



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, str..... nr. jud., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin - administrator, împotriva rezultatului procedurii, emis de către, cu sediul în, în calitate de entitate juridică contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată prin Norme Procedurale Interne, în vederea atribuirii contractului, având drept obiect: „Autobasculantă 89-100T - 2 buc”, s-a solicitat: anularea procesului verbal de adjudecare a licitației ca netemeinic și nelegal, precum și declararea ofertei competitorului SC SRL ca neconformă și reevaluarea ofertelor rămase în competiție.

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

SC SRL a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii, emis de către, în calitate de entitate juridică contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată prin Norme Procedurale Interne, în vederea atribuirii contractului, având drept obiect: „Autobasculantă 89-100T - 2 buc” și a solicitat: anularea procesului verbal de adjudecare a licitației ca netemeinic și nelegal, precum și declararea ofertei competitorului SC SRL ca neconformă și reevaluarea ofertelor rămase în competiție.

În fapt, contestatorul precizează că, prin adresa cu nr. 4/03.01....., i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost declarată necâștigătoare, fără ca să se arate numele câștigătorului.

Prin adresa nr. 2345/.....-...../01....., Consiliul a solicitat, transmiterea, Actului Constitutiv, Statutului, Structura Acționariatului.

Prin adresa nr. 58/20.01....., înregistrată la CNSC sub nr. 2552/20.01....., entitatea juridică contractantă precizează că:

-, este o societate comercială, înființată conform Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, al cărui acționar unic este Statul Român, prin Ministerul Economiei;

-, se ghidează în afaceri, guvernați de principiile nediscriminării, egalității de tratament și al transparenței, elaborând norme proprii de achiziții, conform cărora orice furnizor trebuie să se supună acestora și contractului încheiat ca urmare a procedurii de selecție.

În ceea ce privește competența de soluționare a contestației ce face obiectul dosarului nr./....., entitatea juridică contractantă solicită Consiliului să constate că, în sensul Legii nr. 99/2016 art. 4, nu are calitatea de autoritate contractantă.

Entitatea juridică contractantă a anexat adresei antementionate, Actul constitutiv al societății - aprobat prin hotărârea AGEA nr. 1/27.11.2014.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 2706/25.01....., entitate juridică contractantă a făcut dovada transmiterii adresei de mai sus către SC SRL.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 3922/-...../02.02....., Consiliul a solicitat AGENȚIEI NAȚIONALE PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE să comunice dacăse încadrează în categoria entităților contractante reglementate de art. 4 din Legea nr. 99/2016. Adresei s-a anexat Actul Constitutiv – SC SA.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 4247/06.02.2016, entitatea contractantă a transmis, spre știință, răspunsul său la contestația înaintată de SC SRL.

SC SRL și-a completat contestația, prin adresa nr. 42/06.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 4499/07.02.....

Prin adresa nr. 1730/09.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 5122/13.02.2012, AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE precizează că:

- potrivit art. 3 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă este definită astfel:

„(i) entitățile 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;

(ii) organismele de drept public;

(iii) asocierile care cuprind cel puțin o entitate contractantă dintre cele prevăzute la pct. (i) sau (ii)”;

- în acest sens, art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 99/2016 prevede că organismele de drept public reprezintă *„orice entități altele decât cele prevăzute la lit. c) pct. (i) care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:*

(i) sunt înființate pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial, indiferent de forma de constituire sau organizare;
(ii) au personalitate juridică;
(iii) sunt finanțate, în majoritate, de către entități dintre cele prevăzute la lit. c) pct. (i) sau de către alte organisme de drept public sau se află în subordinea, sub entitatea sau în coordonarea ori controlul unei entități dintre cele prevăzute la lit. c) pct. (i) sau ale unui alt organism de drept public sau mai mult de jumătate din membrii consiliului de administrație/organului de conducere sau de supraveghere sunt numiți de către o entitate dintre cele prevăzute la lit. c) pct. (i) sau de către un alt organism de drept public”;

- în conformitate cu art. 4 alin. (1) din Legea nr. 99/2016:

„(1) Au calitatea de entitate contractantă în sensul prezentei legi orice entitate care desfășoară una dintre activitățile relevante prevăzute la art. 5-11 și care se încadrează în una dintre următoarele categorii:

- a) entități contractante în sensul art. 3 alin. (1) lit. e);
- b) întreprinderile publice în sensul art. 3 alin. (1) lit. bb);
- c) oricare subiect de drept, altul decât cele prevăzute la lit. a) și b) care funcționează în baza unor drepturi exclusive sau speciale, astfel cum sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. t), acordate de o entitate competentă;
- d) oricare asocieră, inclusiv temporară, formată de una sau mai multe entități prevăzute la lit. a)-c)”;

- în legătură cu desfășurarea unei activități relevante, în sensul precizat mai sus, art. 11 din același act normativ prevede că:

„(1) în sensul prezentei legi, se consideră activități relevante acele activități legate de exploatarea unui areal geografic în scopul:

- a) extracției de petrol și gaze naturale;
- b) prospectării și extracției de cărbune sau de alți combustibili solizi.

(2) în sensul alin. (1) lit. a), activitățile legate de exploatarea unui areal geografic în scopul extracției de petrol și gaze naturale includ producția de petrol brut sau gaze naturale, precum și dezvoltarea infrastructurii corespunzătoare pentru producția viitoare de petrol brut sau gaze naturale”;

- totodată, din art. 6 al Actului constitutiv al societății rezultă că obiectul principal de activitate al acesteia îl reprezintă „extracția altor minereuri metalifere neferoase”;

- prin urmare, activitatea desfășurată denu reprezintă activitate relevantă potrivit art. 11 din Legea nr. 99/2016, prin urmare această societate nu este entitate contractantă în sensul art. 4 alin. (1) din această lege;

- în ceea ce privește încadrarea ca autoritate contractantă în sensul Legii nr. 98/2016, potrivit art. 4 din acest act normativ:

„(1) Au calitatea de autoritate contractantă în sensul prezentei legi:

- 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).*

(2) Prin organisme de drept public în sensul alin. (1) lit. b) se înțelege orice entități, altele decât cele prevăzute la alin. (1) lit. a) care, indiferent de forma de constituire sau organizare, îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) *sunt înființate pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial;*

b) *au personalitate juridică;*

c) *sunt finanțate, în majoritate, de către entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau de către alte organisme de drept public ori se află în subordinea, sub autoritatea sau în coordonarea ori controlul unei entități dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) sau ale unui alt organism de drept public ori mai mult de jumătate din membrii consiliului de administrație/organului de conducere sau de supraveghere sunt numiți de către o entitate dintre cele prevăzute la alin. (1) lit. a) ori de către un alt organism de drept public”;*

- din art. 5 din Actul de înființare a SC SA, rezultă că scopul societății este „îndeplinirea strategiei stabilite pentru extracția, prelucrarea și valorificarea zăcămintelor cupriferă prin efectuarea de acte de comerț corespunzătoare obiectului de activitate aprobat prin prezentul act constitutiv, cu respectarea legislației române”;

- de asemenea, din art. 7 al Actului de înființare a societății rezultă că Statul român este acționar unic, prin urmare este îndeplinită condiția prevăzută de art. 4 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016;

- în ceea ce privește condiția de a fi înființată pentru a satisface un interes general, fără caracter comercial sau industrial, stabilită prin art. 4 alin. (2) lit. a) din lege, menționează că, în măsura în care „îndeplinirea strategiei stabilite pentru extracția, prelucrarea și valorificarea zăcămintelor cupriferă”, care reprezintă scopul SC SA, se referă la Strategia Minieră a României, atunci s-ar putea considera că aceasta a fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general;

- totodată, recitalul 10 din Directiva 2014/24/UE, teza a 2-a, prevede că în scopul încadrării unui organism de drept public 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”;

- prin urmare, având în vedere că potrivit art. 5 al Actului de înființare, citat mai sus, obiectul de activitate este realizat prin acte de comerț, rezultă că aceasta se poate prevala de dispozițiile recitalului 10 din Directiva 2014/24/UE, considerându-se că activitatea are caracter industrial sau comercial.

AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE, prin raportare la informațiile puse la dispoziție prin documentele atașate adresei Consiliului nr. 3922/.....-...../02.02....., respectiv Actul constitutiv al, apreciază că, aceasta nu este autoritate contractantă în sensul art. 4 din Legea nr. 98/2016.

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

www.....ro....., în calitate de entitate juridică contractantă, a organizat procedura prin licitație, în vederea atribuirii contractului, având drept obiect: „Autobasculantă 89-100T - 2 buc”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în Cotidianul România Liberă, Ziarul Unirea și pe site-ul propriu – www.....ro, anunțul aferent.

Având în vedere prevederile art. 4 din Legea nr. 99/2016, 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.

Procedând la analiza documentelor prezentate de către persoana juridică contractantă, Consiliul constată că este societate comercială pe acțiuni, persoană juridică română, înființată în anul 2014.

Potrivit art. 7 din Actul constitutiv al societății structura acționariatului este următoarea:

„Capitalul social este în întregime subscris statului român, în calitate de acționar unic și este vărsat integral.

Până la transmiterea acțiunilor din proprietatea statului către terțe persoane fizice sau juridice, române sau străine, în condițiile legii, drepturile și obligațiile aferente acțiunilor societății, aflate în proprietatea statului, sunt exercitate de către Ministerul Economiei. Societatea este sub autoritatea Ministerului Economiei, pe perioadă nelimitată, de la data înmatriculării ei în Registrul Comerțului”.

În același act, la art. 6 se precizează că:

„Societatea SA are ca obiect de activitate:

Activitatea principală declarată este din domeniul de activitate 0729, respectiv extracția altor minereuri metalifere neferoase”

Potrivit Legii nr. 99/2016, Paragrafului 7 - Extracția de petrol și gaze naturale. Prospectarea și extracția de cărbune sau alți combustibili solizi, art. 11 prevede că:

„(1) În sensul prezentei legi, se consideră activități relevante acele activități legate de exploatarea unui areal geografic în scopul:

a) extracției de petrol și gaze naturale;

b) prospectării și extracției de cărbune sau de alți combustibili solizi.

(2) În sensul alin. (1) lit. a), activitățile legate de exploatarea unui areal geografic în scopul extracției de petrol și gaze naturale includ

producția de petrol brut sau gaze naturale, precum și dezvoltarea infrastructurii corespunzătoare pentru producția viitoare de petrol brut sau gaze naturale”.

Verificând încadrareaîn categoria autorităților contractante, astfel cum sunt acestea definite la art. 4 din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. e) și cu art. 11 alin. (1) din același act normativ, Consiliul reține că aceasta nu are nici calitatea de autoritate contractantă și de nici entitate contractantă, aceasta fiind o societate pe acțiuni având acționar unic statul român, fiind sub autoritatea Ministerului Economiei, dar care are ca activitate principală declarată domeniul de activitate 0729, respectiv extracția altor minereuri metalifere neferoase, **nu extracție de cărbune sau alți combustibili solizi.**

În acest sens, Consiliul constată căa organizat o procedură proprie în vederea atribuirii unui contract de furnizare, având ca obiect „Autobasculantă 89-100T - 2 buc”, publicând, în Cotidianul România Liberă, Ziarul Unirea și pe site-ul propriu – www.....ro, anunțul aferent, astfel cum rezultă din procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 707/.....12.2016 (depus de contestator) și nu prin aplicarea dispozițiilor legale referitoare la achiziții publice.

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că în speță entitatea juridică contractantă nu se încadrează nici în prevederile art. 4 din Legea nr. 99/2016, având în vedere și pct. 10 din preambulul Directivei 2014/24/UE.

Raporturile juridice dintre entitatea juridică contractantă și ofertantul declarat câștigător sunt reglementate de contractul comercial de servicii, fiind astfel incidente dispozițiile de drept comun.

Față de cele relatate, Consiliul reține că, întrucâtnu se încadrează în categoria entităților contractante reglementate de art. 4 din Legea nr. 99/2016, entitatea referită nu avea posibilitatea să organizeze o procedură de atribuire în baza respectivei norme legale, astfel că soluționarea unor eventuale contestații nu ar intra în sfera de competență a CNSC.

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 procedura 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 procedura în cauză, așa cum a fost organizată de către

.....neregăsindu-se printre acestea, deoarece temeiul de drept al organizării acesteia nu îl constituie Legea nr. 99/2016.

Mai mult decât atât, Consiliul reține în soluționare și dispozițiile art. 1 din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora *„prezenta lege reglementează modul de realizare de către entitățile contractante a achizițiilor sectoriale, procedurile de atribuire a contractelor sectoriale și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor sectoriale, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor sectoriale”*.

În speță, așa cum se poate observanu a organizat o procedură de atribuire prin aplicarea Legii nr. 99/2016, ci o procedură proprie în baza unor „norme procedurale interne ale SC SA”, aspect specificat în procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor 707/.....12.2016 (depus de contestator), drept urmare nici soluționarea contestațiilor nu poate fi invocată prin raportare la dispozițiile Legii nr. 101/2016.

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/sectoriale, iar entitatea juridică contractantă, în momentul organizării procedurii de atribuire a unui contract, nu le aplică.

Astfel, potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este competent să soluționeze pe cale administrativ-jurisdicțională 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 autorități/entități contractante enumerate la art. 4 din Legea nr. 99/2016.

În consecință,nu are calitatea de autoritate/ entitate contractantă în sensul prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice/sectoriale.

Ținând cont de aceste aspecte rezultă, în conformitate cu prevederile cu art. 3 lit. k) și l) din Legea nr. 99/2016, că nici contractul de furnizare care urmează a se încheia ca urmare a derulării prezentei proceduri nu poate fi calificat ca fiind contract de achiziție sectorial, acest lucru presupunând calitatea de entitate contractantă a achizitorului, contractul în cauză îmbrăcând forma unui contract comercial care se atribuie de o entitate juridică unei societăți comerciale în mod competitiv.

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.

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 antemenționat 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 SA, către TRIBUNALUL

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 depusă decătre 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 în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.