



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, Str. Stavropoleos, nr.6 sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

.....

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5420/01.03.2016, formulată de S.C. S.R.L., cu sediul în localitatea, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având C.U.I. RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva adresei nr. 1863/24.02.2016, vizând rezultatul procedurii de atribuire, având ca obiect furnizarea de „**Filer de calcar**”, cod CPV 44831200-6 filere (Rev.2), derulată de către S.C. S.A., cu sediul în, prin intermediul S.A., s-a solicitat anularea actului atacat ca fiind netemeinic și dispunerea reluării procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Admite excepția lipsei competenței materiale a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor în cauză, invocată din oficiu, și declină soluționarea contestației formulată de către S.C. S.R.L., cu sediul în localitatea, în contradictoriu cu S.C. S.A., cu sediul în, către TRIBUNALUL, Secția a II- a civilă de contencios administrativ și fiscal.

Dispune trimiterea dosarului către această instanță judecătorească.
Fără cale de atac.

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 5420/01.03.2016, S.C. S.R.L., în contradictoriu cu S.C. S.A., entitate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, derulată prin intermediul S.A., a contractului de furnizare „**Filer de calcar**”, cod CPV 44831200-6 filere (Rev.2), s-a solicitat anularea actului atacat, ca fiind netemeinic și nelegal, și dispunerea reluării procedurii de atribuire.

Petenta menționează că, prin invitația de participare înaintată societății sale cu adresa nr. 786/10.02.2016, ... i-a adus la cunoștință faptul că, în data de 23.02.2016, ora 12.00, în cadrul ședinței de tranzacționare pe Piața la Disponibil – Ringul Materialelor de Construcții, ordin nr. 67/2016, va avea loc achiziția de către entitatea achizițitoare S.C. S.A. a unei cantități de 3.300 to de „**Filer calcar**”, cod CPV 44831200-6 Filere Rev. (2).

Ulterior depunerii „*documentației de licitație conform caietului de sarcini*”, S.C. S.A. a transmis către BRM adresa nr. 1863/24.02.2016, prin intermediul căreia i s-a comunicat faptul că oferta depusă de S.C. S.R.L. a fost calificată în următoarea etapă de tranzacționare a ofertei financiare, etapă ce urma a avea loc în data de 25.02.2016, ora 12.00, iar S.C. S.R.L. a fost exclusă din procedura de atribuire, „*deoarece conform art. 181 lit. c^x) «ofertantul în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit, în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestora»*”.

Autoarea contestației menționează că, prin aceeași comunicare, S.C. S.A. a arătat că potrivit documentului contestator nr. 25469/28.09.2015, S.C. S.R.L. nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale asumate, fapt care-i conferă entității achizitoare dreptul de a o exclude din procedura de atribuire.

Susținând că adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire este nelegală și netemeinică, petenta arată că, în conformitate cu dispozițiile art. 97^x din H.G. nr. 925/2006 și art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul, nu și obligația de a exclude din cadrul procedurii de atribuire un ofertant care se află într-una din situațiile prevăzute de art. 181 din ordonanță.

Față de cele prezentate, S.C. S.R.L. apreciază că nu se impunea excluderea sa din procedura de atribuire având în vedere faptul că „*în cuprinsul documentului contestator nr. 25469/28.09.2015 nu se arată, în nici un fel, de ce s-a menționat nerespectarea termenelor de livrare, iar, pe de altă parte, nu se precizează dacă s-a produs vreun prejudiciu autorității contractante*”.

În consecință, arată petenta, atât timp cât nu s-a produs niciun prejudiciu, nerespectarea termenelor de livrare nu reprezintă o culpă

majoră, care să conducă la excluderea S.C. S.R.L. din cadrul procedurilor de atribuire pe o perioadă de 2 ani, întrucât în sens contrar, *„autoritatea contractantă ar avea posibilitatea ca, pentru oricare abatere minoră să excludă din procedura de atribuire, pe viitor orice ofertant culpabil de o astfel de încălcare a obligațiilor”,* ajungându-se la situația în care *„toți ofertanții ar fi excluși pe viitor știindu-se faptul că în cadrul execuției contractului pot apărea dificultăți minore care fac parte din activitatea curentă a oricărui antreprenor”*.

În considerarea dispozițiilor art. 269 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările ulterioare, prin adresele nr. 5748 și, respectiv, nr. 5750 din 03.03.2016, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei competenței sale materiale de a soluționa contestația în raport de prevederile art. 1, art. 18, art. 19, art. 255 alin. (1) și art. 256 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin punctul de vedere nr. 2164/04.03.2015, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 5941/04.03.2015, S.C. S.A. a solicitat admiterea excepției de necompetență materială a Consiliului și declinarea competenței de soluționare a contestației depusă de către S.C. S.R.L. către Tribunalul - Secția civilă, de contencios administrativ și fiscal menționând că respectiva entitate nu are calitate de autoritate contractantă în sensul prevederilor O.U.G. nr. 34/2006, neîncadrându-se în niciuna dintre situațiile descrise la art. 8 din ordonanță, sens în care invocă următoarele argumente:

- în conformitate cu dispozițiile art. 8 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă este definită ca fiind *„Oricare organism, altul decât unul din cele prevăzute la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial și care se află în cel puțin una din următoarele situații, (...)”*.

- Curtea de Justiție a Curții Europene a stabilit că (o entitate juridică) nu este calificată ca autoritate contractantă dacă interesul public pe care-l servește are caracter industrial sau comercial. În același context aceeași instituție a decis că nu poate fi calificată ca autoritate contractantă entitatea juridică ce funcționează după criteriile eficienței, randamentului, rentabilității și dacă nu beneficiază de niciun mecanism pentru a compensa eventualele pierderi financiare, entitatea în cauză suportând ea însăși riscul activității economice întreprinse;

- Curtea de Justiție a Curții Europene a luat în calcul pentru calificarea, ca autoritate contractantă a unei entități juridice în sensul O.U.G. nr. 34/2006, și condiția existenței unei contraprestații pentru serviciile prestate de entitatea/persoana juridică în cauză (decizia Agora din cauzele conexe C 223/99 și C-60/99, precum și decizia C360/96 BFI Holding, menționate în Legislația achizițiilor publice, contestații și explicații, ediția 3, ed. CH Beck, autor Irinel Mădălin Niculeasa).

S.C. S.A. menționează că respectiva societate a fost înființată pentru a desfășura activități prin excelență cu caracter

comercial sau industrial, astfel că nu poate fi calificată ca autoritate contractantă în sensul prevederilor art. 8 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006.

Mai mult, entitatea achizitoare afirmă că „*nu lipsit de relevanță este și faptul că S.C. S.A. este societate comercială care funcționează în conformitate cu prevederile Legii nr. 31/1990, după criteriile eficienței, randamentului, rentabilității, are gestiune economică proprie, SE AUTOFINANȚEAZĂ (NU UTILIZEAZĂ FONDURI PUBLICE ȘI NU PRIMEȘTE SUBVENȚII DE LA BUGET), suportă riscul activității economice întreprinse, desfășoară activitate comercială și industrială, acționând în domeniul concurenței, primind pentru serviciile prestate contraprestații din partea contractanților cu care intră în relații comerciale*”.

Prin adresa nr. 69/07.03.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 6268/08.03.2016, S.C. S.R.L. a răspuns solicitării Consiliului, precizând că, din punctul său de vedere, competența soluționării contestației nr. 5420/01.03.2016 revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor

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

S.C. S.A. a inițiat o procedură proprie de achiziție prin intermediul S.A., sens în care pe site-ul BRM SA a fost publicat Ordinul inițiator nr. 67/2016 având ca obiect „Filer de calcar, în cantitate 3.300 tone.

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

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

Analizând înscrisurile aflate la dosarul cauzei, pentru a stabili dacă S.C. S.A. este autoritate contractantă, în sensul dispozițiilor art. 8 lit. b) din actul normativ menționat, în conformitate cu care “*Este autoritate contractantă în sensul prezentei ordonanțe de urgență: (...) b) oricare organism, altul decât unul dintre cele prevăzute la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial și care se află cel puțin în una dintre următoarele situații: este finanțat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită*

la lit. a), sau de către un alt organism de drept public”, Consiliul constată că, potrivit informațiilor de pe site-ul propriu, S.C. S.A este persoana juridică română, având forma juridică de societate pe acțiuni, înființată cu data de 1 iunie 1998, prin reorganizarea, care se desființează cu aceeași dată.

Potrivit art. 6 din statutul societății achizitoare, obiectul acesteia de activitate este:

- *Lucrări de construcție, modernizare, consolidare, reparare și întreținere de drumuri și poduri, inclusiv lucrări colaterale;*
- *Execuția de lucrări și instalații tehnologice în construcții privind amenajări și deschideri de cariere, balastiere, stațiile de concasare - sortare, fabrici de beton, asfalt și mortar;*
- *Elaborarea documentațiilor de cercetare, execuție lucrări de cercetare geologică, de dezvoltare și exploatare pentru agregate sortate de balastieră;*
- *Lucrări generale de construcții și instalații;*
- *Întocmirea de studii, proiecte și documentații de execuție pentru realizarea lucrărilor de construire, reparare, consolidare și întreținere a drumurilor, podurilor și tunelelor, precum și a lucrărilor generale de construcții și instalații;*
- *Producerea și comercializarea materialelor de construcție, a prefabricatelor de beton, mixturilor asfaltice și a produselor bituminoase și petroliere, efectuarea verificării materialelor de construcție în laborator și în "Situ";*
- *Încercări de laborator rutiere pentru materiale semifabricate, procese tehnologice și echipamente, elaborarea, avizarea și aplicarea agrementelor tehnice;*
- *Închirierea și vânzarea de echipamente și unități de lucru din dotare;*
- *Producerea, cumpărarea, închirierea și vânzarea mijloacelor de transport, utilajelor și echipamentelor specifice;*
- *Acordarea de consultanță tehnică în construcții, întocmirea și comercializarea unor programe informatice specifice;*
- *Executarea de construcții pentru depozitarea deșeurilor industriale și menajere (cenușă, zgură, steril, substanțe toxice, gunoi) și lucrări pentru înlăturarea efectelor calamităților;*
- *Revizia, întreținerea și reparația autovehiculelor, utilajelor de construcții și echipamentelor specifice;*
- *Comerț intern și extern, en gross și en detail cu utilaje, produse industriale și agroalimentare;*
- *Organizarea de programe, cursuri, seminarii de perfecționare profesională în domeniile de competență;*
- *Editarea de publicații de specialitate proprii și activitate de editura pentru terți;*
- *Amenajarea și închirierea de spații proprii de depozitare și comercializare a produselor industriale și agroalimentare;*

- Efectuarea oricăror alte operațiuni productive, comerciale și servicii legate de obiectul de activitate, inclusiv o reprezentanță, intermediere consignație, contrapartidă”.

Se reține astfel că, deoarece entitatea contractantă S.C. S.A **desfășoară activități industriale și comerciale**, respectiva societate nu este un organism de natura celor reglementate de art. 8 lit. b) din OUG nr. 34/2006, nefiind astfel “autoritate contractantă”.

Prin urmare, litigiul inițiat prin contestația formulată de către S.C. S.R.L. este un litigiu între profesioniști așa cum aceștia sunt definiți de art. 3 alin. (2)-(3) din C.civ. – „(2) **Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere.** (3) *Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una ori mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea sau înstrăinarea de bunuri ori în prestarea de servicii, indiferent dacă are ori nu un scop lucrativ*”, calea administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului neputând fi urmată decât **împotriva actelor vătămătoare provenind de la o autoritate contractantă**, iar nu de la orice entitate organizatoare de licitații.

În condițiile în care entitatea achizitoare este persoană juridică de drept privat, având forma juridică de societate pe acțiuni și, raportat la acest statut, ea nu se încadrează în niciuna dintre categoriile de autorități contractante stabilite de art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, neavând astfel obligația aplicării prevederilor ordonanței în scopul desfășurării activității proprii sau în scopul realizării obligațiilor asumate prin contractele pe care le încheie cu terții, Consiliul constată că soluționarea litigiului nu este de competența sa.

Incidența în cauză a dispozițiilor art. 9 din OUG nr. 34/2006 nu poate fi pusă în discuție, deoarece contractul care urmează a fi atribuit este unul de furnizare și nu de servicii sau lucrări.

Luând în considerare Decizia nr. 284/2012 din 27 martie 2012, prin care Curtea Constituțională a stabilit, în mod definitiv, faptul că procedura jurisdicțională prevăzută de O.U.G. nr. 34/2006 nu restricționează dreptul persoanelor care se consideră vătămăte de a alege calea de atac în justiție, drept pe care îl prescrie art. 21 alin. (4) din Constituție, în situația în care nu au relevanță în cauză prescripțiile cap. IX din OUG nr. 34/2006, Consiliul determină că, în situația dată, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește pe baza dreptului comun, persoanele care se consideră vătămăte putând apela la instanțele judecătorești competente.

Așadar, întrucât soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a Consiliului și luând în considerare dispozițiile:

- art. 266 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căruia Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedura de atribuire;

- art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, care stipulează că, în măsura în care ordonanța de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun;

- art. 2 din Noul Cod de procedură civilă, care stipulează că dispozițiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă; ele se aplică și în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare;

- art. 95 pct. 1 din Noul Cod de procedură civilă, conform căruia tribunalul judecă în primă instanță, toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe;

- art. 132 alin. (1) din Noul Cod de procedură civilă, potrivit căruia instanța de judecată este obligată să stabilească instanța judecătorească competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent,

Consiliul va admite excepția necompetenței sale în materie, invocată din oficiu, și, constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației, urmează a face aplicarea art. 132 din Codul de procedură civilă și va transmite contestația împreună cu dosarul constituit instanței de judecată competentă.

Soluția declinării cauzei este în deplină concordanță și cu art. 21 alin. (1) din Constituția României, republicată, și cu art. 6 paragraful 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 judecătorească competentă.

În soluționare a fost avută în vedere și practica constată a instanțelor de judecată, relevante fiind decizia nr.28/12.02.2011, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.2598/07.11.2011, pronunțată de Curtea de Apel București, decizia nr.342/06.04.2012, pronunțată de Curtea de Apel Craiova, decizia nr.1295/27.04.2013, pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș.

Relevantă în cauză prezintă decizia nr. 737 din 23 martie 2010, în a cărei motivare Curtea de apel Craiova a reținut astfel: *„Cum petenta nu îndeplinește calitatea de autoritate contractantă, astfel cum este aceasta reglementată de art. 8 din ordonanță, iar contractul nu este unul de achiziție publică pentru care să se aplice dispozițiile art. 9, Curtea apreciază că, în speța dedusă judecății, **Consiliul nu avea competență în soluționarea contestațiilor (...)**”.*

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competența de soluționare a contestației depusă de către S.C. S.R.L. către TRIBUNALUL, Secția a II-a Contencios Administrativ și fiscal, pe rază căruia își are sediul entitatea achizitoare.

Raportat la cele stabilite mai sus, Consiliul nu va proceda la cercetarea fondului cauzei.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. (3) din ordonanța de urgență.

