

DECIZIE
Nr. ■ BO2011_0063
Data: ■.2011

Prin contestația nr. ■/29.12.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■/29.12.2010, SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ■, CUI ■, reprezentată legal de ■, în calitate de director general, împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. ■/24.12.2010, de către SC ■ SA, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de servicii având ca obiect „Servicii de curățenie la sediul SC ■ SA pentru anul 2011”, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și a comunicării nr. ■/24.12.2010, stabilirea ofertei declarată câștigătoare ca fiind neconformă și declararea ofertei câștigătoare cu respectarea prevederilor legale.

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

DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației depusă de SC ■ SRL și, pe cale de consecință, respinge contestația formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, în contradictoriu cu SC ■ SA, cu sediul în ■, ca inadmisibilă.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, SC ■ SRL a criticat rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. ■/24.12.2010, de către SC ■ SA, solicitând anularea rezultatului procedurii de atribuire și a comunicării nr. ■/24.12.2010, stabilirea ofertei declarate câștigătoare ca fiind neconformă și declararea ofertei câștigătoare cu respectarea prevederilor legale.

În motivarea contestației, SC ■ SRL arată că, prin adresa nr. ■/24.12.2010, i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire potrivit căruia oferta declarată câștigătoare a fost cea depusă de SC ■ SA, cu un preț de 119.492,00 lei, fără TVA, ce reprezintă 62,89% din valoarea estimată, fiind un preț neobișnuit de scăzut raportat la art. 36¹ al. 1) din HG 925/2006.

De altfel, contestatorul susține că, potrivit prevederile art. 36¹ al. 2) și al. 3) din HG 925/2006 coroborat cu art. 202 din OUG 36/2006, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita SC ■ SA justificări cu privire la prețul oferat.

Pe de altă parte, contestatorul precizează că, raportat la cerințele documentației de atribuire, respectiv la numărul angajaților care trebuie să fie de minim 8 și la consumabilele solicitate, cheltuielile salariale se ridică potrivit dispozițiilor HG ■/2010 la aproximativ 7200 lei/lună, iar costul consumabilelor menționate la minim 5000 lei/lună.

Prin urmare, contestatorul apreciază că prețul oferat de câștigător nu poate fi justificat obiectiv decât prin diminuarea serviciilor prestate, ceea ce ar conduce la nerespectarea condițiilor minime impuse în caietul de sarcini, fapt ce ar atrage respingerea ofertei, ca neconformă, potrivit art. 79 al. 2) din HG 925/2006.

Având în vedere cele menționate, se solicită să se constate neconformitatea ofertei depusă de SC ■ SA, potrivit art. 36 al. 2) lit. c din HG 925/2006, prețul oferat nefiind rezultatul liberei concurențe și neputând fi justificat.

În drept, se invocă prevederile art. 255 din OUG 34/2006 și art. 36 al. 2) lit. c din HG 925/2006.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire și situația afișată de SEAP.

Prin punctul de vedere nr. ■/30.12.2010, înregistrat la CNSC sub nr. ■/30.12.2010, SC ■ SA a precizat următoarele:

Toți operatorii economici participanți la licitația electronică au depus în cuprinsul ofertelor prezentate, o declarație pe proprie răspundere din care rezultă faptul că, atât pentru oferta financiară depusă în cadrul ședinței de deschidere, cât și pentru oferta ce va fi depusă în SEAP în cadrul licitației electronice, în cazul în care oferta va fi declarată admisibilă de către comisia de evaluare, au fost luate în calcul toate dispozițiile legale, inclusiv dispozițiile HG 1051/2008.

Devizul ofertei declarate câștigătoare, după cum se arată, a fost verificat de către membrii comisiei de evaluare înainte de declararea acesteia ca fiind admisibilă, din justificarea prețului transmisă de către SC ■ SA constatându-se următoarele:

- Conform legislației în vigoare, SC ■ SA a prevăzut un salariu minim de încadrare în cuantum de 600 lei; la data lansării procedurii de atribuire a contractului (25.11.2010), legislația națională impunând un salariu minim de încadrare în cuantum de 600 lei. HG 1193/2010 a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 824/09.12.2010, chiar în data depunerii ofertelor și a stabilit salariul de bază minim brut pe țară la valoarea de 670 lei începând cu data de 01.01.2011.

În aceste condiții, se arată că, comisia de evaluare a analizat ofertele prin prisma legislației naționale valabilă la momentul luării unei decizii și nu în baza legislației apărută pe parcursul derulării procedurii, aplicabilă de la o dată viitoare față de data la care s-a semnat raportul procedurii de atribuire. În cazul semnării contractului, pentru respectarea legislației privind salariul minim de încadrare pentru 2011, respectând principiile enunțate la art. 2, al. (2) din OUG 34/2006 sunt aplicabile, după cum se arată, prevederile privind ajustarea prețului contractului conform dispozițiilor art. 97 al. 4 lit. a) din HG 925/2006 având în vedere faptul că modificarea legislativă n-a avut loc pe parcursul îndeplinirii contractului, ci înainte de semnarea acestuia.

Referitor la justificarea tarifului/lucrător transmisă de ofertantul declarat câștigător, SC ■ SA precizează că au fost respectate cotele procentuale privind contribuțiile la fondul de salarii realizat, tariful lunar/lucrător fiind de 853,56 lei, rezultând un preț manoperă pentru 8 lucrători pe an de 81.941,76 lei. A fost cotat și prețul manoperă pentru acordarea concediilor de odihnă la 6.146,24 lei anual în care au fost incluse salariul și cotele.

De asemenea, SC ■ SA precizează că, SC ■ SA a detaliat tariful în lei/lună pentru consumabilele aferente sediului SC ■ SA, cu o valoare totală de 2.617 lei/lună, și o valoare anuală de 31.404 lei.

În ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, SC ■ SA precizează că a respectat dispozițiile art. 207, al. (2), lit. c) din OUG 34/2006, oferta câștigătoare desemnându-se în urma licitației electronice în baza criteriului de atribuire, prețul cel mai scăzut, ofertantul declarat câștigător justificând prețul ofertat în conformitate cu dispozițiile art. 36¹al. 2) din HG 925/2006.

Având în vedere cele menționate, se solicită respingerea contestației formulată de SC ■ SRL ca fiind lipsită de obiect și pe cale de consecință menținerea deciziei ca fiind legală și temeinică.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

În considerarea dispozițiilor art. 269 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul a solicitat părților punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației raportat la art. 8 și art. 243 din actul normativ menționat.

Prin adresa nr. ■/04.01.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.01.2011, SC ■ SRL a solicitat respingerea excepției inadmisibilității contestației, din următoarele considerente:

Potrivit art. 20 al. 2) din Directiva 2004/17/CE, activitățile exceptate de la cele descrise în art. 3-art. 7 din ordonanță ar trebui notificate comisiei, ori în situația de față, respectivele activități nu au fost notificate ca fiind activități exceptate, fapt pentru care li se aplică întreagă jurisdicție a achizițiilor publice.

Directiva 66/2007 a CE impune statelor membre să ofere un sistem eficient de soluționare a unor eventuale contestații, iar art. 1 din sens alt. Directiva 92/13/CEE prevede că, „Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare a Directivei 2004/17/CE, deciziile luate de entitățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și în special cât se poate de rapide ...”.

Astfel, contestatorul susține că, procedura în cauză nu este una exceptată în sensul art. 20 din Directiva 17/2007/CE, aplicându-se legislația națională privind achizițiile publice, odată ce, autoritatea contractantă a decis că, activitatea ce face obiectul contractului contribuie la desfășurarea activității sale relevante.

Având în vedere cele menționate, contestatorul apreciază că, procedurii în cauză i se aplică prevederile Directivei 66/2007 a CE, adică sistemul de control al CNSC, ca organism național, sistemul legislativ național nefăcând distincție între activitățile ce concură și cele ce nu concură la desfășurarea activităților relevante și nu stabilește nicio metodă de distincție a acestora.

Prin adresa nr. ■/04.01.2011, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.01.2011, SC ■ SA a solicitat admiterea excepției inadmisibilității contestației formulată de SC ■ SRL, precizând că SC ■ SA are calitatea de autoritate contractantă potrivit dispozițiilor art. 8 din

OUG 34/2006, desfășurând activitate relevantă în domeniul „energiei”.

Având în vedere dispozițiile art. 278 al. 1 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează a se pronunța asupra excepției inadmisibilității contestației depusă de SC ■ SRL.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține:

Procedura utilizată de SC ■ SA pentru încheierea contractului având ca obiect „Servicii de curățenie la sediul SC ■ SA pentru 2011”, e cererea de oferte cu etapă finală de licitație electronică, valoarea estimată a contractului fiind de 254.000 lei, fără TVA.

După cum rezultă din invitația de participare nr. ■/25.11.2010, publicată în SEAP, și documentației de atribuire, data limită de depunere a ofertelor a fost 09.12.2010, ora 9,00, iar deschiderea lor a fost programată pentru aceeași zi, ora 10.00, sursa de finanțare a contractului fiind asigurată din fondurile proprii ale organizatoarei.

În invitația de participare și fișa de date a achiziției este indicată ca "autoritate contractantă" SC ■ SA, societate comercială pe acțiuni al cărui scop constă în „asigurarea serviciului public de distribuție și furnizare a energiei electrice, prin efectuarea de acte de comerț corespunzătoare obiectului de activitate (...)” (art. 5 din statut), respectiv comercializarea, producția, distribuția energiei electrice (art. 6 din statut)

Contractul care urmează a fi atribuit, după cum rezultă din documentația de atribuire, privește efectuarea de servicii de curățenie la sediul SC ■ SA, în 2011.

Având în vedere dispozițiile art. 255 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora Consiliul e competent să soluționeze jurisdicțional doar contestațiile formulate împotriva actelor emise de autorităților contractante, s-a procedat la verificarea încadrării organizatoarei procedurii în categoria autorităților contractante, astfel cum sunt acestea definite la art. 8 din ordonanță.

Ca urmare, față de tipul de entitate, în speță societate comercială pe acțiuni care efectuează acte de comerț, SC ■ SA 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.

Deși prin obiectul său de activitate societatea poate avea calitatea de autoritate contractantă [desfășoară activitățile relevante în sectorul de utilitate publică "energie" evocate la art. 235 din OUG 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 obiectul contractului care se atribuie este efectuarea unor servicii de curățenie, care nu sunt destinate realizării activității relevante a societății.

Prin urmare, contractul care urmează a se încheia, nu are natura unui contract sectorial, astfel cum este acesta definit la art. 229 al. 2 din ordonanța de urgență: „(...) prin contract sectorial se înțelege contractul de achiziție publică care se atribuie în scopul efectuării unei activități relevante în sectoarele de utilitate publică: a) apă; b) energie; c) transport; d) poștă.”

Activitățile relevante în sectorul de utilitate publică „energie”, după cum prevede art. 235 din OUG, sunt următoarele: „(...) a) punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate să asigure, în beneficiul publicului, servicii de producție, transport sau distribuție de combustibili gazeși, energie termică sau electrică; b) livrarea de combustibili gazeși, energie termică sau energie electrică prin rețele de natura celor prevăzute la lit. a.”

Rezultatul serviciilor care trebuie prestate nu contribuie la punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate să asigure, în beneficiul publicului, servicii de producție, transport sau distribuție de energie electrică sau la livrarea de energie electrică prin rețele de natura celor antemenționate, ci la crearea unui mediu corespunzător în care organizatoarea procedurii să-și desfășoare activitatea.

În considerarea celor ce preced, întrucât serviciile de curățenie nu sunt destinate realizării activității relevante (cerință esențială potrivit art. 8 și art. 229 din OUG în discuție) și astfel nu sunt îndeplinite prescripțiile ordonanței, Consiliul stabilește că SC ■ SA nu are calitatea de autoritate contractantă în cadrul procedurii de cerere de oferte. 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).

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

Pe cale de consecință și 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), art. 9 și art. 255 din ordonanța precitată, în situația prezentă nu au incidență procedurile de atribuire și de soluționare a contestațiilor de Consiliu instituite prin ordonanță, achizitorul nefiind autoritate contractantă, iar contractul nu este de achiziție publică sau sectorial. De altfel, și textul *art. 243* stabilește expres că ordonanța nu se aplică pentru contractele atribuite de către "autoritățile contractante care se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 8 lit. d) sau e)" care au ca obiect achiziția de produse, servicii sau lucrări destinate desfășurării altor activități decât activitățile relevante (cum este cazul în analiză – servicii de curățenie la sediul organizatoarei).

Dacă legiuitorul național, dar și cel comunitar, ar fi dorit ca pentru toate achizițiile organizate de o unitate de natura celor de la art. 8 lit. d) și e) din ordonanță să se aplice procedurile de atribuire din OUG 34/2006, n-ar mai fi introdus condiția ca achiziția să fie destinată îndeplinirii activității relevante a achizitorului.

Art. 20 al. 1 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31.03.2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectorul apei, al energiei, al transporturilor și al serviciilor poștale, prevede că aceasta „nu se aplică” contractelor pe care entitățile contractante le atribuie în alte scopuri decât desfășurarea activităților lor, definite la articolele 3-7 (gaze, energie termică și energie electrică, apă, servicii de transport, servicii poștale, explorarea sau extracția de petrol, gaze, cărbune sau alți combustibili solizi, precum și activități privind porturile și aeroporturile), domeniul de aplicare al directivei vizând, așadar,

numai contractele pe care o entitate, care are calitatea de „entitate contractantă”, în sensul acestei directive, le atribuie în legătură cu și pentru desfășurarea de activități în sectoarele enumerate la art. 3-7 din directiva menționată.

Indiferent dacă organizatoarea procedurii a ales utilizarea ordonanței și a indicat în documentație CNSC 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 OUG 34/2006.

Dat fiind că normele de competență *ratione materie* sunt de ordine publică (CSJ, secția contencios administrativ, decizia nr. 853/10.03.2000; iCCJ, completul de 9 judecători, deciziile nr. 81, 82/13.02.2006; Curtea de Apel Craiova, secția comercială, decizia nr. 577/30.06.2004; ICCJ, secția civilă, decizia nr. 209/20.01.2004; CA Brașov, secția comercială, decizia nr. 224/10.09.2004; CA Cluj-Napoca, secția civilă, decizia nr. 2814/12.09.2000 etc.), părțile nu pot deroga de la acestea, în sensul extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații pentru proceduri nereglementate sau exceptate de la comandamentele OUG 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 oricărui organizatori (care nu sunt neapărat autorități contractante) de diverse proceduri.

Cele expuse formează convingerea Consiliului că soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a acestuia și, în temeiul art. 278 al. 5 din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, va admite excepția inadmisibilității contestației și va respinge, ca inadmisibilă, contestația depusă de SC ■ SRL

Soluția respingerii contestației ca inadmisibilă este susținută atât de practica constantă a Consiliului, cât și de practica instanțelor judecătorești, elocvente fiind: decizia nr. 3940/29.07.2007, dosar 1534/54/2007, CA Craiova, S. cont. adm. și fiscal, decizia nr. 450/CA/10.09.2007, dosar 542/45/2007, CA Iași, S. cont. adm. și fiscal, decizia pronunțată în dosarul nr. 1507/54/2007, CA Craiova, S. cont. adm. și fiscal, precum și decizia nr. 1434/01.10.2007, dosar nr. 4589/2/2007, CAB, S. cont. adm. și fiscal, deciziile CA Ploiesti nr.

1689/30.11.2009 si respectiv nr. 209/08.02.2010, și altele, în care instanțele de control au statuat, în mod judicios, că nu orice fel de contract (servicii de pază, servicii de evaluare, servicii de consultanță, servicii de *curățenie, dezinfectie etc.*) reprezintă un contract sectorial și se supune ordonanței privind achizițiile publice.

În temeiul dispozițiilor art. 280 al. 3 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în 3 exemplare, conține 9 (nouă) file