

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1944/C1/1809

Data: 01.09.2021

Prin contestația nr. 476/19.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37115/19.07.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, prin, împotriva comunicării privind rezultatul procedurii nr. 75/12.07.2021 emisă de către, cu sediul în, str., județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări de reabilitare și modernizare a infrastructurii secundare de irigații, a clădirilor aferente stațiilor de pompare și/sau racordare la utilități, inclusiv de construcție/modernizare a bazinelor de colectare și înlocuirea conductelor principale, secundare și antenelor pentru obiectivul de investiții «REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA PLOTULUI DE IRIGAȚII SPP 5»”, cod CPV: 45232120-9, s-a solicitat: anularea raportului procedurii nr. 74/12.07.2021, constatarea admisibilității ofertei SC SRL și obligarea autorității contractante la reevaluarea acesteia.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul critică decizia de excludere a ofertei sale din procedură, ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, conform comunicării privind rezultatul procedurii nr. 75/12.07.2021 și a raportului procedurii nr. 74/12.07.2021, pe motiv că: „Comisia de evaluare a solicitat clarificări prin adresa nr. 66/08.06.2021, cu termen de răspuns 14.06.2021. Ofertantul a răspuns în SICAP în data de 14.06.2021 cu Adresa nr. 423 din 14.06.2021 semnat electronic. În urma analizei de verificare a răspunsului la solicitările de clarificări, la solicitarea 1, Comisia de evaluare a ofertelor decide c[ă] răspunsul este nesatisfăcător pe motiv ca Certificatele de Atestare Fiscală pentru Persoane Juridice privind Impozitele și taxele Locale și alte venituri datorate Bugetului local nr. 36840/11.06.2021 și nr. 37112/14.06.2021

prezentate de ofertant nu pot fi luate în considerare deoarece data de emitere ale acestora, este ulterioară datei de 04.06.2021 data limită la care a fost cerută prezentarea documentelor suport DUAЕ conform Solicitare de documente suport DUAЕ nr. 63 din 25.05.2021, publicată în SEAP în data 26.05.2021 ora 16:16 cu termen de răspuns în data de 04.06.2021". De asemenea, arată că nicio ofertă nu a fost declarată câștigătoare, comisia de evaluare hotărând, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, anularea procedurii de atribuire.

Solicită să se rețină faptul că decizia este abuzivă și netemeinică, în raport cu aspectele ce i se pot imputa, și că în mod evident certificatele în discuție puteau fi acceptate de către comisia de evaluare ca probă corespunzătoare a îndeplinirii cerinței de calificare și, pe cale de consecință, oferta sa putea fi declarată câștigătoare, în condiții de legalitate.

În susținere, face trimitere la prevederile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, apreciind nelegală excluderea din procedură a unui operator economic care, sesizat asupra existenței în sarcina sa a unor obligații de plată (taxe și impozite) scadente, depune diligențele necesare pentru a le achita și prezintă autorității contractante dovada corespunzătoare a acestui demers.

Este evident, în opinia sa, că data certificatelor de atestare eliberate ca urmare a stingerii datoriilor (ca rezultat al sesizării autorității contractante) sunt ulterioare datei solicitării de depunere a documentelor actualizate, textul de lege mai sus citat fiind cauza de drept a acestei situații.

În acest sens, contestatorul precizează că:

- prin solicitarea de clarificări nr. 63/25.05.2021, i s-a pus în vedere să prezinte, până cel târziu la data de 04.06.2021, documentele suport DUAЕ;
- prin adresa nr. 395/31.05.2021, s-au prezentat documentele suport solicitate;
- prin solicitarea de clarificări nr. 66/08.06.2021, i s-a pus în vedere să depună certificate de atestare fiscală pentru unii dintre asociații/subcontractanții săi;
- prin adresa nr. 423/14.06.2021, s-au prezentat certificatele care fac proba îndeplinirii la zi a obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat pentru asociații/subcontractanții indicați în solicitarea comisiei de evaluare, conduita fiind una strict de respectare a cerinței comisiei de evaluare.

Așadar, contestatorul solicită să se observe faptul că a dat curs tuturor solicitărilor formulate de către comisia de evaluare, care prin conținutul lor indicau o conduită „permisivă”/care încurajau ofertanta la

depunerea documentelor certificatoare (așa cum de altfel era și normal și legal), pentru ca la data comunicării să i se impute tocmai această conduită și să fie sancționat pentru prezentarea unui răspuns solicitat de către comisia de evaluare.

Mai mult, consideră că, în mod nejustificat și nelegal, comisia de evaluare a decis să anuleze procedura, în condițiile în care oferta sa nu doar că putea fi declarată admisibilă, ci trebuia declarată admisibilă, în raport cu dispozițiile legale mai sus arătate.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 37375/20.07.2021, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207348031/1, tranzacția: 1107331964/1903814022 din data 19.07.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de 88.000,00 lei.

Prin adresa nr. 77/06.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 41377/09.08.2021, ... transmite parte din documentele din dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 44115/1809/C1/23.08.2021 Consiliul a solicitat OUAI AGRICOLA PALAZU MARE să transmită contractul de finanțare și toate anexele aferente acestuia, Statutul, precum și punctul de vedere cu privire la calitatea de autoritatea a în sensul Directivei 2014/24/UE.

De asemenea, prin adresa nr. 44112/1809/C1/23.08.2021 Consiliul a solicitat SC SRL opinia cu privire la calitatea de autoritate contractantă a

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 542/26.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 44855/26.08.2021 precizând că „considerăm că sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016 prin prisma faptului că achiziția se derulează în cadrul unui proiect finanțat prin PNDR 2014-2020 iar uzanțele specifice acestui program obligă beneficiarii privați de a derula o procedură de achiziție publică în condițiile Legii nr. 98/2016 adică cu aplicarea întocmai și în tot a obligațiilor ce revin unei autorități contractante....”.

..... a răspuns prin adresa nr. 82/26.08.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45283/30.08.2021 solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Referitor la punctul 1 criticat de către contestator, în legătură cu solicitarea privind depunerea documentelor justificative actualizate, precizează că Documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ au fost solicitate inițial contestatorului, în data de 25.05.2021, prin adresa nr. 63. Contestatorul a transmis documentele suport în data de 04.06.2021, prin adresa nr. 395/31.05.2021. Comisia de evaluare a analizat documentele suport/dovezile prezentate de ofertant pentru demonstrarea informațiilor înscrise în DUAЕ. În urma verificării acestora, comisia de evaluare a

constatat că sunt necesare solicitări de clarificare cu privire la anumite inadvertențe între informațiile înscrise în DUAE cu privire la îndeplinirea capacității tehnică și/sau profesională, precum și cu privire la lipsa documentelor doveditoare pentru neîncadrarea în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, comisia de evaluare a solicitat noi clarificări cu privire la inadvertențele sesizate și la documentele lipsă prin adresa numărul 66 din 08.06.2021 cu termen de răspuns 14.06.2021.

Ofertantul a răspuns în termen prin adresa nr.423/14.06.2021, prezentând documentele solicitate, respectiv pentru ofertantul SC VEST INSTAL SRL a prezentat certificat de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri ale bugetului local nr. 36840/11.06.2021 și nr. 37112/14.06.2021, iar referitor la neconcordanțele privind punctele de lucru și certificatele fiscale prezentate, acesta a declarat că punctul de lucru pentru care s-a prezentat certificatul fiscal nu mai este activ fiind desființat, singurul punct de lucru activ este cel care se regăsește menționat în Certificatul constatator prezentat, (pentru operatorul economic SC PROINSTAL SRL s-a menționat în răspunsul la solicitările de clarificare că numărul cadastral 1828, atribuit punctului de lucru care se regăsește menționat în Certificatul constatator prezentat, corespunde adresei din certificatul constatator nr. 393975/26.05.2021 și se regăsește în certificatul fiscal prezentat nr. 32601/26.05.2021, conform nomenclatorului stradal al Primăriei Călărași).

Analizând răspunsul la solicitările de clarificare, comisia de evaluare constată că datele de eliberare pentru documentele lipsă solicitate pentru demonstrarea eligibilității ofertantului sunt ulterioare termenului limită inițial stabilit pentru transmiterea acestora.

În acest sens, prin comisia de evaluare, în baza asumării răspunderii, prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, arată că este singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului.

În cauză, comisia de evaluare a avut în vedere faptul că prin neprezentarea la termenul limită specificat în solicitările de clarificare, a documentelor care să justifice neîncadrarea în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016, ofertantul ar fi putut fi în situația de a nu îndeplini condițiile de eligibilitate, statuate la art. 165 și art. 166 din lege și ar fi putut urmări obținerea printr-un artificiu, a unui avantaj, în sensul acordării unui termen mai lung pentru a putea demonstra îndeplinirea cerințelor de eligibilitate.

Astfel, în baza celor menționate mai sus, comisia de evaluare a considerat că răspunsul la solicitările de clarificare cu privire la îndeplinirea cerințelor de eligibilitate este neconcludent și a hotărât să declare inacceptabilă oferta depusă de Asocieria SC SRL -

SC SRL - SC SRL cu subcontractant declarat SC SRL în baza art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În contextul în care fondurile cu care se realizează investiția pentru care s-a organizat procedura de achiziție, sunt fonduri europene, accesate prin PNDR, conform Contractului de finanțare anexat, în condițiile în care OUAI Agricola Palazu Mare, tocmai datorită contractului de finanțare prin care beneficiază de fonduri este supusă prevederilor OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, comisia de evaluare a considerat că nu se poate admite nici cea mai mică eroare de interpretare.

Față de cele antemenționate, ... solicită respingerea contestației ca nefondată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de entitate juridică contractantă a organizat procedura simplificată, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări de reabilitare și modernizare a infrastructurii secundare de irigații, a clădirilor aferente stațiilor de pompare și/sau racordare la utilități, inclusiv de construcție/modernizare a bazinelor de colectare și înlocuirea conductelor principale, secundare și antenelor pentru obiectivul de investiții «REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA PLOTULUI DE IRIGAȚII SPP 5 PALAZU MARE»”, cod CPV: 45232120-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1083754/26.03.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 4.464.815,70 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Procedând la analiza documentelor prezentate de către persoana juridică contractantă, Consiliul constată că, este înființată în baza Legii îmbunătățirilor funciare nr. 138/2004. Potrivit art. 10.1 și 10.2 din STATUTUL organizației, depus la dosar de prin adresa nr. 82/26.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 45283/30.08.2021: „(1) Pot fi membre ale organizației orice persoane fizice sau juridice care dețin în proprietate, suprafețe de teren situate pe teritoriul organizației sau care au, în condițiile legii, în administrare sau în folosință astfel de terenuri sau infrastructura de îmbunătățiri funciare aflată în proprietatea publică sau privată a statului ori a unităților administrativ-teritoriale.

(2) Persoanele juridice care intenționează să devină membre ale Organizației, vor comunica în scris numele persoanei fizice care le reprezintă în raporturile cu organizația odată cu depunerea adeziunii la prezentul statut”.

Având în vedere prevederile art. 4 și art. 6 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 8 și art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun: „*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. 4 și art. 6 din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că aceasta nu are calitatea de autoritate contractantă, aceasta fiind beneficiarul Contractului de Finanțare nr. C 0430I000041921400229/25.05.2020, pentru acordarea ajutorului financiar nerambursabil în condițiile Programului Național pentru Dezvoltare Rurală, încheiat cu

Conform Anexei IV - Instrucțiuni privind achizițiile publice pentru beneficiarii PNDR, a contractului antemenționat, cap. 3 Scopul și domeniul de aplicare:

*„Prezentele instrucțiuni sunt obligatorii pentru toți beneficiarii submăsurilor 1.1, 1.2, 4.3, 7.2, 7.6, 19.2, și 19.3, **inclusiv cei care nu au calitatea de autoritate contractantă conform art. 4 din Legea nr. 98/2016, aceștia fiind asimilați beneficiarilor publici prin contractul de finanțare încheiat cu AFIR**”.*

În conformitate cu dispozițiile art. 4 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

„Au calitatea de autoritate contractantă în sensul prezentei legi:

(1) a) autoritățile și instituțiile publice centrale sau locale, precum și structurile din componența acestora care au delegată calitatea de ordonator de credite și care au stabilite competențe în domeniul achizițiilor publice;

b) organismele de drept public;

c) asocierile care cuprind cel puțin o autoritate contractantă dintre cele prevăzute la lit. a) sau b)”.

De asemenea, potrivit art. 6 din Legea nr. 98/2016 „*Prezenta lege se aplică pentru atribuirea de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă a unui contract de lucrări, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:*

a) contractul este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50% din valoarea acestuia, de către o autoritate contractantă;

b) valoarea estimată, fără TVA, a contractului este egală sau mai mare decât pragul prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a);

c) contractul include una dintre activitățile menționate la alin. (2).

(2) Activitățile care fac obiectul alin. (1) lit. c) sunt următoarele:

a) lucrări de geniu civil;

b) lucrări de construcție pentru spitale, facilități destinate activităților sportive, recreative și de agrement, clădiri ale instituțiilor de învățământ preuniversitar și universitar și clădiri de uz administrativ. (...)

(4) Autoritățile contractante care finanțează/subvenționează contractele menționate la alin. (1) și (3) au obligația de a urmări respectarea dispozițiilor prezentei legi atunci când nu atribuie ele însele contractul finanțat/subvenționat sau atunci când îl atribuie în numele și pentru alte entități”.

Având în vedere cele antemenționate coroborat cu valoarea estimată în sumă de 4.464.815,70 lei rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că în speță entitatea juridică contractantă nu se încadrează nici în prevederile art. 6 din Legea nr. 98/2016.

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. 4 din Legea nr. 98/2016, nici nu îi sunt aplicabile prevederile art. 6 din același act normativ, entitatea referită chiar dacă avea posibilitatea să organizeze o procedură de atribuire în baza respectivelor norme legale, soluționarea unor eventuale contestații nu poate să intre în sfera de competență a CNSC.

Mai mult, cu privire la „calitatea de autoritate contractantă” reglementată de Legea nr. 133/2017 Consiliul reține și următoarele aspecte:

Potrivit considerentului 10 al Directivei nr. 2014/24/UE „Noțiunea de „autorități contractante” și, în special, noțiunea de „organisme de drept public” au fost examinate în mod repetat în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. Pentru a clarifica faptul că domeniul de aplicare „ratione personae” al prezentei directive ar trebui să rămână neschimbat, este adecvat să se mențină definiția pe care Curtea s-a bazat și să se încorporeze un anumit număr de clarificări oferite de jurisprudența respectivă ca o cheie a unei mai bune înțelegeri a definițiilor propriu-zise, fără intenția de a modifica înțelegerea conceptului astfel cum a fost elaborat în jurisprudență. În acest scop, ar trebui să se clarifice că un organism care funcționează în condiții normale de piață, care urmărește obținerea unui profit și care suportă pierderile care rezultă din exercitarea activității sale nu ar trebui să fie considerat ca fiind un „organism de drept public”, deoarece necesitățile de interes general, pentru îndeplinirea cărora a fost creat sau pentru care i s-a încredințat sarcina de a le îndeplini, pot fi considerate a avea

*caracter industrial sau comercial. În mod similar, condiția referitoare la originea finanțării organismului examinat a fost, de asemenea, examinată în jurisprudență, care a clarificat, între altele, că finanțarea în „cea mai mare parte” înseamnă într-o proporție mai mare de jumătate și că o astfel de finanțare poate include plăți de la utilizatori care sunt impuse, calculate și colectate în conformitate cu normele de drept public”. Rezultă astfel faptul că în cadrul directivei se explică necesitatea clarificării sferei de reglementare a noțiunii de „autoritate contractantă” în general și a noțiunii de „organism de drept public” în special, având în vedere examinarea repetată a acestor elemente în cadrul jurisprudenței CJUE. Deoarece legiuitorul a decis în prealabil ca domeniul de aplicare *ratione personae* al Directivei nr. 2014/24/UE să rămână neschimbat, soluția adoptată înseamnă menținerea definiției care a stat la baza deciziilor CJUE, cu adăugarea la aceasta a unui număr de clarificări rezultate din jurisprudența respectivă în scopul înțelegerii definițiilor propriu-zise.*

În cadrul **anexei I la Directiva nr. 2014/24/UE sunt evidențiate autoritățile contractante din statele membre UE** iar la art. 6 alin. (7) reglementează faptul că, *„Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu articolul 87 pentru a modifica anexa I în scopul actualizării listei de autorități contractante în urma notificărilor din partea statelor membre, atunci când o astfel de modificare se dovedește a fi necesară pentru a identifica în mod corect autoritățile contractante”*, de unde rezultă obligația expresă a statelor membre de a notifica Comisia în legătură cu orice modificări aduse listei „Autorități Guvernamentale Centrale” – Anexa I.

În cadrul anexei I la Directiva nr. 2014/24/UE nu se regăsește

- Intenția legiuitorului european a fost aceea de a nu modifica înțelegerea conceptului consacrat anterior în cadrul legislației și în jurisprudență ci doar de a clarifica sfera conceptului de „organism de drept public” prin prisma condițiilor de funcționare și de finanțare
- noțiunea de „autoritate contractantă” nu se identifică prin voința unui legiuitor național ci doar în condițiile strict reglementate de Directiva nr. 2014/24/UE, aceasta fiind gândită pentru niște scopuri, aplicabile sectorului public care cumpără, în speță fiind vorba de un sector privat;
- definițiile entităților date de legiuitorul european care reprezintă autorități contractante tind să acopere toate persoanele care ar putea discrimina potențiali ofertanți în derularea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, demers care a avut la bază jurisprudența CJUE.

- În doctrina de specialitate s-a consemnat că modul de redactare a hotărârilor a determinat apariția unor teste care pot fi utilizate pentru a decide încadrarea sau excluderea unei entități în/din categoria autorității contractante astfel:

- *testul funcționalității* – se încadrează în categoria autorităților contractante entitățile cu personalitate juridică înființate pentru a satisface necesitățile de interes general, fără caracter industrial/comercial și care sunt dependente de autorități contractante în maniera specifică descrisă de directive. În speță este o entitate înființată pentru a desfășura activități în folosul membrilor săi, respectiv proprietarii și utilizatorii de terenuri de pe teritoriul organizației – astfel cum prevede art. 6 din statutul și cum prevede art. 3 din Legea nr. 138/2004 „Prezenta lege are drept scop: (...) reglementarea înființării și funcționării organizațiilor de îmbunătățiri funciare și a federațiilor de organizații de îmbunătățiri funciare în vederea desfășurării activităților de îmbunătățiri funciare atât în interesul membrilor lor, cât și în interesul public”.

- *testul dualismului* – dacă o entitate întrunește caracteristicile prevăzute de directive în sarcina organismului de drept public, se va încadra în respectiva categorie chiar dacă este o persoană juridică de drept privat. Potrivit art. 2 pct. 4 din Directiva nr. 2014/24/UE „organisme de drept public - înseamnă organismele care au toate caracteristicile următoare:

- a) sunt înființate în scopul specific de a răspunde unor necesități de interes general, fără caracter industrial sau comercial;

- b) au personalitate juridică; și

- c) sunt finanțate, în cea mai mare parte, de către stat, autorități regionale sau locale sau alte organisme de drept public; sau administrarea lor face obiectul supravegherii de către autoritățile sau organismele respective sau au un consiliu de administrație, de conducere sau de supraveghere alcătuit din membri desemnați în proporție de peste 50 % de către stat, de autorități regionale sau locale sau de alte organisme de drept public;” Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că condițiile enumerate, respectiv personalitatea juridică, scopul de a răspunde unor necesități de interes general fără caracter industrial / comercial și dependența de o autoritate contractantă cel puțin cu privire la unul dintre aspectele care privesc după finanțarea, administrarea și/sau desemnarea membrilor organelor de conducere trebuie îndeplinite în mod cumulativ, aspect care rezultă și din cauza CJUE C-18/01 „Astfel cum Curtea a statuat (a se vedea, printre altele, cauza C-360/96 BFI Holding [1998] ECR I-6821, para. 29; cauzele conexe C-223/99 și C-260/99 Agorà and Excelsior [2001] ECR I-3605, para. 26; și Adolf Truley , para. 34),

condițiile prevăzute în această dispoziție sunt cumulative, astfel încât, în lipsa uneia dintre ele, o entitate nu poate fi calificată ca fiind un organism de drept public, și, prin urmare, ca autoritate contractantă în sensul Directivei 92/50". În speță sursa de finanțare a o reprezintă „cotizațiile și tarifele datorate organizației” de către membrii organizației – astfel cum rezultă din cadrul art. 13 lit. b) din statutul Mai mult prevederile art. 76 din Legea nr. 138/2004 nu au suferit modificări prin Legea nr. 133/2017 fiind aplicabile la momentul transpunerii Directivei nr. 2014/24/UE prin Legea nr. 98/2016. Referitor la condiția privind supravegherea de către o autoritate contractantă a modului de administrare a persoanei juridice, clarificările aduse de jurisprudența CJUE au concluzionat în sensul că este necesar ca activitatea de supraveghere a modului de administrare să se realizeze de o manieră care să permită autorității contractante care exercită supravegherea să influențeze efectiv deciziile persoanei juridice în legătură cu atribuirea contractelor de achiziție publică – a se vedea cauza C-237/99. În speță Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale nu are nicio atribuție prin care să influențeze efectiv deciziile în legătură cu atribuirea contractelor de achiziție publică.

- *testul caracterului comercial al activității* – o entitate care derulează exclusiv activități cu caracter comercial sau industrial nu se va încadra în categoria autorității contractante. În speță potrivit prevederilor art. 10 din Legea nr. 138/2004 „Organizația care prestează servicii unei persoane care nu este membru al acesteia și care deține în proprietate sau folosință teren în cadrul teritoriului respectiv percepe tarife care să acopere integral costurile prestării serviciilor de îmbunătățiri funciare către acea persoană”

- *testul dependenței de altă autoritate contractantă* – dacă relația de dependență a unei entități față de o autoritate contractantă este de tip *in – house*, aceasta nu va fi considerată la rândul ei autoritate contractantă.

- În raport cu definiția europeană a contractului de achiziție publică, art. 2 alin. (1) pct. 5, autoritatea contractantă este în mod obligatoriu cumpărător, în paralel cu entitățile care gestionează fonduri europene sau granturi pentru care sunt aplicabile prevederile Tratatului și nu ale directivei decât în condiții expres și limitativ reglementate în cadrul acesteia.

- Prevederile directivei nu se pot aplica în situații nereglementate de directivă, aceasta fiind gândită cu un anumit rost, statele membre UE neputând inventa noi autorități contractante, care sunt limitativ reglementate de directivă și pentru care există anumite

criterii/condiții cumulative (la fel cum nu pot inventa nici noi tipuri/categorii de proceduri de atribuire pentru care este obligatorie publicarea anunțului de participare în JOUE) sens în care Consiliul reține următoarele:

- În cauza C-8/81 CJUE la para. 19 și 20 CJUE a reținut că *„Rezultă din aceasta că, în toate cazurile în care o directivă este corect pusă în aplicare, efectele sale se extind și asupra particularilor, prin intermediul măsurilor de punere în aplicare adoptate de statul membru în cauză (Hotărârea din 6 mai 1980, Comisia/Belgia, 102/79, Recueil, p. 1473). Dimpotrivă, probleme deosebite apar în cazul în care un stat membru nu a aplicat în mod corect o directivă și, în special, în cazul în care dispozițiile unei directive nu au fost puse în aplicare până la expirarea termenului stabilit în acest scop”*

- În cauza C-152/84 para. 48-49 CJUE a reținut că *„În ceea ce privește argumentul conform căruia o directivă nu poate fi invocată împotriva unei persoane de drept privat, este necesar să se sublinieze că, conform articolului 189 din Tratatul CEE, caracterul obligatoriu al unei directive pe care este bazată posibilitatea de a o invoca în fața unei instanțe naționale nu există decât în ceea ce privește „orice stat membru destinat”. Prin urmare, o directivă nu poate să genereze ea însăși obligații pentru o persoană de drept privat, iar o dispoziție a unei directive nu poate, prin urmare, să fie invocată ca atare împotriva unei astfel de persoane. Este, deci, necesar să se examineze dacă, în speță, trebuie să se considere că pârâta a acționat ca o persoană de drept privat. În această privință, este necesar să se remarce că, atunci când reclamanții sunt în măsură să se prevaleze de o directivă împotriva statului, aceștia o pot face indiferent de calitatea în care acționează acesta din urmă, angajator sau autoritate publică. În ambele cazuri este necesar ca statul să fie împiedicat să obțină avantaje din nerespectarea de către acesta a dreptului comunitar.”*

- În cauza C-14/83 CJUE a reținut că *„Este totuși necesar să se precizeze că obligația statelor membre, care rezultă dintr-o directivă, de a atinge rezultatul prevăzut de aceasta, precum și îndatorirea statelor menționate, în temeiul articolului 5 din tratat, de a lua toate măsurile generale sau speciale necesare pentru a asigura îndeplinirea acestei obligații, se impun tuturor autorităților statelor membre, inclusiv autorităților jurisdicționale, în cadrul competențelor acestora. Rezultă de aici că, prin aplicarea dreptului național și în special a dispozițiilor unei legi naționale special adoptate în vederea aplicării Directivei 76/207, instanța națională este obligată să interpreteze dreptul său național în lumina textului și a finalității directivei, în vederea obținerii rezultatului prevăzut la articolul 189 al treilea paragraf”*

- În cauza C-106/89 para 8 CJUE a reținut că *„Pentru a răspunde la această întrebare, este necesar să se aducă aminte că,*

astfel cum a precizat Curtea în Hotărârea sa din 10 aprilie 1984, Von Colson și Kamann, punctul 26 (14/83, Rec., p. 1891), obligația statelor membre, care decurge dintr-o directivă, de a atinge rezultatul prevăzut de aceasta, precum și datoria lor, în temeiul articolului 5 din tratat, de a lua toate măsurile generale sau speciale, necesare pentru a asigura îndeplinirea acestei obligații, se impune tuturor autorităților statelor membre, inclusiv autorităților judecătorești, în cadrul competențelor lor. Prin urmare, în aplicarea dreptului național, indiferent dacă este vorba despre dispoziții adoptate anterior sau ulterior directivei, instanța națională căreia i s-a solicitat interpretarea este obligată să facă acest lucru, în măsura posibilului, în lumina textului și a finalității directivei, pentru a îndeplini rezultatul urmărit de aceasta și pentru a se conforma astfel articolului 189 al treilea paragraf din tratat"

- În cauza C-334/92 para 20 CJUE a reținut că „În al treilea rând, trebuie reamintit că, atunci când interpretează și aplică legislația națională, orice instanță națională trebuie să presupună că statul a avut intenția de a-și îndeplini pe deplin obligațiile rezultate din directiva respectivă. Astfel cum a stabilit Curtea în Hotărârea din 13 noiembrie 1990, *Marleasing* (cauza C-106/89, Rec. p. I-4135, punctul 8), aplicând legislația națională, fie că este vorba despre dispoziții anterioare sau ulterioare directivei, instanța națională care trebuie să o interpreteze are obligația de a face acest lucru în măsura posibilului, ținând seama de textul și de obiectivul directivei, pentru a obține rezultatul prevăzut de aceasta și pentru a se conforma, astfel, articolului 189 paragraful al treilea din tratat."

- În cauza C-91/92 para. 26 CJUE a reținut că „potrivit unei jurisprudențe constante începând cu Hotărârea din 10 aprilie 1984, *Von Colson și Kamann* (14/83, Rec., p. 1891, punctul 26), obligația statelor membre, care rezultă dintr-o directivă, de a atinge rezultatul prevăzut de aceasta, precum și îndatorirea statelor menționate, în temeiul articolului 5 din tratat, de a lua toate măsurile generale sau speciale necesare pentru a asigura îndeplinirea acestei obligații se impun tuturor autorităților statelor membre, inclusiv autorităților jurisdicționale, în cadrul competențelor acestora. Astfel cum rezultă din Hotărârile Curții din 13 noiembrie 1990, *Marleasing* (C 106/89, Rec., p. I 4135, punctul 8), și din 16 decembrie 1993, *Wagner Miret* (C 334/92, Rec., p. I 6911, punctul 20), instanța națională este obligată ca, la aplicarea dreptului intern, indiferent dacă este vorba de dispoziții anterioare sau ulterioare unei directive, să interpreteze dreptul național, în cea mai mare măsură posibilă, în lumina textului și a finalității directivei în cauză pentru a obține rezultatul urmărit de aceasta și pentru a se conforma astfel articolului 189 alineatul (3) din tratat".

○ În cauza C-148/78 CJUE la para 25-27 a reținut că *„prin a doua întrebare, instanța națională întreabă, în esență, dacă, prin introducerea dispozițiilor directivei privind solvenții în ordinea sa juridică internă, statul membru destinat poate prevedea „obligații și limitări mai precise și mai detaliate sau, în orice caz, diferite”, în special obligând să se aplice pe recipiente informații care nu sunt cerute de directivă; Efectul combinat al articolelor 3 – 8 din Directiva 73/173/CEE este acela că numai solvenții „conformi cu dispozițiile prezentei directive și ale anexei la aceasta” pot fi introduși pe piață, precum și că statele membre nu au dreptul de a menține, în paralel cu normele prevăzute de respectiva directivă, norme diferite privind piața internă; Prin urmare, drept consecință a sistemului introdus de Directiva 73/173/CEE, un stat membru nu poate introduce în legislația sa națională condiții mai restrictive decât cele prevăzute de directiva în cauză sau mai detaliate sau, în orice caz diferite, în ceea ce privește clasificarea, ambalarea și etichetarea solvenților, iar această interdicție de impunere de restricții care nu sunt prevăzute se aplică atât introducerii directe a produselor pe piața națională, cât și produselor importate;”*

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.

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 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 jurisdictională 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. 4 din Legea nr. 98/2016. De asemenea, nu se poate încadra nici la prevederile art. 6 din Legea nr. 98/2016.

Ținând cont de aceste aspecte rezultă, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. l) și m) din Legea nr. 98/2016, 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 o entitate juridică unei organizații înființate în baza Legii îmbunătățirilor funciare nr. 138/2004.

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.

În acest sens sunt și Deciziile CNSC nr. 1903/C1/1797/27.07.2017, nr. 1908/C1/2027/27.07.2017, nr. 283/C1/4766/31.01.2018 și nr. 1052/C1/982/20.04.2018, prin care Consiliul a declinat competența de soluționare a unor contestații formulate cu privire la proceduri de atribuire organizate de alte organizații ale utilizatorilor de apă, aceste cauze fiind reținute de către instanță spre competență soluționare.

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 din Legea nr. 101/2016, ce prevăd completarea dispozițiilor actului antementionat cu

cele de drept comun în lipsa unor dispoziții exprese, coroborate cu dispozițiile art. 131 din Codul de Procedură Civilă și cu art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, 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 Cod procedură civilă coroborat cu art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și va declina competența de soluționare a contestației formulate de SC SRL împotriva, către

Fără pronunțare asupra fondului contestației.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Declină competența de soluționare a contestației depuse de SC SRL împotriva către TRIBUNALUL

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către TRIBUNALUL conform art. 12 alin. (3) Legea nr. 101/2016.

Fără cale de atac.

Obligatorie.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practica deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini