CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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) și ale art. 27 alin. (1) 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. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare, datată la emitentă la 15.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 18752/15.05.2017, S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de Director general, prin ... a contestat adresa nr. VEP-1702083/ 25.04.2017 reprezentând comunicarea rezultatului „negocierii competitive", cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție și înlocuire palete și diafragme, necesare pentru reparația corpului de medie presiune aferent TA 5 de 105 MW, tip T 100/120-130-2, seria 26569", coduri CPV 42113100-5, 71356300-1 (Rev.2), inițiată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ... și a solicitat anularea raportului procedurii de atribuire, anularea etapei finale de licitație electronică, precum și obligarea entității contractante de a relua competiția de la momentul etapei finale de licitație electronică.

S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de Administrator și convențional, prin S.C.A. ..., ofertant declarat câștigător în procedură, a depus cererea de intervenție fără număr de înregistrare și nedatată la emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 20447/24.05.2017 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 20432/24.05.2017, prin care a solicitat respingerea contestației, cu consecința menținerii rezultatului procedurii de atribuire, respectiv desemnarea câștigătoare a ofertei sale.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația fără număr de înregistrare, datată la emitentă la 15.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 18752/15.05.2017, formulată de S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu S.C. ... S.R.L., împotriva adresei nr. VEP-1702083/25.04.2017 reprezentând comunicarea rezultatului „negocierii competitive", cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție și înlocuire palete și diafragme, necesare pentru reparația corpului de medie presiune aferent TA 5 de 105 MW, tip T 100/120-130-2, seria 26569", coduri CPV 42113100-5, 71356300-1 (Rev.2), s-a solicitat anularea raportului procedurii de atribuire, anularea etapei finale de licitație electronică, precum și obligarea entității contractante de a relua competiția de la momentul etapei finale de licitație electronică.

Contestatoarea aduce la cunoștință că pe parcursul evaluării ofertelor, schimbul de informații dintre societatea sa și entitatea contractantă s-a realizat prin fax, iar solicitarea de a se confirma primirea documentelor, s-a făcut prin e-mail, creându-se „un haos în transmiterea informațiilor".

Contestatoarea mai precizează că înainte de începerea licitației electronice, entitatea contractantă avea obligația de a realiza o evaluare integrală a ofertelor în conformitate cu criteriul de atribuire și factorii de evaluare, invitația la etapa de licitație electronică trebuind să precizeze data și momentul de început al acesteia, precum și instrucțiunile necesare realizării conectării individuale la echipamentul electronic utilizat pentru participarea la licitația electronică.

Astfel, contestatoarea apreciază că modul de comunicare între societatea sa și entitatea contractantă a fost viciat prin modul de transmitere a notificărilor, comunicărilor, documentelor, încălcându-se dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ...S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației formulată de S.C. ...S.R.L., Consiliul, prin adresa nr. 19160/1589 C5/17.05.2017, a solicitat S.C. ... S.R.L. să remită documentele care dovedesc calitatea sa de entitate contractantă, în sensul dispozițiilor art. 4 din Legea nr. 99/2016.

Prin adresa nr. VEP 1702593/19.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 19819/19.05.2017, S.C. ... S.R.L. a comunicat punctul de vedere cu privire la fondul cauzei.

De asemenea, S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 19160/1589 C5/17.05.2017, prin adresa nr. VEP 1702571/18.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 19521/ 18.05.2017, prin care a adus la cunoștință că în data de 28.03.2004 a fost semnat Contractul de delegare prin concesiune a gestiunii serviciului public al Județului Prahova, de alimentare cu energie termică produsă centralizat, în sistem producție-transport-distribuție pentru Municipiul Ploiești, pe o perioadă de 15 ani,

făcând precizarea că avea calitatea de autoritate contractantă, în perioada 2006-2016, atribuind contractele de achiziții cu respectarea prevederilor OUG nr. 34/2006.

În continuare, S.C. ... S.R.L. învederează că după intrarea în vigoare a Legii nr. 99/2016, în condițiile în care ... S.R.L. desfășoară activitate relevantă în sensul art. 5 din Legea nr. 99/2016, în considerarea dispozițiilor art. 162 din HG nr. 394/2016, a solicitat A.N.R.S.C. constatarea existenței unui drept exclusiv sau special în sensul art. 4 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, pentru a stabili obligativitatea respectării noilor reglementări în materia achizițiilor publice, însă în lipsa unui răspuns s-a adresat A.N.A.P.

Astfel, S.C. ... S.R.L. arată că prin răspunsul său nr. 12150/06.02.2017, A.N.A.P. apreciază că societatea sa se încadrează la excepția prevăzută de art. 4 alin. (1) lit. a) sau b) din Legea nr. 99/2016, prin urmare nu are calitate de entitate contractantă, rămânând de verificat dacă poate fi considerată entitate contractantă în temeiul dispozițiilor lit. c) din același articol, respectiv dacă funcționează în baza unor drepturi exclusive sau speciale.

Prin adresele nr. 20269/1589 C5/23.05.2017 și nr. 20278/1589 C5/23.05.2017, Consiliul a solicitat părților transmiterea susținerilor referitoare la excepția, invocată din oficiu, privind lipsa competenței materiale a Consiliului în soluționarea cauzei și declinarea soluționării acesteia către instanța de judecată competentă potrivit legii, respectiv Tribunalul Prahova - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, având în vedere faptul că S.C. ... S.R.L. nu se încadrează în niciuna dintre categoriile de entități contractante definite de art. 4 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a depus cererea de intervenție fără număr de înregistrare și nedatată la emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 20447/24.05.2017 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 20432/24.05.2017, formulată de S.C. ...S.R.L., reprezentată convențional prin S.C.A. ..., ofertant declarat câștigător în procedură, prin care s-a solicitat respingerea contestației, cu consecința menținerii rezultatului procedurii de atribuire, respectiv desemnarea câștigătoare a ofertei sale.

Prin adresa nr. 20513/1589 C5/24.05.2017, Consiliul a solicitat intervenientei S.C. ...S.R.L. transmiterea susținerilor referitoare la excepția, invocată din oficiu, privind lipsa competenței materiale a Consiliului în soluționarea cauzei și declinarea soluționării acesteia către instanța de judecată competentă potrivit legii, respectiv Tribunalul Prahova - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, având în vedere faptul că S.C. ... S.R.L. nu se încadrează în niciuna dintre categoriile de entități contractante definite de art. 4 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Până la data emiterii prezentei decizii, intervenienta nu a dat curs solicitării Consiliului.

S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 20269/1589 C5/23.05.2017, prin adresa nr. VEP 1702702/25.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 20751/25.05.2017, prin care a reiterat faptul că nu se încadrează în nici una din categoriile prevăzute la art. 4 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, și, prin urmare, nu are calitate de entitate contractantă.

În ceea ce privește încadrarea sa în categoriile prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) sau lit. b) din Legea nr. 99/2016, S.C. ... S.R.L. arată că este o societate cu răspundere limitată, asociații fiind ... S.A. (87,2% din capitalul social al societății) și ... și ... (fiecare având 6,4% din capitalul social), așadar, societatea nu se află în subordinea, sub entitatea sau în coordonarea ori controlul unei entități prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. e) pct. i) din Legea nr. 99/2016, pentru a putea fi considerată organism de drept public sau întreprindere publică, în condițiile legii.

În ceea ce privește încadrarea ... S.R.L. în categoria prevăzută de art. 4 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, respectiv dacă funcționează în baza unor drepturi exclusive sau speciale, astfel cum sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. t) din același act normativ, acordate de o entitate contractantă, ținând cont că atribuirea Contractului de delegare s-a făcut printr-o procedură de negociere directă, în baza OG nr. 73/2002 și a Legii nr. 219/1998, prin aplicarea unor criterii obiective, asigurându-se un nivel prealabil de transparență și publicitate corespunzătoare, S.C. ... S.R.L. apreciază că nu se încadrează la excepția prevăzută de art. 4 alin. (2) lit. c) din lege, și prin urmare nu are calitate de entitate contractantă.

Având în vedere cele de mai sus, S.C. ... S.R.L. solicită admiterea excepției lipsei competenței materiale a Consiliului și declinarea cauzei spre soluționare Tribunalului Prahova - Secția de contencios administrativ și fiscal.

Contestatoarea S.C. ...S.R.L. a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 20278/1589 C5/23.05.2017, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 20745/ 25.05.2017, prin care a comunicat faptul că lasă la aprecierea CNSC declinarea cauzei.

Din documentele aflate la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

S.C. ... S.R.L. a organizat „negocierea competitivă”, cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție și înlocuire palete și diafragme, necesare pentru reparația corpului de medie presiune aferent TA 5 de 105 MW, tip T 100/120-130-2, seria 26569”, coduri CPV 42113100-5, 71356300-1 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 172772/28.01.2017, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 16.02.2017, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată, fără TVA, de 4.409.000 lei.

În temeiul dispozițiilor 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 va analiza excepția lipsei de competență materială în soluționarea contestației, invocată din oficiu.

În vederea analizării excepției invocată din oficiu, Consiliul reține dispozițiile art. 4, art. 12 și art. 34 din Legea nr. 99/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 4 - *„(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 asociere, inclusiv temporară, formată de una sau mai multe entități prevăzute la lit. a)-c).

(2) Prin excepție de la alin. (1) lit. c), nu constituie drepturi exclusive sau speciale în sensul art. 3 alin. (1) lit. t), drepturile acordate prin proceduri în care s-a asigurat o publicitate adecvată și în care acordarea drepturilor respective s-a bazat pe criterii obiective, cum ar fi:

a) proceduri de atribuire cu publicarea unui anunț de participare/anunț de concesionare, prevăzute de legea privind achizițiile publice, legea privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii sau Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 195/2012, sau de prezenta lege;

b) proceduri prin care se asigură un nivel adecvat de transparență prealabilă pentru acordarea de autorizații pe baza unor criterii obiective, prevăzute de Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012, cu modificările și completările ulterioare, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2013 privind serviciile poștale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 187/2013, Legea petrolului nr. 238/2004, cu modificările și completările ulterioare, sau Regulamentul (CE) nr. 1.370/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 octombrie 2007 privind serviciile publice de transport feroviar și rutier de călători și de abrogare a Regulamentelor (CEE) nr. 1.191/69 și nr. 1.107/70 ale Consiliului;

c) orice alte proceduri organizate pe baza unor criterii obiective prin care se asigură un nivel adecvat de transparență prealabilă și pentru care s-a asigurat publicitatea corespunzătoare.";

- Art. 12 *„(1) Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege se aplică în cazul atribuirii contractelor sectoriale a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:*

a) 1.858.177 lei, pentru contractele sectoriale de produse și de servicii, precum și pentru concursurile de soluții;

b) 23.227.215 lei, pentru contractele sectoriale de lucrări;

c) 4.445.400 lei, pentru contractele sectoriale de servicii care au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2.

(2) Entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b) atribuie contractele sectoriale, acordurile-cadru și organizează concursurile de soluții care privesc achiziții sectoriale a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1) lit. a) și b), prin aplicarea procedurii simplificate.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), entitățile contractante, altele decât cele prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b), pot organiza propriile proceduri de atribuire a contractelor sectoriale, acordurilor-cadru și concursurilor de soluții care privesc achiziții sectoriale a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (2) cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

(4) Entitățile contractante au dreptul de a achiziționa direct produse sau servicii în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 132.519 lei, respectiv lucrări, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 441.730 lei";

- Art. 34 – *„(1) Prezenta lege **nu este aplicabilă contractelor sectoriale care sunt atribuite cu scopul de a se achiziționa produse care urmează să fie** revândute sau **închiriate unor terțe părți**, în condițiile în care entitatea contractantă nu beneficiază de un drept special sau exclusiv în acest sens, iar alte persoane au și ele dreptul de a vinde sau de a închiria produse similare în aceleași condiții ca și entitatea contractantă”*.

Procedând la analiza documentelor prezentate de către organizatoarea procedurii, Consiliul constată că S.C. ... S.R.L. este societate cu răspundere limitată asociații fiind Județul Prahova (6,40% capital social), Municipiul Ploiești (6,40% capital social) și Veolia Energie România S.A. (87,20%).

Verificând încadrarea S.C. ... S.R.L. în categoria entităților contractante, astfel cum sunt acestea definite la art. 4 din Legea nr. 99/2016, prin raportare la cele reținute în paragraful anterior, Consiliul reține că aceasta nu are calitatea de entitate contractantă, S.C. ... S.R.L. neîncadrându-se în niciuna din situațiile prevăzute de norma invocată, fiind o societate comercială care prestează doar activități relevante în sensul prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, așa cum reiese din actul constitutiv al acesteia, respectiv „Scopul societății este de a asigura serviciul public de alimentare cu energie termică (...)”.

Consiliul constată că însăși S.C. ... S.R.L. recunoaște, în cadrul adresei nr. VEP 1702702/25.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 20751/25.05.2017, faptul că nu se încadrează în niciuna din categoriile prevăzute la art. 4 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, și prin urmare nu are calitate de entitate contractantă, așa cum a constatat și ANAP în adresa nr. 12150/06.02.2017.

În acest sens, Consiliul va reține ca relevant în soluționare răspunsul ANAP potrivit căruia aceasta concluzionează astfel:

„Urmarea adresei dumneavoastră nr. 1605888/20.12.2016, înregistrată la Agenția Națională pentru Achiziții Publice sub nr. 12150/23.12.2016, precum și a documentelor anexate acestei adrese, prin care ne solicitați consiliere metodologică cu privire la subiectul sus-menționat, vă comunicăm, în temeiul dispozițiilor art. 3 lit. b) din O.U.G. nr. 13/2015, următoarele:

În conformitate cu prevederile 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 asociere, inclusiv temporară, formată de una sau mai multe entități prevăzute la lit. a) – c)».

Pentru încadrarea societății S.C. ... S.R.L. în categoria entităților contractante, așa cum acestea sunt descrise la art. 4 alin. (1) mai sus citat, trebuie verificată mai întâi existența primei condiții impuse de acest alineat, și anume <u>desfășurarea de către societatea în discuție a unei activități relevante</u> dintre cele prevăzute la art. 5-11 din Legea nr. 99/2016.

În acest sens, art. 5 alin. (1) din acest act normativ prevede că «Sunt considerate activități relevante în domeniul gazelor și energiei termice:

a) punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate furnizării de servicii publice în domeniul producerii, transportului sau distribuției de gaze sau energie termică).
b) livrarea, în regim reglementat, a gazelor sau energiei termice prin rețele de natura celor prevăzute la lit. a)»

Din informațiile cuprinse în adresa dumneavoastră, precum și din documentele anexate acesteia rezultă că S.C. ... S.R.L. prestează activități relevante în sensul prevederilor sus-menționate, astfel cum reiese în mod evident din actul constitutiv al societății în discuție, domeniul principal de activitate fiind «furnizarea de abur și aer condiționat», iar printre activitățile secundare se regăsesc producția, transportul și distribuția energiei electrice, precum și distribuția combustibililor gazoși, prin conducte.

În ceea ce privește <u>încadrarea S.C. ... S.R.L. în una din categoriile prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a sau lit. b) din Legea nr. 99/2016,</u> potrivit prevederilor Actului constitutiv al societății în discuție, aceasta este o societate comercială cu răspundere limitată, având ca acționari S.C. ... S.A. cu 87,20 % din capitalul social al societății și ... și ... – fiecare deținând 6,4 % din capitalul social al societății. Prin urmare, societatea în cauză nu se află în subordinea, sub entitatea sau în coordonarea ori controlul unei entități dintre cele prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. c) pct (i) din Legea nr. 99/2016 sau ale unui alt organism de drept public, pentru a putea fi considerată organism de drept public sau întreprindere publică, în condițiile legii.

Astfel, S.C. ... S.R.L. nefiind entitate contractantă în temeiul art. 4 alin. (1) lit. a sau b) din Legea nr. 99/2016, rămâne de verificat dacă <u>această societate poate fi entitate contractantă în temeiul dispozițiilor literei c) a aceluiași articol</u>,

și anume dacă acesta funcționează în baza unor drepturi exclusive sau speciale, astfel cum sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. t), acordate de o entitate competentă.

Prin normele de aplicare ale Legii nr. 99/2016, responsabilitatea privind constatarea existenței unui drept exclusiv sau special în sensul art. 4 alin. (1) lit. c) din lege a fost atribuită entităților de reglementare, care emit o decizie în acest sens, în urma cererii primite din partea entităților contractante interesate și în baza unui punct de vedere al A.N.A.P.

Astfel, potrivit art. 162 din H.G. nr. 394/2016 «(1) Constatarea existenței unui drept exclusiv sau special în sensul art. 4 alin. (1) lit. c) din Lege se realizează la cererea entității contractante adresată entității de reglementare care emite o decizie în acest sens.

(2) În cererea menționată la alin. (1), entitățile contractante interesate să obțină constatarea existenței unui drept special sau exclusiv indică toate informațiile necesare relevante pentru emiterea deciziei de către entitatea de reglementare.

(3) Entitatea contractantă are obligația de a transmite entității de reglementare, la solicitarea acesteia, orice clarificări sau completări pe care aceasta le consideră necesare în vederea adoptării deciziei prevăzute la alin. (1).»

Pe cale de consecință, subliniem că, potrivit prevederilor legale mai sus, citate, pentru constatarea existenței unui drept exclusiv sau special în sensul art. 4 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 trebuie să vă adresați Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei (A.N.R.E.), care este autoritatea de reglementare competentă pentru activitățile de producere, transport, distribuție și furnizare a energiei termice, conform art. 13 alin. (4) din Legea nr. 51/2006.

În completarea dispozițiilor legale mai sus citate, prevederile art. 4 alin. (2) din legea nr. 99/2016 delimitează sfera drepturilor exclusive sau speciale menționate la aliniatul (1) lit. c) al aceluiași articol, precizând explicit drepturile care nu fac parte din această categorie, în sensul legislației în domeniul achizițiilor publice:

«Prin excepție de la alin. (1) lit. c), nu constituie drepturi exclusive sau speciale în sensul art. 3 alin. (1) lit. t), drepturile acordate prin proceduri în care s-a asigurat o publicitate adecvată și în care acordarea drepturilor respective s-a bazat pe criterii obiective, cum ar fi:

a) proceduri de atribuire cu publicarea unui anunț de participare/anunț de concesionare, prevăzute de lege privind achizițiile publice, legea privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii sau Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 114/2011 prind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 195/2012, sau de prezenta lege;

b) proceduri prin care se asigură un nivel adecvat de transparență prealabilă pentru acordarea de autorizații pe baza unor criterii obiective, prevăzute de Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012, cu modificările și completările ulterioare, ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2013 privind serviciile poștale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 187/2013, Legea petrolului nr. 238/2004, cu modificările și completările ulterioare, sau Regulamentul (CE) nr. 1.370/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 octombrie 2007 privind serviciile publice de

transport feroviar și rutier de călători și de abrogare a Regulamentelor (CEE) nr. 1.191/69 și nr. 1.107/70 ale Consiliului;

c) orice alte proceduri organizate pe baza unor criterii obiective prin care se asigură un nivel adecvat de transparență prealabilă și pentru care s-a asigurat publicitatea corespunzătoare»

Astfel, din prevederile legale mai sus, citate, rezultă cu evidență că drepturile exclusive sau speciale instituite în baza clauzelor unui contract de achiziție publică/contract de concesiune nu constituie drepturi exclusive sau speciale în sensul art. 3 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 99/2016.

Raportat la cazul în speță, faptul că prin Contractul de delegare prin concesiune a gestiunii serviciului public al județului Prahova de alimentare cu energie termică produsă în mod centralizat în sistem producție-transport-distribuție pentru municipiul Ploiești (semnat la data de 28.04.2004) coroborat cu prevederile Hotărârii ... S.R.L. nr. 1-3 din 10.04.2015 se instituie drept exclusiv al S.C. ... S.R.L. de a furniza Serviciul în Perimetrul Concesiunii, de a dispune asupra tuturor bunurilor ce compun Sistemul și de a administra și exploata sistemul concesionat conform R.S.P. și cu respectarea indicatorilor de performanță, nu înseamnă că acestei societății se poate atribui calitatea de entitate contractantă în sensul art. 4 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

Mai mult decât atât, din informațiile și documentele transmise instituției noastre rezultă că atribuirea Contractului de delegare a gestiunii anterior menționat, s-a făcut ca urmare a aplicării unei proceduri de negociere directă organizată în conformitate cu prevederile art. 10 alin. (3) lit. a) din O.G. nr. 73/2002 (act normativ în vigoare la momentul derulării procedurii de atribuire a contractului de delegare în cauză, în prezent respins prin Legea nr. 119/2007), coroborate cu prevederile Secțiunii a 2-a Procedura concesionării prin negociere directă din Legea nr. 219/1998 (act normativ în vigoare la momentul derulării procedurii de atribuire a contractului de delegare în cauză, în prezent abrogat prin O.U.G. nr. 34/2006).

În conformitate cu prevederile art. 72 alin. (1) din Legea nr. 219/1998, în vederea aplicării acestei proceduri de negociere directă, Concedentul trebuie să asigure un nivel adecvat de transparență, prin publicarea «în Monitorul Oficial al României, partea a VI-a, într-un cotidian de circulație națională și într-unul de circulație locală, în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene și/sau într-un jurnal internațional de largă circulație, în conformitate cu normele metodologice de aplicare a prezentei legi, intenția de a recurge la procedura de negociere directă».

În consecință, în măsura în care utilizarea procedurii de negociere directă – în baza O.G. nr. 73/2002 și a Legii nr. 219/1998 – pentru atribuire, de către ... și ..., a Contractului de delegare prin concesiune a gestiunii serviciului public al județului Prahova de alimentare cu energie termică produsă în mod centralizat în sistem producție-transport-distribuție pentru municipiul Ploiești, s-a făcut prin aplicarea unor criterii obiective, asigurându-se un nivel adecvat de transparență prealabilă și o publicitate corespunzătoare, apreciem că, în aceste condiții, Concesionarul S.C. ... S.R.L. (actuală S.C. ... S.R.L.) se încadrează în excepția prevăzută la art. 4 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 99/2016 și, prin urmare, ***această societate nu are calitatea de entitate contractantă potrivit art. 4 alin. (1) lit. c) din această lege.***

În concluzie, precizăm că o entitate care nu se încadrează în niciuna dintre categoriile de entități contractante definite la art. 4 alin. (1) din Legea nr.

99/2016 nu are obligația de a aplica prevederile legale în materie în vederea realizării achizițiilor aferente îndeplinirii obiectului său de activitate."

În acest context, Consiliul mai reține că, în cadrul anunțului de participare nr. 172772/28.01.2017, la punctul VI) Informații suplimentare, se menționează următoarele:

„VI.2) – Contractul se înscrie într-un proiect/program finanțat din fonduri comunitare: Nu;

VI.3) – Tip de finanțare: **Cofinanțare**".

Față de cele menționate, Consiliul constată că, întrucât S.C. ... S.R.L. nu se încadrează în categoria entităților contractante reglementate de art. 4 din Legea nr. 99/2016 nu are obligația să organizeze o procedură de atribuire în baza art. 82 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, astfel ca soluționarea unor eventuale contestații să intre 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 dispozițiile 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 care trebuie parcurse de către o entitate contractantă și de către ofertanți pentru ca acordul părților privind angajarea în contractul de achiziție publică/sectorial concesiuni să fie considerat valabil, este detaliată în cadrul normelor legale în vigoare.

Referitor la procedura în cauză, folosirea platformei SEAP pentru aducerea la cunoștința operatorilor economici interesați nu îi conferă organizatoarei procedurii competitive S.C. ... S.R.L. calitatea de entitate contractantă în sensul Legii 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 observa, S.C. ... S.R.L. a organizat o procedură competitivă nefiind obligată, potrivit legii, să aplice Legea nr. 99/2016, drept urmare nici soluționarea contestațiilor nu poate fi invocată prin raportare la dispozițiile Legii nr. 101/2016.

De altfel, sub acest aspect S.C. ... S.R.L. afirmă că *„Pentru a asigura un cadru legal în condiții de eficiență economică și socială a achizițiilor, până la primirea unui răspuns din partea A.N.R.E., ... S.R.L. a considerat*

oportună adoptarea, în cazul atribuirii contractelor de achiziție, unei poziții prudente și ca urmare, a decis respectarea și aplicarea prevederilor Legii 99/2016".

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, 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 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 entității 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, S.C. ... S.R.L. nu poate fi încadrată la categoriile de entități contractante enumerate la art. 4 din Legea nr. 99/2016.

În consecință, S.C. ... S.R.L. nu are calitatea de entitatea contractantă în sensul prevederilor legale în domeniul achizițiilor sectoriale.

Ținând cont de aceste aspecte rezultă că, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. k) și n) din Legea nr. 99/2016, nici contractul de furnizare de produse 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 entitate contractantă a achizitorului, contractul în cauză îmbrăcând forma unui contract comercial.

În consecință, raporturile juridice dintre entitatea juridică contractantă și ofertanți sunt reglementate de contractul comercial de lucrări, fiind astfel incidente dispozițiile de drept comun.

În acest context, Consiliul apreciază că prevederile documentelor care stau la baza organizării procedurii nu pot acorda Consiliului competența de soluționare a contestațiilor formulate în cadrul procedurii sau în temeiul lor. Dat fiind că normele de competență *„ratione materiae"* 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 ante menționat 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, invocată din oficiu 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 formulată de S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu S.C. ... S.R.L., către TRIBUNALUL PRAHOVA.

Fără pronunțare asupra fondului contestației.

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

DECIDE:

Admite excepția invocată, din oficiu, privind lipsa competenței materiale a CNSC în soluționarea cauzei și declină competența de soluționare a contestației formulată de S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu S.C. ... S.R.L., către Tribunalul Prahova - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal.

Dispune trimiterea de îndată a dosarului către Tribunalul Prahova - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, conform art. 12 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Fără cale de atac.

PREŞEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **...**

Redactat în 5 exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.