplice instrucțiunile aferente procedurii competitive prevăzută la cap. VI din Legea nr. 98/2016. Prin excepție de la Ordinul nr. 372/2024, petenta apreciază că se va aplica Legea nr. 98/2016 atunci când suntem în prezența unui contract de prestări servicii finanțat de stat cu peste 50 din valoarea procedurii.

Arată că, incidența Legii nr. 98/2016 sau a Legii nr. 99/2016 reprezintă inclusiv un criteriu de verificare a respectării Ordinului nr. 372/2024, cu trimitere la anexa nr. 4 din acest ordin.

Prin adresa nr. 339/16.04.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 23722/17.04.2024, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere referitor la excepția privind necompetența materială.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită admiterea excepției necompetenței materiale a Consiliului.

Subliniază că, CNSC este competent să soluționeze contestațiile care se referă la un act al autorității contractante, ceea ce presupune că este necesar să ne aflăm în prezența:

(i) unei autorități contractante și (ii) a unui act al acesteia, astfel cum acestea sunt definite în Legea nr. 101/2016. În situația de față, niciuna dintre aceste două condiții nu sunt îndeplinite, dat fiind că:

(i) nu este autoritate contractantă, în sensul prevăzut în legislația achizițiilor publice; astfel cum a arătat anterior, ... acționează în prezenta procedură în calitate de beneficiar privat, care nu are obligația respectării prevederilor legale aplicabile în domeniul achizițiilor publice;

(ii) actul atacat prin contestație nu este un act emis în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice/Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale/ Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii. Chiar dacă Ordinul MIPE nr. 372/2024 reglementează unele reguli și principii preluate din Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 99/2016, acest lucru nu înseamnă că procedurilor organizate în baza Ordinului MIPE nr. 372/2024 le sunt aplicabile aceste acte normative. Apreciază că, instituirea unor reguli similare aplicabile procedurilor organizate conform Ordinului MIPE nr. 372/2024 nu determină incidența dispozițiilor Legii nr. 98/2016 sau ale Legii nr. 99/2016. În mod cert, similar nu înseamnă echivalent, iar acceptarea unei asemenea ipoteze ar conduce la eludarea scopului pentru care Ordinul MIPE nr. 372/2024 a fost emis. Dacă inclusiv în cazul procedurilor organizate de beneficiari privați care atribuie contracte finanțate din fondurile externe nerambursabile și rambursabile alocate prin PNRR s-ar fi dorit aplicarea aceleiași regim ca cel stabilit de Legea nr. 98/2016 sau Legea nr. 99/2016, atunci legiuitorul ar fi prevăzut că aceste proceduri sunt supuse acestor acte normative, fără a fi elaborată o procedură competitivă specială.

Cum în cazul de față nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 8 din Legea nr. 101/2016, rezultă că CNSC nu este competent material să soluționeze contestația introdusă împotriva documentației de atribuire

a procedurii, respectiv a specificațiilor tehnice ale panourilor fotovoltaice și invertoarelor care fac obiectul achiziției. Astfel cum se poate observa din prevederile legale invocate, dispozițiile Legii nr. 101/2016 se referă și sunt aplicabile exclusiv procedurilor de atribuire inițiate în temeiul Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016 sau Legii nr. 100/2016.

În ceea ce privește căile de atac aplicabile prezentei proceduri, relevante sunt prevederile art. 6.4 din Anexa Ordinului MIPE nr. 372/2024, care stabilesc următoarele:

„(1) După finalizarea evaluării ofertelor, beneficiarul privat trebuie să stabilească un termen de minimum 5 zile lucrătoare până la care operatorii economici care se consideră lezați în drepturile lor ca urmare a modului în care s-a desfășurat procedura competitivă sau ca urmare a deciziilor luate în urma procesului de evaluare a ofertelor pot să înainteze contestații.

(2) Termenul va fi comunicat împreună cu raportul procedurii de achiziție către toți operatorii economici care au înaintat oferte.

(3) Beneficiarul privat va soluționa și va comunica răspunsul operatorului economic, în termen de maximum 5 zile lucrătoare de la primirea contestației.

(4) În situația în care operatorul economic este nemulțumit de modul în care beneficiarul privat a soluționat contestația, acesta se poate adresa coordonatorului de reforme și/sau investiții în termen de maximum 5 zile lucrătoare de la data primirii răspunsului, cu notificarea beneficiarului privat asupra acțiunii inițiate.

(5) Coordonatorul de reforme și/sau investiții va soluționa și va comunica răspunsul atât operatorului economic, cât și beneficiarului privat, în termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la primirea contestației.

(6) În situația în care operatorul economic este nemulțumit de modul în care coordonatorul de reforme și/sau investiții a soluționat contestația, acesta se poate adresa instanțelor de judecată competente, în condițiile legii, și cu notificarea atât a coordonatorului de reforme și/sau investiții, cât și a beneficiarului privat asupra acțiunii inițiate”.

Subliniază că, această procedură de contestare, care a fost preluată inclusiv la secțiunea 14 *„Contestații și căi de atac în instanță”* din caietul de sarcini al procedurii, are în vedere:

(i) introducerea de contestații după finalizarea evaluării ofertelor;
(ii) urmarea unei proceduri etapizate și cronologice de contestare, care presupune parcurgerea a 3 etape distincte/căi de atac, respectiv:

1. introducerea contestației la beneficiarul privat care a organizat respectiva procedură;

2. dacă operatorul economic este nemulțumit de modul în care beneficiarul privat a soluționat contestația, atacarea deciziei acestuia la coordonatorul de reforme și/sau investiții;

3. dacă operatorul economic este nemulțumit de modul în care coordonatorul de reforme și/sau investiții a soluționat contestația, sesizarea instanțelor de judecată competente.

Subliniază că, contestația de față a fost introdusă anterior finalizării evaluării ofertelor (chiar anterior depunerii ofertelor). De aceea, nu sunt aplicabile prevederile art. 6.4 din Anexa Ordinului MIPE nr. 372/2024, preluate la secțiunea 14 *„contestații și căi de atac în instanță”* din caietul de sarcini al Procedurii.

Dat fiind că ne aflăm în etapa anterioară finalizării evaluării ofertelor, apreciază că instanța de judecată este competentă să soluționeze contestația introdusă împotriva documentației de atribuire a procedurii, conform regulilor de drept comun.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23348/16.04.2024, SC SRL a depus la dosarul cauzei recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210143479/1 eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria în sumă de 220.000,00 lei.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..... SA a inițiat achiziționarea „Instalației/echipamentului pentru construirea de capacități noi de producție a energiei electrice din surse regenerabile de energie solară cu capacitatea de 19,8 MW (inclusiv amenajarea terenului și probe și teste tehnologice)” (proiectare, furnizare și execuție), ce urmează a fi încheiată în cadrul proiectului „Dezvoltarea sustenabilă a SA prin realizarea de investiții performante pe segmentul energiei din surse regenerabile”, prin publicarea documentației de atribuire pe platforma <https://proiecte.pnrr.gov.ro>, la data de 19.03.2024.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), 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.

În analiza acestei excepții, Consiliul apreciază ca fiind incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„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, potrivit prevederilor prezentei legi.”;

- art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, care definește actul autorității contractante ca fiind:

*„**orice act**, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, **în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire**, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, **prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016** privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, **de art. 82 din Legea nr. 99/2016** privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, **sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016** privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare”;*

- art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„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)”;

- art. 5 alin. (8²) din OUG nr. 124/2021 potrivit căruia:

„Modul de derulare a procedurii de achiziție pentru atribuirea contractelor de furnizare de produse, prestare de servicii, execuție de lucrări finanțate din fondurile externe

nerambursabile și rambursabile aferente Mecanismului de redresare și reziliență, alocate prin Planul național de redresare și reziliență, aplicabilă **beneficiarilor privați, care nu au obligația respectării prevederilor legale aplicabile în domeniul achizițiilor publice**, precum și listele utilizate pentru verificarea achizițiilor derulate de aceștia **se aprobă prin ordin al ministrului investițiilor și proiectelor europene**, care se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.”

- precum și prevederile pct. 2 din caietul de sarcini intitulat „*Legislația aplicabilă*”, unde este prevăzut faptul că prezenta procedură de atribuire se desfășoară în conformitate cu prevederile **Ordinului nr. 372/2024** privind aprobarea modalității de derulare a procedurii de achiziție pentru atribuirea contractelor de furnizare de produse, prestare de servicii, execuție de lucrări finanțate din fondurile externe nerambursabile și rambursabile aferente Mecanismului de redresare și reziliență, alocate prin Planul național de redresare și reziliență, aplicabilă beneficiarilor privați care nu au obligația respectării prevederilor legale aplicabile în domeniul achizițiilor publice, precum și a listei utilizate pentru verificarea achizițiilor derulate de aceștia.

În speță, Consiliul are în vedere că, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei, procedura de atribuire în discuție nu este una organizată în baza dispozițiilor Legii nr. 98/2016 sau ale Legii nr. 99/2016, ci una organizată și desfășurată în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 372/2024.

Autoritatea achizitoare a inițiat achiziția printr-un anunț publicat pe o platformă a Guvernului României și nu 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.

Întrucât contestația nu vizează o procedură de atribuire organizată în baza dispozițiilor Legii nr. 98/2016 sau ale Legii nr. 99/2016, Consiliul nu este competent a o soluționa, deoarece, potrivit dispozițiilor coroborate ale art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, citate mai sus, în competența sa intră exclusiv contestațiile formulate împotriva actelor emise de autorități contractante în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire.

Astfel, potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, ce face 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 în cadrul unei proceduri organizată în baza unor acte normative decât legile arătate la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, Consiliul reține că, ... SA are calitatea de beneficiar privat, așa cum este definit de art. 3.2 din Anexa la Ordinul MIPE nr. 372/2024: „beneficiar privat - entitate juridică fără calitate de autoritate/entitate contractantă, conform prevederilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare,

precum și ale Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, și care a semnat un contract de finanțare sau care are calitatea de partener în cadrul unui contract de finanțare”, iar, dispozițiile art. 5 alin. (82) din OUG nr. 124/2021 sunt imperative, în sensul că: „Modul de derulare a procedurii de achiziție pentru atribuirea contractelor de furnizare de produse, prestare de servicii, execuție de lucrări finanțate din fondurile externe nerambursabile și rambursabile aferente Mecanismului de redresare și reziliență, alocate prin Planul național de redresare și reziliență, aplicabilă beneficiarilor privați, care nu au obligația respectării prevederilor legale aplicabile în domeniul achizițiilor publice, precum și listele utilizate pentru verificarea achizițiilor derulate de aceștia se aprobă prin ordin al ministrului investițiilor și proiectelor europene, care se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.”

Față de această situație, Consiliul apreciază ca fiind incidente și următoarele dispoziții legale:

- art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016:

„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”;

- art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016:

„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:

„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 (Legea nr. 134/2010):

*„(1) Dispozițiile prezentului cod constituie procedura de drept comun în materie civilă.
(2) De asemenea, dispozițiile prezentului cod se aplică și în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare”;*

- art. 95 pct. 4 din Codul de procedură civilă, conform căruia:

„Tribunalele judecă: orice alte cereri date prin lege în competența lor”.

- art. 107 din Codul de procedură civilă, conform căruia:

„(1) Cererea de chemare în judecată se introduce la instanța în a cărei circumscripție domiciliază sau își are sediul pârâtul, dacă legea nu prevede altfel.”

Rezultă că, în cauză, nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 referitoare la soluționarea contestațiilor de către Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor, competența materială aparține Tribunalului, contestatoarea având posibilitatea ca, împotriva actului considerat nelegal, emis de SA, să se adreseze instanței de drept comun, competentă potrivit legii.

Nu în ultimul rând, este de reținut că excepția de necompetență materială, fiind de ordine publică, face imposibilă extinderea competențelor Consiliului la proceduri care nu sunt prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind

achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Drept care, raportat la dispozițiile art. 12 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016, constatând lipsa de competență materială a sa în soluționarea cauzei, Consiliul va trimite dosarul instanței competente.

În consecință, Consiliul va admite excepția de necompetență materială a sa privind soluționarea contestației, invocată din oficiu, și, constatând că Tribunalul are competența materială privind soluționarea cauzei, va declina cauza către aceasta instanță, soluție care, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu este supusă niciunei căi de atac.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei.

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 SC SRL, în contradictoriu cu SA.

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

Fără cale de atac, conform art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 4 exemplare, conține 8 pagini.

Redactată practica deciziei