



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliu sub nr., SC SRL, cu sediul în, având CUI RO, reprezentată legal de, în calitate de director executiv, a contestat actul administrativ nr. 2735572, întocmit în cadrul „achiziției directe”, a contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Achiziție autovehicul 8+1 locuri”, cod CPV: 34115200-8 (Rev. 2), organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în și a solicitat *„anularea atribuirii procedurii și/sau stabilirea câștigătorului în baza primei oferte transmise autorității contractante”*.

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

Prin contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, împotriva actului administrativ nr. 2735572, de care a luat cunoștință în data de 21.10.2016, întocmit în cadrul „achiziției directe”, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție autovehicul 8+1 locuri”, cod CPV: 34115200-8 (Rev. 2), s-a solicitat *„anularea atribuirii procedurii și/sau stabilirea câștigătorului în baza primei oferte transmise autorității contractante”*.

În fapt, contestatorul învederează faptul că, în urma anunțului de publicitate nr. a transmis autorității contractante oferta societății sale cu nr. 1745/12.10.2016, iar, la data de 13.10.2016 a primit un telefon din partea acesteia prin care i se comunica faptul că oferta a fost câștigătoare, dar comisia dorește transmiterea unei alte oferte cu privire la suplimentarea unui produs a caietului de sarcini, și anume produsul „anvelope de vară cu jante”. În e-mail-ul primit din partea autorității contractante și a telefonului, nu a s-a specificat numărul de bucăți care se dorește a fi oferite, astfel că, până la termenul solicitat, 14.10.2016, societatea sa a înaintat încă 2 propuneri de oferta care implicau modificări de preț, o oferta cu preț inclus pentru achiziție autovehicul 8+1 locuri cu 4

buc. anvelope vara și 4 buc. jante și o altă oferta cu preț inclus pentru achiziție autovehicul 8+1 locuri cu 5 buc. anvelope vara și 5 buc. jante, cu nr. 1762/13.10.2016 împreună cu planul de mentenanță a produsului oferat.

În cauză, contestatorul arată că autoritatea contractanta a adus schimbări la documentația tehnică în urma primirii ofertelor furnizorilor acestui segment de piață, după publicarea în SEAP a documentației de atribuire, respectiv sunt aduse completări, corectări, clarificări la caietul de sarcini. În opinia contestatorului, cauzele acestor acțiuni pot fi multiple: nedefinirea clară a necesității autorității contractante; lipsa de experiență a echipei de proiect în contracte complexe; insuficienta analiza a pieței de profil; direcționarea specificațiilor tehnice spre un anumit produs etc., însă, în spiritul respectării principiilor achizițiilor, aceste schimbări la documentația tehnică puteau fi aduse până la momentul depunerii ofertelor, nu și după primirea acestora.

Contestatorul consideră că modul de lucru al autorității nu-și găsește corespondent pe de o parte în tipul de procedura de achiziție organizat, respectiv "cerere de oferte", iar nu o "negociere cu sau fără publicarea prealabilă a unui anunț", astfel încât să se pună în discuție "depuneri succesive", iar pe de altă parte, niciunde în cuprinsul invitației de participare nu se regăsește posibilitatea depunerii unor oferte alternative.

În final, contestatorul susține că procedura aleasă de către autoritatea contractanta este reglementată de prevederile art.124-130 din OUG nr.34/2006, și care se derulează într-o singură etapă, iar, față de acest aspect, potrivit prevederilor art.78 din HG nr.925/2006, în etapa de evaluare a ofertelor comisia nu are voie să solicite decât clarificări și confirmări formale sau de confirmare fără ca, prin răspunsul la aceste solicitări, să se modifice ofertele sau să creeze operatorilor economici anumite avantaje, astfel cum dispune art. 79 din același act normativ. În egală măsură, contestatorul arată că anularea procedurii poate surveni strict în baza dispozițiilor art. 209 din OUG nr.34/2006, coroborat cu art. 93 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

În dovedirea contestației sale, SC SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresele nr. și nr., pentru respectarea principiului contradictorialității prevăzut la art. 15 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, în considerarea dispozițiilor art. 12 din același act normativ, coroborate cu cele ale art. 7 alin. (5) și art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Consiliul a pus în discuția părților excepția privind lipsa competenței materiale a C.N.S.C.

Prin adresa nr. 1882/02.11.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 33380/02.11.2016, contestatorul precizează următoarele:

Independent de prevederile art. 16 din OUG nr. 34/2006, în aplicarea principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele concrete și ținând seama de cerințele echității și respectiv, în aplicarea principiului *error communis jus*, CNSC soluționează

contestațiile formulate de persoane care se considera vătămate prin acte emise de autoritățile contractante cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Procedura de atribuire ce a fost supusa controlului legalității, intră în aria de reglementare a dispozițiilor OUG nr.34/2006 și respectiv Legea nr.98/2016-privind achizițiile publice, astfel încât CNSC este singura instituție abilitată să soluționeze contestația în cauză.

Mai mult decât atât, toți operatorii economici interesați de aceasta procedura au fost instruiți de către autoritatea contractanta, prin documentația de atribuire, adică prin documentul care guvernează achiziția, să urmeze întocmai procedura de contestare stabilită prin OUG nr.34/2006.

Principiul *error communis facit jus*, conduce la concluzia că, față de caracterul oficial și obligatoriu al documentației de atribuire, prin care operatorii erau instruiți să formuleze eventualele contestații către CNSC, nu aveau nicio altă opțiune în afară de a afla opinia autorității contractante, anume de a înainta contestația conform prevederilor documentației de atribuire către Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor.

În acest sens, printr-o eventuala admitere a excepției lipsei competenței materiale a CNSC, ar fi sancționată societatea și pentru o eroare a autorității contractante și ar "recompensa" autoritatea contractanta, care nu ar avea nici un fel de răspundere, fără ca măcar Consiliul să procedeze la verificarea modului în care autoritatea contractanta a derulat procedura de achiziție.

În cazul în care CNSC considera că nu are competență materială să soluționeze prezentul litigiu, în acord cu practica judiciară contestatorul concluzionează că soluția legală este aceea a declinării competenței și nu de respingere a contestației ca inadmisibilă.

Prin adresa nr. 2735617/02.11.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 33509/03.11.2016, autoritatea contractantă arată că atribuirea contractului în cauză se încadrează în prevederile art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016. Astfel, având în vedere dispozițiile art. 68 din același act normativ, coroborate cu cele ale art. 12 din Legea nr. 101/2016, autoritatea consideră temeinică excepția necompetenței materiale a CNSC în soluționarea contestației dedusă judecății.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază faptul că, în cauză, contestația formulată este nefondată. În acest sens arată că, în cauză, criteriul de atribuire, respectiv "cel mai bun raport calitate-preț", a fost stabilit în conformitate cu dispozițiile art. 187 alin. (3) lit. c) din Legea nr. 98/2016. Astfel, luând în considerare această dispoziție legală coroborată cu prevederile art. 187 alin. (4) și (5) din același act normativ, pentru a acorda șanse egale tuturor ofertanților, comisia le-a solicitat acestora lămuriri suplimentare referitoare la serviciile post vânzare și asistență tehnică, potrivit art. 187 alin. (5) lit. c), la care au răspuns toți ofertanții. Se mai arată că în urma analizei ofertelor prezentate, a fost adjudecată achiziția directă de către ofertantul a cărui ofertă a avut cel mai bun raport calitate-preț.

În final, autoritatea contractantă subliniază faptul că achiziția astfel adjudecată, s-a efectuat prin SEAP.

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 furnizare, având ca obiect *„Achiziție autovehicul 8+1 locuri”*, cod CPV: 34115200-8 (Rev. 2), prin postarea pe site-ul propriu a caietului de sarcini nr. 2731013/06.10.2016 și a specificațiilor tehnice și publicarea în SEAP a anunțului publicitar nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind *„cel mai bun raport calitate-preț”* și valoarea estimată, fără TVA, de 90000.00-113083.00 lei.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia *„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 prin adresele nr. și nr.

Preliminar, Consiliul reține că dispozițiile OUG nr. 34/2006, respectiv HG nr. 925/2006, invocate de SC SRL în cuprinsul contestației sale, au fost abrogate prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia: *„La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (...)* [(art. 238 lit. a)], respectiv prin HG nr. 395/2016, *„La data intrării în vigoare a prezentei hotărâri se abrogă: a) Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (...)* [(art. 2 lit. a)]. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, respectiv 06.06.2016, deci anterior demarării prezentei achiziții.

În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei, produsul ce constituie obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a se încheia, respectiv *„Achiziție autovehicul 8+1 locuri”*, 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) licitația 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 și 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 căreia *„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)”*.

Procedând la verificarea competenței sale materiale în soluționarea 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 și 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 și luând în considerare dispozițiile:

- art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia *„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. 231 din Legea nr. 98/2016, care stipulează că *„În măsura în care prezenta lege nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”*;
- art. 2 din Codul de procedură civilă, care stipulează că *„Dispozițiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă. 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. 1 din Codul de procedură civilă, conform căruia *„Tribunalele judecă: în primă instanță, toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe”*;
- 132 alin. (1) din Codul de procedură civilă, potrivit căruia *„Când în fața instanței de judecată se pune în discuție competența acesteia, din oficiu sau la cererea părților, ea este obligată să stabilească instanța judecătorească competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent”*;
- art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 prin care achizițiile publice sunt asimilate actelor administrative;
- art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care stipulează că *„Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ”*;
- art. 10 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, potrivit căruia *„Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene, precum și cele care privesc taxe și impozite, contribuții, datorii vamale, precum și accesorii ale acestora de până la 1.000.000 de lei se soluționează în fond de tribunalele administrativ-fiscale /.../”*, rezultă că, în cauză, nefiind aplicabile prevederile Legii nr. 101/2016 privitor la soluționarea contestațiilor, competența materială aparține Tribunalului, secția contencios administrativ de la sediul autorității contractante, conform prevederilor art. 95 pct. 1 din Codul de procedură civilă.

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

În consecință, raportat la dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 ce prevăd aplicabilitatea dispozițiilor Legii nr. 554/2004, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare, coroborate cu dispozițiile art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră *„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”*, Consiliul va admite excepția de necompetență materială a CNSC privind soluționarea contestației, invocată din oficiu și, ținând cont de dispozițiile art. 10 din Legea nr. 554/2004, raportat la natura litigiului, tipul de

autoritate emitentă a actului atacat și sediul acesteia, constată că Tribunalul ... - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal are competența materială privind soluționarea cauzei, astfel că va declina cauza către instanța de judecată, soluție care, potrivit art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu este supusă niciunei căi de atac.

Soluția declinării cauzei se impune, fiind în deplină concordanță cu art. 21 alin. (1) din Constituția României, republicată, și cu art. 6 paragr. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată prin Legea nr. 30/1994, permițând accesul neîngrădit și efectiv al contestatorului la judecarea cauzei de către instanța judiciară competentă. Respingerea contestației ca inadmisibilă sau ca greșit îndreptată nu constituie o opțiune legală, câtă vreme art. 12 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și art. 132 C. proc. civ. obligă prioritar Consiliul să stabilească instanța competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent, căruia să îi transmită contestația, iar nu să o respingă ca inadmisibilă sau ca greșit îndreptată.

Pentru aceste motive,
în baza legii și 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 - Secția a II-a Contencios Administrativ și 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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

...