

DECIZIE

Nr. ■ BO2009_0266

Data: ■.2009

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ■ din 15.12.2008, depusă de S.C. ■ S.R.L., cu sediul în ■, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ■, CUI ■, împotriva aplicării procedurii de atribuire și a rezultatului său, organizată de către ■ S.A. cu sediul în ■, în calitate de autoritate organizatoare, în vederea atribuirii contractului cadru pentru contractul de achiziție publică a „pachetului software antivirus”, s-a solicitat anularea actului administrativ prin care s-a declarat câștigătorul licitației și reevaluarea ofertelor tehnice.

Procedura în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea deciziei, respinge ca inadmisibilă contestația depusă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere:

Prin contestația formulată, S.C. ■ S.R.L., în calitate de participant la procedura de licitație deschisă organizată de ■ S.A. în vederea atribuirii contractului de achiziție publică în baza unui acord cadru pentru „pachetul software antivirus”, a solicitat anularea actului administrativ prin care s-a declarat câștigătorul licitației și

reevaluarea ofertelor tehnice.

Autoritatea contractanta a transmis Consiliului copia dosarului achiziției publice, inclusiv copiile ofertelor depuse in aplicarea procedurii de atribuire, precum si punctul său de vedere cu privire la contestația depusă, cu adresa nr. ■, înregistrată la Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor cu nr. ■ din 22.12.2008.

Având în vedere că contestația era adresată atât Consiliului cât și autorității contractante, prin adresa nr. ■/16.12.2008, Consiliul a solicitat contestatoarei să aleagă calea de atac pe care o susține, iar în situația în care va alege să conteste actele autorității contractante pe cale administrativ-jurisdicțional, prin susținerea contestației în fața Consiliului, în baza prevederilor art. 271 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 cu modificările si completările ulterioare, s-a solicitat contestatoarei ca, în termen de 2 zile de la data comunicării acestei înștiințări, să facă dovada înaintării unei copii a contestației înaintate Consiliului către autoritatea contractantă.

Contestatoarea nu a răspuns până la data prezentei, deși a primit adresa la data de 24.12.2008, conform confirmării de primire atașate la dosar.

În motivarea contestației sale, S.C. ■ S.R.L. a criticat decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta S.C. ■ S.R.L., deoarece aceasta ar avea un preț neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce dorește să achiziționeze autoritatea contractantă și că produsele oferite de către aceasta nu îndeplinesc în totalitate cerintele tehnice și de aceea apreciază că se impune o reevaluare amănunțită din punct de vedere tehnic.

De asemenea, se apreciază că este imperios necesară o evaluare corectă care să prevină irosirea banului public prin achiziționarea unor programe software care sa dovedească ulterior că nu pot fi utilizate așa cum dorește autoritatea contractantă, ducând astfel la pierderi semnificative de bani, precum și la întârzieri considerabile în atingerea scopului respectivului proiect.

În punctul său de vedere privitor la contestația supusă soluționării, ■ S.A. arata ca nu detine calitatea de autoritate contractanta, asa cum este aceasta definita de prevederile O.U.G. nr. 34/2006 și drept consecință nu are obligația de a aplica prevederile ordonanței atunci când achiziționează servicii, produse sau lucrări. În sprijinul afirmației sale menționează că ANRMAP a confirmat acest aspect în adresa nr. ■/16.10.2006. În organizarea procedurii de atribuire contestata a ales sa folosească SEAP pentru asigurarea transparentei, a tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor. În continuare se fac mențiuni pe fondul cauzei, relativ la criticile pe care contestatoarea le-a formulat cu privire la activitatea pe care a desfășurat-o si cu privire la decizia de stabilire a ofertei câștigătoare.

Din examinarea contestației si a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura utilizată de ■ S.A. pentru atribuirea contractului de furnizare "pachete software antivirus", cod CPV 48761000-0, este licitatie deschisa. Conform anuntului de participare publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP, precum și documentației de atribuire, data limită de depunere a ofertelor a fost 28.11.2008, ora 11.00, iar deschiderea lor a fost programată pentru aceeași zi, ora 12.00.

În documentatia de atribuire ■ S.A. precizează drept sursă de finanțare a contractului: fonduri proprii, iar ca instituție responsabilă cu soluționarea contestațiilor: Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Pentru a decide asupra prezentei cauze, Consiliul a procedat la verificarea competenței sale în soluționarea contestației cu care a fost investit. Astfel, Consiliul observă că în fișa de date a achiziției este indicată ca "autoritate contractantă" ■ S.A. – societate comercială pe acțiuni, iar ca activitate principală: "servicii energetice". Contractul care urmează a fi atribuit este un contract care privește furnizarea de pachete software antivirus.

Ținând seama că, în conformitate cu dispozițiile ordonanței de urgență nr. 34/2006 (art. 255, 272), Consiliul este competent să soluționeze jurisdicțional doar contestațiile formulate împotriva actelor autorităților contractante, acesta a procedat la verificarea încadrării organizatoarei procedurii în categoria autorităților contractante, astfel cum sunt acestea definite la art. 8 din ordonanță.

Ca urmare a examinării documentelor prezentate, față de tipul de entitate, în speță societate comercială pe acțiuni (persoană juridică de drept privat), ■ S.A., nu poate fi încadrată la categoriile de autorități contractante enumerate în art. 8 lit. a) - c), respectiv, autoritate sau instituție publică, organism de drept public cu personalitate juridică înființat pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial, ori asociere între acestea.

Nici prin obiectul său de activitate societatea nu poate avea calitatea de autoritate contractantă, deoarece nu desfășoară activitățile relevante în sectorul "livrare energie electrică" evocate la art. 237 din ordonanța de urgență nr. 34/2006. În cazul de față, societatea nu poate fi încadrată nici la celelalte categorii de autorități contractante, prevăzute la art. 8 lit. d) și e), deoarece nu desfășoară una dintre activitățile prevăzute la cap. VIII secțiunea 1 din ordonanța, așa cum s-a menționat anterior, iar obiectul contractului care se atribuie este furnizarea de pachete software antivirus, produse care evident nu sunt destinate și nu contribuie direct la realizarea activității societății.

Respectivul contract nu are natura unui contract sectorial, după cum este acesta delimitat la art. 229 alin. (2) din ordonanța de urgență nr. 34/2006: prin contract sectorial se înțelege contractul de

achiziție publică care se atribuie în scopul efectuării unei activități relevante în sectoarele de utilitate publică - apă, energie, transport, poștă.

Aceeași poziție este susținută atât de Autoritatea Nationala pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice în adresa nr. ■ din 16.10.2006 depusă la dosarul cauzei, cât și de unitatea contractantă în adresa nr. ■ din 22.12.2008, în care se arată că ■ S.A. nu detine calitatea de autoritate contractantă.

În considerarea celor ce preced, Consiliul stabilește că entitatea ■ S.A. nu are calitatea de autoritate contractantă în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată pentru atribuirea contractului de furnizare pachete software antivirus. De asemenea, organizatoarea procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă nici prin raportare la normele art. 9 din ordonanță, achiziția realizându-se în nume propriu și din surse proprii de finanțare (nu sunt utilizate pentru acest contract fonduri publice), potrivit documentelor invocate anterior.

Mai mult, conform art. 9 lit. c) din ordonanță, aceasta devenea aplicabilă dacă erau îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

- contractul era subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;
- autoritatea contractantă impunea prin contractul de finanțare aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență pentru atribuirea contractului de achiziție.

Niciuna dintre aceste condiții nu este îndeplinită în speța examinată.

În concluzie, Consiliul reține faptul că procedura de atribuire aplicată de către ■ S.A. este o procedură proprie.

Determinând că în cauză organizatoarea procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă, iar contractul care va fi atribuit nu poate fi calificat contract de achiziție publică [art. 3 lit. f) din ordonanță] sau contract sectorial [art. 229 din ordonanță], rezultă că acest contract îmbracă forma unui contract comercial comun care se atribuie de o societate comercială altei societăți comerciale, în mod competitiv.

În consecință, luând în considerare dispozițiile art. 1 (ordonanța reglementează procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică și modalitățile de soluționare a contestațiilor formulate împotriva actelor emise în legătură cu aceste proceduri), 9 și 255 din ordonanța precizată, în situația prezentă nu au incidență procedurile de atribuire și de soluționare a contestațiilor de către Consiliu instituite prin ordonanță, achizitorul nefiind autoritate contractantă, iar contractul nu este de achiziție publică sau sectorial, în acest caz ■ S.A. neavând obligația respectării dispozițiilor legale ce reglementează domeniul achizițiilor publice.

Indiferent dacă organizatoarea procedurii a ales utilizarea ordonanței și a indicat în documentație Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor ca organism responsabil cu soluționarea contestațiilor, normele de competență materială fiind de ordine publică, organizatoarea sau participanții la procedură nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații ce vizează proceduri unde legea nu obligă la aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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 pentru proceduri nereglementate sau exceptate de la prescripțiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006. O interpretare contrară ar conduce în mod absurd la obligarea organismului administrativ-jurisdicțional (Consiliul) să soluționeze contestații în toate domeniile posibile și în funcție de opțiunea oricăror organizatori (care nu sunt neapărat autorități contractante) de diverse proceduri.

Determinând că nu au relevanță în cauză prescripțiile cap. IX din ordonanță, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește pe baza dreptului comun, fără a se ține seama de fixarea în afara legii de către organizatoarea procedurii a competenței Consiliului în speța dată. Stabilirea de către autoarea documentației a unui anumit organ de soluționare a contestațiilor nu exclude dreptul constituțional al persoanelor care se consideră vătămate de a apela la instanțele judecătorești, conform dreptului comun.

Cele expuse formează convingerea Consiliului că soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a acestuia și, în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, va respinge ca inadmisibilă contestația S.C. ■ S.R.L., în contradictoriu cu ■ S.A.

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în trei exemplare originale, conține 5 (cinci) file.