CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ..../..../....
Data: 13.12.2019

Prin contestația nr. 730/14.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 40901/14.10.2019, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în localitatea ....., ..., județul ....., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având CUI: ....., împotriva procedurii proprii, organizată de către ....., cu sediul în ...., ..., județul ....., în cadrul procedurii de proprii, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „Servicii de pază și protecție pentru Sucursala ....”, s-a solicitat: anularea î totalitate a procedurii; anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13512/08.10.2019; constatarea nulității oricăror acte subsecvente încheiate, în prezenta procedură; reluarea procedurii cu respectarea prevederilor legale și atribuirea contractului unui operator economic ce îndeplinește condițiile tehnice și financiare, astfel cum au fost acestea stabilite în caietul de sarcini.

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

SC ..... SRL precizează că, ulterior depunerii ofertei, ..., i-a comunicat, prin adresa nr. 13512/ 08.10.2019, rezultatul procedurii, în cuprinsul căruia, se menționează: „(...) vă comunicăm că, în urma selecției, a fost declarată câștigătoare oferta aparținând unui alt operator”.

Contestatorul apreciază că prezenta procedură de atribuire este vădit ilegală și anticoncurențială, cu încălcarea flagrantă a principiilor

transparenței, nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, astfel cum sunt reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, contestatorul apreciază că nu au fost respectate principiile transparenței și tratamentului egal, în condițiile în care oferta sa financiară este cea mai mică, cu îndeplinirea condițiilor legale în ceea ce privește salariul minim pe economie, iar rezultatul procedurii comunicat, nu cuprinde toate cerințele minime aferente.

Contestatorul susține că și-a fundamentat tariful ofertat, prin încheierea unor convenții de subvenționare, sens în care justifică tariful ofertat în cadrul procedurii.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 42337/22.10.2019, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205813859/1, tranzacția nr. 906507170/1657814219 din data de 18.10.2019, emisă de CEC Bank – unitatea Slobozia, în valoare de 500 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”.

..... transmite punctul de vedere nr. 14315/25.10.2019, înregistrat la CNSC sub nr. 42988/25.10.2019, prin care, precizează următoarele:

- ..... nu este autoritatea contractantă, în sensul prevederilor art. 4 alin. (1), lit. b), coroborat cu art. 2 din legea nr. 98/2016;

- ..... este o societate care derulează activitate comercială și are ca obiect principal, activitatea de „extracția și exploatarea ....., precum și comercializarea acesteia” și nu se finanțează din venituri publice, ci din venituri proprii.

În ceea ce privește procedura de atribuire a contractului pentru „Servicii de pază și protecție pentru Sucursala ....”, susține că această procedură a respectat art. 10 din Regulamentul privind organizarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări al ....., fiind o situație de urgență, ca urmare a rezilierii contractului de servicii cu un alt operator economic și reluării procedurii prin licitație deschisă.

Conform art. 10 din Regulamentul privind organizarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări al .....: *„În cazul în care se achiziționează produse, servicii sau lucrări necesare ca urmare a apariției unor situații accidentale, cu caracter de urgență, pentru evitarea opririi producției sau apariției de avarii, sau în cazul în care se achiziționează produse, servicii sau lucrări în situația în care, în urma derulării procedurilor de achiziție conform Regulamentului nu s-a putut atribui contractul de achiziție de produse, servicii, lucrări, situație ce generează o pierdere (financiară, patrimonială, etc.) pentru societate, achizițiile respective se vor realiza după cum urmează: a) în cazul în care necesitatea este lansată de o sucursală, achizițiile respective se vor realiza în baza unui referat de necesitate și oportunitate și a unei note justificative întocmite de către direcția/serviciul/compartimentul solicitant, avizate de către directorul/șeful structurii solicitante și ulterior aprobate de Directorul de Sucursală. Nota justificativă, însoțită de referatul de necesitate și oportunitate vor fi aprobate de către Directorul Direcției de resort de la sediul central ..... SA; b) în cazul în care necesitatea este lansată la sediul central, achizițiile respective se vor realiza în baza unui referat de necesitate și oportunitate și a unei note justificative întocmite de către direcția/serviciul/compartimentul solicitant, avizate de către directorul/șeful structurii solicitante și aprobate de către Directorul General*”

..... precizează că prezenta procedură de atribuire a fost organizată în regim de urgență, pentru o perioadă limitată de 3 luni (10.10.2019 – 10.01.2020), valoarea estimată fiind de 107.136,00 lei fără TVA și s-a efectuat în baza unui studiu de piață, fiind impusă ca urmare a rezilierii contractului de pază și reluarea procedurii prin licitație deschisă, pentru aceste servicii; procedura de licitație deschisă se va desfășura la nivelul central al ..... și va necesita un timp aproximativ de 60-90 zile.

Prin adresa nr. 43213/....-..../28.10.2019, Consiliul îi solicită acesteia să transmită următoarele înscrisuri: Actul Constitutiv, Statutul, Structura Acționariatului.

..... transmite adresa nr. 14394/28.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 43318/28.10.2019 prin care precizează că a fost înființată conform HG nr. ...../21.11.1997.

Ulterior, prin adresa nr. 14408/29.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 43454/29.1.2019, ... transmite următoarele documente:

- Actul Constitutiv al ....., actualizat prin Hotărârea AGEA nr. 20/06.11.2017;
- Adresa nr. 8759/10973/11613/22.12.2016, emisă de MFP – ANAP prin care se comunică faptul că .....nu este autoritate contractantă în sensul prevederilor art. 4 alin. (1), lit. b) coroborat cu alin. (2) din legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 43607/....-..../29.10.2019, Consiliul solicită AGENȚIEI NAȚIONALE PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE să comunice dacă ..... se încadrează în categoria autorităților contractante, reglementate de art. 4 din Legea nr. 98/2016.

AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE răspunde prin adresa nr. 13915/20.11.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 48391/ 26.11.2019, transmițând, în copie, adresa nr. 8759/10973/11613/ 22.12.2016 prin care a răspuns adreselor nr. 6918/19.10.2016, nr. 8019/29.11.2016 și nr. 8357/14.12.2016 ale ....., cu privire la calitatea acesteia de autoritate contractantă.

Astfel, în cuprinsul adresei nr. 8759/10973/11613/ 22.12.2016, se menționează următoarele:

„(...) În conformitate cu prevederile art. 4 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/2016, au calitatea de autoritate contractantă, organismele de drept public.

Prin organisme de drept public se înțelege, potrivit dispozițiilor art. 4 alin. (2), din legea în discuție, 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:

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

- au personalitate juridică;

- 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.

Potrivit art. 6 din Actul Constitutiv al ....., aceasta are ca scop, îndeplinirea strategiei naționale stabilite pentru extracția, prelucrarea și comercializarea ..... și a unor substanțe nemetalifere, prin efectuarea cu respectarea legislației române, de acte de comerț corespunzătoare obiectului de activitate aprobat prin prezentul act constitutiv.

Recitatul (10) din Directiva 24/2014/CE prevede că „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".

De asemenea, în cuprinsul adresei în cauză, AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE mai precizează următoarele: *„Având în vedere cele sus arătate, în opinia noastră .....nu este autoritate contractantă în sensul prevederilor art. 4 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016*". Totodată, subliniază că: *„totuși, legislația în vigoare nu conferă ANAP competențe în sensul acordării/neacordării de autorizații/avize a calității de autoritate contractantă, entităților juridice*".

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

....., a organizat procedura proprie, în vederea atribuirii contractului având drept obiect: „Servicii de pază și protecție pentru Sucursala ...." (pentru o perioadă de 3 luni: 10.10.2019 – 10.01.2020) elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă, în baza regulamentului privind organizarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări al ....., valoarea estimată fiind de 107.136 lei fără TVA

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra*

excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei, Consiliul a procedat cu întâietate la verificarea competenței sale în soluționarea contestației cu care a fost investit.

Din analiza documentelor prezentate de către persoana juridică contractantă, Consiliul constată că ..... este societate comercială pe acțiuni, persoană juridică română, înființată în anul 1997, prin Hotărârea nr. ...../1997 privind înființarea .....

Potrivit art. 2 din Actul constitutiv al societății: *„..... este persoană juridică română, cu capital integral de stat, având forma juridică de societate pe acțiuni, și își desfășoară activitatea în conformitate cu legile române și cu prezentul statut*".

În același act, la art. 8 se precizează că structura acționariatului este următoarea: *„Capitalul social inițial al .....se constituie prin preluarea activului și pasivului Regiei Autonome a ..... București, care se reorganizează, evaluat la 76.911.000 mii lei, în baza bilanțului contabil la data de 30 iunie 1997, împărțit în 769.110 acțiuni nominative în valoare nominală de 100.000 lei fiecare. Capitalul social inițial este în întregime subscris de statul român, în calitate de acționar unic, și vărsat integral la data constituirii societății comerciale. Până la transmiterea acțiunilor din proprietatea statului către terțe persoane fizice sau juridice, române sau străine, în condițiile legii, drepturile și obligațiile aferente acțiunilor aflate în proprietatea statului, ale societății comerciale sunt exercitate de Ministerul Industriei și Comerțului*".

Verificând încadrarea ..... în categoria autorităților contractante, Consiliul reține că aceasta nu are calitatea de autoritate contractantă astfel cum este definită la art. 4 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„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", fiind o societate comercială pe acțiuni, cu acționar unic statul român, sub autoritatea Ministerului Industriei și Comerțului, care are ca scop, potrivit art. 6 din Actul constitutiv al societății, *„îndeplinirea strategiei naționale stabilite pentru extracția, prelucrarea și comercializarea ..... și a unor substanțe nemetalifere, prin efectuarea cu respectarea legislației române, de acte de comerț corespunzătoare obiectului de activitate aprobat prin prezentul act constitutiv*".

Totodată, Consiliul va reține că .....nu are calitatea de autoritate contractantă nici în sensul art. 4 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, având în vedere următoarele aspecte:

- potrivit art. 4 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, au calitatea de autoritate contractantă „*organismele de drept public*";

- sintagma „organisme de drept public" este definită la alin. (2) din norma juridică anterioară ca fiind *„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";

– conform art. 4 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, „Se consideră că nevoile de interes general, prevăzute la alin. (2) lit. a), au caracter industrial sau comercial, dacă entitatea înființată, în condițiile legii, de către o autoritate contractantă îndeplinește în mod cumulativ următoarele condiții: a) funcționează în condiții normale de piață; b) urmărește obținerea unui profit; c) suportă pierderile care rezultă din exercitarea activității sale";

- normele legale anterior menționate transpun în legislația națională prevederile considerentului (10) din Directiva 24/2014/CE care prevede că *„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*".

Raționamentul anterior se regăsește și în adresa Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 8759/10973/1761/22.12.2016, transmisă la dosarul cauzei în anexa corespondenței nr. 13915/20.11.2019 înregistrată la CNSC sub nr. 48391/26.11.2019, prin care Agenției Naționale pentru Achiziții Publice și-a exprimat opinia cu privire la calitatea de autoritate contractantă a .....

Totodată, din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că ..... a organizat o procedură proprie, în vederea atribuirii contractului având drept obiect: „Servicii de pază și protecție pentru Sucursala ....” (pentru o perioadă de 3 luni: 10.10.2019 – 10.01.2020), elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă, în baza Regulamentului privind organizarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări al ..... și nu prin aplicarea dispozițiilor legale referitoare la achiziții publice.

Față de cele relatate, Consiliul reține că, întrucât ..... nu se încadrează în categoria autorităților contractante reglementate de art. 4 din Legea nr. 98/2016, 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. 98/2016.

Mai mult decât atât, Consiliul reține în soluționare și dispozițiile art. 1 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„Prezenta lege reglementează modul de realizare a achizițiilor publice, procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziție publică*".

În speță, așa cum se poate observa ..... nu a organizat o procedură de atribuire prin aplicarea Legii nr. 98/2016, ci o procedură proprie în baza „Regulamentului privind organizarea procedurilor pentru achizițiile de produse, servicii și lucrări al .....", aspect specificat în punctul de vedere nr. 14315/25.10.2019, înregistrat la CNSC sub nr. 42988/25.10.2019, 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.

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 ....., 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 de ..... 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
….	….	….

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.