



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. ... /.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 472/17.11.2015, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 22368/17.11.2015, S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., ..., ap. 5, ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr, având C.U.I. RO ..., critică decizia de respingere a ofertei sale, pe care o consideră nelegală, astfel cum aceasta i-a fost comunicată prin adresa nr. 18928/12.11.2015, de către S.C. ... S.A., cu sediul în ..., ..., județul ..., entitate achizitoare în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte online, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare autoutilitară 3,5 tone cu benă basculabilă”, cod CPV 34131000-4 camionete (Rev.2), solicitând ...

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

DECIDE:

Admite excepția lipsei competenței materiale a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, invocată din oficiu, și declină soluționarea contestației formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., ..., ap. 5, ..., în contradictoriu cu S.C. ... S.A., cu sediul în ..., ..., județul ..., către TRIBUNALUL ... - Secția civilă.

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

MOTIVARE

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

Prin contestația nr. 472/17.11.2015, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 22368/17.11.2015, S.C. ... S.R.L. critică decizia privind respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, comunicată prin adresa nr. 18928/12.11.2015, de către S.C. ... S.A., în calitate de "autoritate contractantă", în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte online, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare autoutilitară 3,5 tone cu benă basculabilă”, solicitând ...

Contestatoarea menționează că, participând, în calitate de ofertant, la procedura de atribuire mai sus menționată „a transmis oferta, prin intermediul SEAP, conform cerințelor autorității contractante”, iar în data de 12.11.2015, prin adresa nr. 18298/ 12.11.2015, "autoritatea contractantă" i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, respectiv, faptul că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, pe motiv că „documentele atașate, (...), în SEAP sunt încărcate în format «pdf» și nu sunt semnate cu semnătură electronică, așa cum s-a solicitat expres în fișa de date. Aceste documente nu conțin extensia p7s sau echivalent (în funcție de furnizorul de servicii)”, precum și faptul că oferta desemnată câștigătoare este cea depusă de ofertantul

Contestatoarea apreciază că decizia „autorității contractante” de respingere a ofertei sale este nelegală, sens în care argumentează astfel:

1. În ceea ce privește motivul invocat de "autoritatea contractantă" pentru respingerea ofertei S.C. ... S.R.L., constând în faptul că documentele pe care le-a încărcat în SEAP nu poartă semnătură electronică, contestatoarea precizează că fiecare document pe care l-a încărcat în SEAP poartă semnătura electronică, fapt care, în opinia sa, poate fi constatat prin existența semnăturii aflate pe fiecare document, „în colțul din dreapta sus”.

2. Referitor cel de-al doilea motiv invocat de „autoritatea contractantă” pentru respingerea ofertei S.C. ... S.R.L., constând în faptul că documentele încărcate de ofertant în SEAP sunt în format „pdf” și nu conțin extensia „p7s”, sau echivalent, în funcție de furnizorul de servicii, petenta precizează că nicăieri în documentația de atribuire nu s-a specificat faptul că ofertantul este obligat să-și încarce documentele într-un anumit format, iar în ceea ce privește extensia utilizată, contestatoarea precizează „am folosit un echivalent și anume extensia «pdf [semnat]», aceasta fiind în concordanță cu prevederile art. 33¹ din O.U.G. nr. 34/2006, (...)”.

Față de cele prezentate, contestatoarea solicită „anularea deciziei autorității contractante nr. 18928 din 12.11.2015”, întrucât, în opinia sa, „nu au fost încălcate prevederile H.G. nr. 1660/2006, precum și cele ale art. 61 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006.

În drept, au fost invocate prevederile art. 256¹, art. 256², art. 270-271, din O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 19379/19.11.2015, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 22670/20.11.2015, S.C. ... S.R.L. a solicitat respingerea

contestației formulată de S.C. ... S.R.L., pe cale de excepție, *ca tardivă și lipsită de obiect*, iar pe fond, *ca nefondată*.

În susținerea excepției tardivității contestației, "autoritatea contractantă" precizează că aceasta a recepționat contestația nr. 472/16.11.2015, formulată de S.C. ... S.R.L., în data de 18.11.2015, ora 11.45, aceasta fiindu-i transmisă prin curier.

Cu privire la fondul cauzei, organizatoarea procedurii menționează că, deși la Cap. IV.3) alin. (1) și (2) al fișei de date a achiziției s-a precizat faptul că *„ofertanții vor transmite oferta, garanția de participare și documentele de calificare și eligibilitate prin intermediul SEAP, semnate cu semnătură electronică, în conformitate cu H.G. nr. 1660/2006”*, iar până la data limită a ofertelor, respectiv 09.11.2015, ora 15.00 *„au existat 5 participanți la procedură și au fost depuse 4 oferte în SEAP, printre care și cea a contestatorului”*, analizând documentele contestatoarei, comisia de evaluare a constatat că acestea *„nu poartă semnătură electronică în condițiile prevăzute de lege, au fost încărcate în SEAP în format „pdf” și nu conțin extensia „p7s”, astfel cum deține orice fișier semnat cu semnătură electronică”*.

De asemenea, "autoritatea contractantă" susține că operațiunea de deschidere/citire/vizualizare a documentelor/fișierelor încărcate de contestatoare în SEAP nu este realizată prin parcurgerea unei proceduri electronice de verificare a validității certificatului digital prin care a fost creată semnătura electronică a respectivelor documente.

"Autoritatea contractantă" precizează că, având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare a considerat că *„au fost încălcate prevederile fișei de date a achiziției, cap. IV.4.3) pct. 1) și 2), precum și prevederile art. 61 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, (...)”*, motiv pentru care a respins oferta depusă de S.C. ... S.R.L., ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, aspecte consemnate în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 18867/11.11.2015, în raportul procedurii nr. 18922/12.11.2015 și în comunicarea rezultatului procedurii nr. 18928/12.11.2015.

În raport de cele susținute, "autoritatea contractantă" menționează că, din "Printul din SEAP" de la pag. 27 din dosarul achiziției publice cu privire la documentele de calificare depuse de contestator, se constată că *„s-a deschis un fișier încărcat de contestatară pentru verificarea semnăturii aplicate”, acesta fiind format cu extensia „pdf”, respectiv „[semnat].pdf”, aspect recunoscut de altfel și de S.C. ... S.R.L.*

De asemenea, susține "autoritatea contractantă", din Anexa nr. 1 și 2, pag. 31 și 32 din dosarul achiziției publice, se poate observa că *„la deschiderea fișierului nu se transmite informația că acest document ar fi semnat, iar în colțul din stânga sus se transmite informația că „semnătura aplicată documentului are probleme”*. Totodată, se mai arată că, *„în partea din stânga și dreapta sus a documentului apare explicit informația că validitatea semnăturii este necunoscută”*.

Organizatoarea procedurii apreciază că tipul de semnătură electronică utilizat de petentă pentru semnarea documentelor depuse în

SEAP în cadrul procedurii de atribuire nu respectă dispozițiile art. 61 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006 și art. 4 alin. (3) și (4) din Legea nr. 455/2001, documentele depuse de contestatoare nefiind semnate cu semnătură electronică astfel cum s-a solicitat expres în fișa de date achiziției.

Organizatoarea procedurii mai menționează că documentele semnate cu semnătură electronică, în conformitate cu prevederile legale, sunt cele depuse de ceilalți 3 ofertanți participanți la procedura de atribuire, acestea fiind însoțite de extensia „p7s”, după cum rezultă din „Printurile din SEAP” de la paginile 23-25 din dosarul achiziției publice, iar fișierele se deschid prin parcurgerea unei proceduri electronice de verificare a validității certificatului digital prin care a fost creată semnătura electronică aplicată respectivelor documente conform Anexei nr. 3 pag. 33 din dosarul achiziției publice (deschiderea unui document depus de unul dintre ceilalți ofertanți care poartă informația de „deschidere fișier semnat”).

S.C. ... S.A. precizează faptul că, în etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, a respectat principiile reglementate de art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

S.C. ... S.A., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin cerere de oferte online, a contractului de achiziție publică având ca obiect „*Furnizare autoutilitară 3,5 tone cu benă basculabilă*”, cod CPV 34131000-4 camionete (Rev.2), sens în care a publicat în SEAP invitația de participare nr. .../..., căreia i-a fost atașată documentația de atribuire.

Potrivit invitației de participare, valoarea estimată a contractului de achiziție publică, fără TVA, este de 270.000 lei, criteriul de atribuire utilizat fiind „*prețul cel mai scăzut*”.

Conform procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 18922/12.11.2015, la deschiderea fișierelor încărcate de ofertanți în SEAP, comisia de evaluare a constatat că la procedură s-au înscris 5 operatori economici, iar în urma consultării extrasului de cont indicat în documentația de atribuire s-a constatat că au fost constituite, prin OP, garanțiile de participare de către 3 ofertanți, respectiv: S.C. ... S.R.L., n raportul procedurii nr. 18922/12.11.2015 se menționează că „*Operatorul economic S.C. S.A a depus, în original, la sediul autorității contractante scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. 1919/06.11.2015, pentru valoarea de 5.400 lei (...)*”, prin același act fiind reținut aspectul că „*documentele atașate de operatorul economic S.C. ... S.R.L. nu sunt semnate cu semnătură electronică, ci sunt încărcate în SEAP în format „pdf” și nu conțin extensia „p7s”, sau echivalent (în funcție de furnizorul de servicii), iar operațiunea de deschidere/citire/vizualizare a documentelor/fișierelor nu este realizată prin parcurgerea unei proceduri electronice de verificare a validității*

certificatului digital prin care a fost creată semnătura electronică a respectivelor documente”, fapt pentru care a apreciat că au fost încălcate prevederile pct. IV.4.3, subpct. 1) al fișei de date a achiziției și art. 61 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, motiv pentru care respectiva ofertă a fost respinsă, ca inacceptabilă, fiind încadrată în categoria celor reglementate de prevederile art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006.

Rezultatul procedurii astfel stabilit a fost transmis S.C. ... S.R.L. cu adresa nr. 18928/12.11.2015, fiind atacat în termen legal cu contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

În considerarea dispozițiilor art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit cărora „*Consiliul/Instanța de judecată se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei*” coroborate cu cele ale art. 255 alin. (1) din același act normativ – “*Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim **printr-un act al autorității contractante**, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență*”, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției lipsei competenței sale materiale de a soluționa contestația, determinată de faptul că entitatea achizitoare - S.C. ... S.A. - **nu este “autoritate contractantă”** în sensul art. 8 – 9 din OUG nr. 34/2006.

Susținerea entității S.C. ... S.A. din adresa nr. 19884/27.11.2015, conform căreia aceasta este autoritate contractantă din categoria celor reglementate de art. 8 lit. b) din ordonanță, respectiv: „***oricare organism, altul decât unul dintre cele prevăzute la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial și care se află cel puțin în una dintre următoarele situații: este finanțat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public; se află în subordinea sau este supusă controlului unei autorități contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau unui alt organism de drept public; în componența consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia sunt numiți de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public***” se va analiza prin raportare la următoarele prevederi ale Statutului societății:

- art. 6 – “Forma de comercializare”

(2) Societatea poate desfășura în condițiile legii, activități industriale, comerciale, financiare, mobiliare sau imobiliare, care au legătură directă sau indirectă cu obiectul principal de activitate sau care pot facilita realizarea acestuia, precum și participarea la entități având același obiect de activitate.

- art. 44 – “Calculul și repartizarea profitului – (...)

Calculul și repartizarea profitului

(1) Profitul Societății se stabilește în baza rezultatelor din situația financiară anuală aprobată de Adunarea Generală a Acționarilor.

(2) **Profitul impozabil** se stabilește ca diferență între suma totală a veniturilor încasate și suma cheltuielilor efectuate pentru realizarea acestor venituri, iar rezultatul astfel obținut se va repartiza astfel:

a) **fond de rezervă** de cel puțin 5% pe an până când acesta atinge cel puțin a cincea parte din capitalul social.

b) **impozitul** datorat, potrivit prevederilor legii.

(3) Diferența rezultată din calculul de la alin. (2) reprezintă profitul net cuvenit acționarilor ca dividend. **Plata dividendelor** cuvenite acționarilor se face de către Societate, în condițiile legii, după aprobarea situației financiare anuale de către Adunarea Generală a Acționarilor.

(4) **Dividendele** se repartizează acționarilor proporțional cu numărul de acțiuni deținute și se plătesc **cel mai târziu în 6 luni** de la data aprobării lor.

(5) În cazul înregistrării de pierderi Adunarea Generală a Acționarilor va analiza cauzele și va hotărâ în consecință, potrivit legii.

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

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

În condițiile în care entitatea achizitoare este persoană juridică de drept privat, având forma juridică de societate pe acțiuni și, raportat la acest statut, ea nu se încadrează în niciuna dintre categoriile de autorități contractante stabilite de art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, neavând astfel obligația aplicării prevederilor ordonanței în scopul desfășurării activității proprii sau în scopul realizării obligațiilor asumate prin contractele pe care le încheie cu terții, Consiliul constată că soluționarea litigiului nu este de competența sa, nici argumentul contestatoarei din adresa nr. 507/DM din 04.12.2015 conform căruia entitatea achizitoare ar fi “autoritate contractantă” prin faptul că este o

societate cu capital majoritar de stat neputând fi de natură a înlătura caracterul comercial și industrial al activităților achizitoarei, declarat ca atare în actul de constituire și statut.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Soluția declinării cauzei este în deplină concordanță și cu art. 21 alin. (1) din Constituția României, republicată, și cu art. 6 paragraful 1) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată prin Legea nr.30/1994, permițând accesul neîngrădit și efectiv al contestatorului la judecarea cauzei de către instanța judecătorească competentă.

În soluționare a fost avută în vedere și practica constatată a instanțelor de judecată, relevante fiind decizia nr.28/12.02.2011,

pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.2598/07.11.2011, pronunțată de Curtea de Apel ..., decizia nr.342/06.04.2012, pronunțată de Curtea de Apel Craiova, decizia nr.1295/27.04.2013, pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș.

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

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

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

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...