CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Bucureşti, 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. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia nr. RO 15321/23.12.2016, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 39879/27.12.2016, formulată de SC .....SA, cu sediul în municipiul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr...., având C.U.I. ...., reprezentată legal ....., împotriva deciziei de atribuire, comunicată în data de 15.12.2016, de către .....SA, cu sediul în localitatea ....., în cadrul procedurii proprii de achiziție de **„.....”**, inițiată prin anunțul nr. 50/14.12.2016, publicat pe, s-a solicitat, în principal, *„anularea actului de desemnare a ofertei câștigătoare, (...), iar, în raport de ofertele, astfel cum acestea au fost depuse inițial de către ofertanți, să fie desemnată, ca și ofertă câștigătoare, oferta de pusă de societatea noastră”* și, în subsidiar, *„anularea procedurii de licitație deschisă, defășurată în data de 28.11.2016 ....., având în vedere că acesta s-a desfășurat cu încălcarea prevederilor legale în vigoare”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestaţia nr. RO 15321/23.12.2016, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 39879/27.12.2016, SC .....SA critică decizia de atribuire, comunicată în data de 15.12.2016, de către .....SA, în cadrul procedurii proprii de achiziție de **„.....”**, solicitând, în principal, *„anularea actului de*

desemnare a ofertei câștigătoare, (...), iar, în raport de ofertele, astfel cum acestea au fost depuse inițial de către ofertanți, să fie desemnată, ca și ofertă câștigătoare, oferta de pusă de societatea noastră" și, în subsidiar, *„anularea procedurii de licitație deschisă, defășurată în data de 28.11.2016 ....., având în vedere că acesta s-a desfășurat cu încălcarea prevederilor legale în vigoare".*

În fapt, petenta menţionează că a participat, în calitate de ofertant la procedura de atribuire mai sus menţionată, iniţiată de .....inițiată prin anunțul nr. 50/14.12.2016, publicat pe site-ul .....[1], iar, în conformitate cu cerințele fișei de date a achiziției, caietului de sarcini și Formularului nr. 4, a depus propunerea financiară *„în cuprinsul căreia era evidențiat prețul contractului ca fiind valoarea totală, fără TVA, de 1.049.160,65 lei, iar separat s-a evidențiat valoarea accizei, conform reglementărilor în vigoare".*

Arătând că, potrivit procesului-verbal încheiat cu ocazia ședinței de deschidere a ofertelor, prețul contractului, fără TVA, ofertat de ..... SA a fost de 1.057.720 lei, preț mai mare decât cel oferit de SC .....SA., petenta susține că: *„în raport de ofertele inițiale nemodificate, depuse de participanții la licitația deschisă, desfășurată în data de 28.11.2016 de ....., în vederea atribuirii contractului de ....., cod CPV 09123000-7, oferta financiară a societății noastre trebuia declarată câștigătoare, având prețul cel mai scăzut".*

Susținând că, deși *„în raport de reglementările în vigoare"*, entitatea achizitoare avea obligația ca, ulterior deschiderii și analizării ofertelor depuse, să desemneze oferta câștigătoare, comisia de evaluare, după ce a analizat ofertele, a întocmit procesul-verbal de deschidere, fără a desemna oferta câștigătoare și, mai mult, a comunicat acest proces-verbal ofertanților, făcând astfel cunoscute prețurile ofertate, iar ulterior, în data de 29.11.2016, a solicitat acestora clarificări/detalieri ale ofertei financiare, precum și o serie de alte documente, situație în care, în opinia petentei, s-a permis, în mod evident, ofertantului ..... SA să modifice prețul inițial, de la valoarea de 1.057.720 lei + TVA la valoarea de 1.030.500,18 lei, menționată în comunicarea rezultatului procedurii transmisă către societatea sa în data de 15.12.2016, entitatea achizitoare încălcând astfel reglementările legale în vigoare.

Invocând normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică, autoarea contestației apreciază că, în ipoteza în care entitatea achizitoare aprecia utilitatea anumitor clarificări/detalieri ale propunerilor financiare depuse de ofertanți, pentru respectarea reglementărilor legale în vigoare, a principiului nediscriminării, precum și pentru asigurarea unei concurențe reale și loiale, în ziua deschiderii ofertelor, ...SA avea obligația de a solicita, în mod separat, fiecărui ofertant ca, până la sfârșitul zilei în care s-a procedat la deschiderea ofertelor sau cel mai târziu până la o anumită oră din ziua lucrătoare imediat următoare, să transmită solicitările de clarificări, fără a face cunoscute ofertanților competitori prețurile ofertate de fiecare în parte.

În opinia contestatoarei, în măsura în care ofertanții nu se conformau acestor solicitări, entitatea achizitoare urma să analizeze ofertele depuse în raport de cerințele documentației de atribuire și să constate, după caz, neconformitatea sau inacceptabilitatea propunerilor financiare depuse și să continue demersurile necesare în raport de această situație.

Petenta apreciază că entitatea achizitoare nu a luat toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței, ci, dimpotrivă, *„s-a contribuit la favorizarea ofertantului competitor ..... SA, căruia i s-a permis modificarea prețului după deschiderea ofertelor”,* mod de gestionare a procedurii de licitație care, în opinia contestatoarei, a permis ofertantului ..... SA ca, după ce a avut cunoștință de prețul ofertat de competitor, să modifice prețul inițial astfel încât să fie declarat câștigător.

Față de cele prezentate, autoarea contestației apreciază că *„în cauză nu au fost respectate criteriile de calificare, selecție, factorii de evaluare a ofertelor, prevăzuți în anunțul de participare care a stat la baza declarării ofertei câștigătoare, conducând la alterarea rezultatului procedurii, prin anularea avantajelor competitive”.*

În drept, au fost invocate prevederile legii nr. 101/2016.

SC .....SA precizează că societatea sa a transmis entității achizitoare Notificarea prealabilă nr. 14986/19.12.2016, însă, până la data formulării contestației, nu a primit nici un răspuns din partea acesteia.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

Cu adresele nr. 225/C6 și 220/C6 din 04.01.2016, Consiliul a pus în discuția părților excepţia lipsei de competenţă materială a C.N.S.C. de a soluţiona contestaţia, prin prisma faptului că, derulând acțiuni cu caracter comercial și industrial, ...SA nu are calitatea de activitate contractantă în sensul reglementărilor art. 4 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, nefiind inclusă nici în vreuna dintre anexele DECIZIEI COMISIEI din 9 decembrie 2008 de modificare a anexelor la directivele 2004/17/CE și 2004/18/CE ale Parlamentului european și ale Consiliului privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții în ceea ce privește listele de entități contractante, iar procedura a fost organizată conform Normei Procedurale Interne pentru atribuirea contractelor de furnizare/prestare servicii/execuție lucrări pentru CN ..... SA și filialele sale nr. 3819/19.09.2013, fiind publicată prin publicarea unui anunț pe site-ul propriu, fără utilizarea SEAP.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. R10/09.01.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 712/09.01.2017, ...SA apreciază că excepția lipsei de competenţă materială a C.N.S.C de a soluționa contestația este „îndreptățită”, competența de soluționare a aspectelor invocate în contestație aparținând instanțelor judecătorești în materie civilă.

Entitatea achizitoare precizează că, în conformitate cu statutul său, ...SA are ca obiect de activitate desfășurarea de activități cu caracter comercial și industrial, în condiții de competitivitate și profitabilitate.

Se mai arată că, pentru achiziția de ....., desfășurată în data de 28.11.2016, a fost aplicată procedura internă a Societății, sursa de finanțare fiind asigurată din resursele proprii ale unității.

Entitatea achizitoare precizează că a purtat corespondență privind procesele-verbale de deschidere a ofertelor, comunicări și clarificări/completări de documente, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cu ambii operatori economici participanți la procedură, conform procedurii interne (proprii), activități ce sunt expres prevăzute și de art. 64 din H.G. 395/2016, în pofida faptului că unitatea sa nu a recurs la această procedură, întrucât nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul legii mai sus menționate.

.....SA subliniază faptul că nu are calitate de autoritate contractantă în sensul prevederilor art. 4 din Legea nr. 98/2016, nefiindu-i aplicabile condițiile prevăzute de respectiva lege, unitatea desfășurând activități cu *„caracter industrial și comercial, (...), în condiții de competitivitate și profitabilitate”,* conform statutului societății.

Prin adresa nr. RO20 – 412 din 10.01.2016, ...apreciază că, deoarece ...este societate cu capital deținut în întregime de statul român, în caliatte de acționar unic, filiala ..... are calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire trebuia derulată cu respectarea dispozițiilor Legii nr. 98/2016 și astfel soluționarea contestației este de competența Consiliului.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarea situaţie de fapt:

..., ..., societate comercială constituită conform HG nr. 979/2000 privind înfiinţarea ..... prin fuziunea ..... a inițiat o procedură proprie de atribuire a unui contract de furnizare pentru achiziția de „***.....***”, sens în care a publicat pe site-ul propriu ...., anunțul nr. 50/14.12.2016.

.....a depus ofertă în cadrul procedurii, iar ulterior evaluării acesteia, nemulțumită de rezultat, a formulat contestația ce constituie obiect al cauzei, considerând că soluționarea acesteia intră în competența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Procedând la verificarea competenței sale materiale în soluționarea cauzei, Consiliul reține următoarele aspecte:

- în conformitate cu dispozițiilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor potrivit cărora: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un* ***act al unei autorităţi contractante*** *(…) poate solicita anularea actului, (…)* ***pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară****, potrivit*

prevederilor prezentei legi", competența Consiliului este aceea de a soluționa remedii doar în legătură cu acte ale autorităților contractante;

- potrivit art. 2 alin. (2) din H.G. nr. 979/2000 privind înființarea ....., prin fuziunea .... consolidată, ...SA, este filială cu personalitate juridică inclusă în Anexa nr. 1 a actului normativ, iar conform art. 4 din hotărâre, obiectul principal de activitate este constituit de: *„fabricarea, repararea și modernizarea produselor de tehnică militară, producția industrială civilă, efectuarea de operațiuni de marketing,* ***comercializarea de produse pentru apărare și industriale de uz civil****, cercetare-proiectare, import-export, prestarea de servicii specializate, orice alte operațiuni în legătură directă sau conexă cu domeniul său de activitate, care să-i asigure susținerea și dezvoltarea activității de bază, conform statutului propriu"*;

- întrucât prin obiectul său de activitate .....SA derulează ***exclusiv activități cu caracter comercial și industrial***, respectiva entitate ***nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul reglementărilor art. 4 din Legea nr. 98/2016*** privind achizițiile publice, nefiind inclusă nici în vreuna dintre anexele DECIZIEI COMISIEI din 9 decembrie 2008 de modificare a anexelor la directivele 2004/17/CE și 2004/18/CE ale Parlamentului european și ale Consiliului privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții în ceea ce privește listele de entități contractante;

- contractul pentru a cărui atribuire a fost organizată procedura proprie este unul de furnizare de utilități (.....) finanțat din surse proprii, astfel că acesta nu intră în sfera acelor contracte reglementate de art. 6 din Legea nr. 98/2016 pentru a căror atribuire este aplicabilă legislația în materia achizițiilor publice de către entitățile juridice fără calitate de autoritate contractantă;

- procedura organizată de entitatea achizitoare este una proprie, derulată conform Normei Procedurale Interne pentru atribuirea contractelor de furnizare/prestare servicii/execuție lucrări pentru CN ..... SA și filialele sale nr. 3819/19.09.2013, fiind inițiată prin publicarea unui anunț pe site-ul propriu al achizitoarei, fără utilizarea SEAP, iar fondurile utilizate sunt fonduri proprii.

În raport de cele reținute, Consiliul constată că achizitoarea .....SA *nu are calitatea de autoritate contractantă*, situație în care **litigiul dintre aceasta și petenta .....nu se circumscrie reglementărilor 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 autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*", iar procedura de achiziție proprie nefiind una dintre cele reglementate de art. 68 din Legea nr. 98/2016, soluționarea litigiilor în legătură cu tipuri de proceduri diferite de cele reglementate de normele antemenționate excede dispozițiilor art. 12

alin. (1) din Legea nr. 101/2016 – „*Consiliul **este competent** să soluţioneze contestaţiile **cu privire la procedurile de atribuire a contractelor** (...)*”.

Astfel fiind, în considerarea dispozițiilor:

- alin. (2) – (3) ale art. 12 din Legea nr. 101/2016 conform cărora „*Contestaţiile care nu intră în competenţa de soluţionare a Consiliului **sunt declinate de acesta, prin decizie,** către instanţa de judecată competentă ori, dacă este cazul, către un alt organ cu activitate jurisdicţională competent. (3) **Decizia de declinare a competenţei Consiliului nu este supusă niciunei căi de atac**, dosarul fiind trimis de îndată instanţei de judecată competente ori, dacă este cazul, unui alt organ cu activitate jurisdicţională competent*”;

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

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

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

Consiliul va admite excepţia necompetenţei sale în materie, invocată din oficiu, şi, constatând lipsa sa de competenţă în soluţionarea contestaţiei, urmează a face aplicarea art. 132 din Codul de procedură civilă şi va transmite contestaţia împreună cu dosarul constituit instanţei de judecată competentă.

Soluţia declinării cauzei este în deplină concordanţă şi cu art. 21 alin. (1) din Constituţia României, republicată, şi cu art. 6 paragraful 1) din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, ratificată prin Legea nr.30/1994, permiţând accesul neîngrădit şi efectiv al contestatorului la judecarea cauzei de către instanţa judecătorească competentă.

În soluţionare a fost avută în vedere şi practica constată a instanţelor de judecată, relevante fiind decizia nr.28/12.02.2011, pronunţată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.2598/07.11.2011, pronunţată de Curtea de Apel Bucureşti, decizia nr.342/06.04.2012, pronunţată de Curtea de Apel Craiova, decizia nr.1295/27.04.2013, pronunţată de Curtea de Apel Târgu Mureş.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competenţa de soluţionare a contestaţiei depusă de către SC .....SA către ..., Secţia Contencios administrativ şi fiscal, pe rază căruia îşi are sediul entitatea achizitoare.

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

Decizia este obligatorie, potrivit dispoziţiilor art. 283 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Pentru cele constatate,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepţia lipsei competenţei materiale a Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor în cauză, invocată din oficiu, şi declină soluţionarea contestaţiei formulată de către SC .....SA, cu sediul în municipiul ....., în contradictoriu cu ... cu sediul în localitatea ....., către TRIBUNALUL ... Secţia Contencios administrativ şi fiscal.

Dispune trimiterea dosarului către această instanţă judecătorească.

Fără cale de atac.