

DECIZIE
Nr. BO2011_0169
Data: ■.2011

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC cu nr. ■/21.12.2010, formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC sub nr. ■, având CUI ■, reprezentată convențional de avocat ■, împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. ■/20.12.2010 și a raportului procedurii de atribuire emise de SC ■ SA, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Consumabile pentru imprimante, copiatoare, fax și alte echipamente pentru prelucrarea automată a datelor”, s-a solicitat, anularea înscrisurilor susmenționate, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și să declare inadmisibilă oferta depusă de SC ■ SRL

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 depusă 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 la CNSC sub numărul de mai sus, SC ■ SRL a criticat rezultatul procedurii de atribuire și raportul procedurii de atribuire, emise de SC ■ SA, solicitând anularea acestora, obligarea autorității menționate la reevaluarea ofertelor și să declare inadmisibilă oferta depusă de SC ■ SRL

În motivarea contestației, SC ■ SRL arată că oferta sa a fost respinsă deoarece nu a îndeplinit cerințele de calificare stabilite în

documentația de atribuire, respectiv declarația pe proprie răspundere prin care societatea sa a precizat că îndeplinește criteriile de calificare astfel cum au fost stabilite prin documentația de atribuire, nu a îndeplinit condițiile prevăzute de HG 925/2006, entitatea organizatoare menționând că nu sunt aplicabile prevederile art. 201 al. 1 din OUG 34/2006, întrucât dacă s-ar fi solicitat clarificări s-ar fi creat un avantaj evident SC ■ SRL

Față de motivul invocat, contestatorul precizează că, potrivit prevederilor art. 11 al. 4 din HG 925/2006, societatea sa are dreptul să depună în vederea îndeplinirii condițiilor de calificare prevăzute la art. 176 din OUG 34/2006, o declarație pe proprie răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care să arate faptul că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire, drept de care a înțeles să uzeze.

Contestatorul precizează că oferta sa nu putea fi declarată inacceptabilă decât în momentul în care, respectandu-se prevederile art. 11 al. 5 din HG 925/2006, la solicitarea de a se prezenta documentele edificatoare care probează îndeplinirea cerințelor de calificare, societatea nu le-ar fi depus sau le-ar fi depus incomplet.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că entitățile organizatoare potrivit căreia nu s-au solicitat clarificări/completări, deoarece potrivit prevederilor art. 201 al. 1 aceste clarificări se solicită doar în măsura în care se referă la clarificări sau completări ale unor documente prezentate deja în ofertă și nu la completarea ulterioară a tuturor documentelor, este eronată și nelegală.

Contestatorul susține că, în situația de față, prevalau prevederile art. 11 din HG 925/2006, și nu prevederile art. 201 din OUG 34/2006, care deveneau aplicabile doar în urma depunerii de către subscrisa a documentelor de calificare în urma solicitării lor.

În ceea ce privește ofertantul declarat câștigător, contestatorul precizează că acesta nu a prezentat la momentul deschiderii ofertelor mostre ale produselor ofertate, așa cum s-a solicitat în documentația de atribuire la capacitatea tehnică Cap.VI 5) lit. e, fapt ce atrage incidența prevederilor art. 36 lit. b din HG 925/2006, respectiv ofertantul nu a îndeplinit cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire, oferta fiind inacceptabilă.

Contestatorul precizează că prevederile art. 11 al. 4 și 5, precum și art. 36 lit. b HG 925/2006, fac referire la declarația pe proprie răspundere pentru documente și certificări, și nicidecum pentru

mostre, care, în vederea respectării principiului transparenței, trebuiau prezentate la momentul deschiderii ofertelor odată cu toți participanții.

De asemenea, contestatorul susține că ofertantul declarat câștigător nu a depus certificatul care atestă implementarea sistemului de management sănătate și securitate ocupațională OHSAS 18001 și autorizări pentru produsele Panasonic, Canon, Kyocera, Konica Minolta, Philips, HP, aspecte nereținute de către autoritatea contractantă în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, deși reprezentantul societății sale a solicitat în mod expres acest lucru.

În drept, se invocă prevederile art.11 al. 4 și 5 din HG 925/2006, art. 255 și urm. din OUG 34/2006.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri emise în cadrul procedurii și împuternicirea avocațială.

Prin adresa nr. ■/29.12.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/29.12.2010, SC ■ SA a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC ■ SRL prin care a solicitat respingerea contestației ca fiind neîntemeiată.

În cuprinsul punctului de vedere, entitatea organizatoare arată că își menține decizia de declarare, ca inacceptabilă a ofertei depusă de SC ■ SRL, argumentele fiind cele precizate în cuprinsul raportului procedurii de atribuire, respectiv în comunicarea rezultatului procedurii nr. ■/20.12.2010 și anume inacceptabilă, conform art. 36 al. 1, lit. b din HG 925/2006, deoarece declarația pe proprie răspundere, prezentată și consemnată în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ■/29.11.2010, nu respectă dispozițiile art.11 al. 4 din HG 925/2006 în ceea ce privește conținutul anexei la declarație, fiind preluat doar tabelul inclus de autoritatea contractantă în documentația de atribuire fără a completa coloana cu modul de îndeplinire a cerințelor, așa cum s-a solicitat și cum impun dispozițiile art. 11 al. 4 din HG 925/2006.

Totodată, se susține că nu sunt aplicabile dispozițiile art. 201 al. 1 din OUG 34/2006, deoarece aceste prevederi se referă la situația clarificării sau completării unor documente prezentate deja în ofertă și nu la completarea ulterioară a tuturor documentelor de calificare.

În situația de față, prin acceptarea completării ulterioare a tuturor documentelor de calificare, s-ar încălca prevederile art. 201 al. 2 din OUG 34/2006.

Referitor la ofertantul declarat câștigător, entitatea organizatoare precizează că SC ■ SRL a trimis, pe fax, în 30.11.2010, ulterior ședinței de deschidere a ofertelor, copia certificatului OHSAS

18001:2007 emis în data de 29.11.2010, iar în 02.12.2010, s-a primit din partea aceluiași ofertant, prin curierat rapid, adresa nr. ■/02.12.2010 prin care s-au transmis completări la ofertă, respectiv mostre și autorizări.

De asemenea, ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. ■/09.12.2010, SC ■ SRL a transmis, după cum se arată, prin adresa nr. ■/13.12.2010, toate documentele solicitate, inclusiv certificate OHSAS 18001 pentru producători.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției, certificatul de înregistrare a societății și hotărârea de reorganizare privind societățile comerciale de distribuție și furnizare a energiei electrice.

În considerarea dispozițiilor art. 269 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul a solicitat părților, prin adresa nr. ■/30.12.2010 și nr. ■/30.12.2010, punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației, raportat la art. 8 și art.243 din actul normativ menționat.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ■/10.01.2011, SC ■ SRL a solicita respingerea excepției inadmisibilității contestației pentru următoarele considerente:

- Raportat la obiectul contractului de achiziție, produsele ce urmează a fi achiziționate sunt absolut necesare, așa cum de altfel apare și în descrierea obiectului procedurii, la desfășurarea activității relevante a entității organizatoare.

- Prin prezenta licitație se urmărește procurare de utilități fără de care nu se poate desfășura această activitate relevantă, fiind în strânsă legătură cu aceasta.

- Prelucrare automată a datelor se efectuează în scopul realizării activității de prestare a serviciului de distribuție a energiei electrice.

De altfel, contestatorul susține că, însăși entitatea organizatoare a precizat, într-o notă de subsol a punctului de vedere, că prelucrează „datele” în scopul realizării activității de prestare a serviciului de distribuție a energiei electrice, precum și că, pentru această licitație, a fost desemnat un observator pentru verificarea aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractului de achiziție publică din partea Minsiterului Finanțelor Publice - ANAF - DGFP ■.

În concluzie, contestatorul apreciază că, SC ■ SA se încadrează în categoria subiectelor de drept care desfășoara activități relevante astfel cum sunt prevăzute la Cap. VIII din OUG 34/2006, art. 235 lit.

a, raportat la prevederile art. 8 lit. d coroborat cu art. 3 lit. m din OUG 34/2006 și la legislația specifică organizării și funcționării societăților de distribuție a energiei electrice.

Prin urmare, contestatorul susține că, SC ■ SA era obligată să respecte, prevederile art. 243 OUG 34/2006 în ceea ce privește achizițiile, obiectul contractului fiind în strânsă legatură cu desfășurarea activității relevante, activitatea societății desfășurându-se informatizat, sistemul informatizat necesitând o întreținere permanentă prin procurare de consumabile.

În ceea ce privește motivele contestației, SC ■ SRL precizează că își menține susținerile formulate.

SC ■ SA nu a transmis punct de vedere referitor la excepție, până la data prezentei, deși a primit adresa CNSC la data de 03.11.2011, după cum rezultă din confirmarea poștală de primire.

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 următoarele:

Procedura utilizată de SC ■ SA pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Consumabile pentru imprimante, copiatoare, fax și alte echipamente pentru prelucrarea automată a datelor”, este licitație deschisă, valoarea estimată a contractului fiind de 1.224.000 lei, fără TVA.

După cum rezultă din anunțul de participare nr. ■/11.11.2010, publicat în SEAP și din documentația de atribuire, data limită de depunere a ofertelor a fost 29.11.2010, ora 9,00, iar deschiderea lor a fost programată pentru aceeași zi, ora 10.00, sursa de finanțare a acordului-cadru fiind asigurată din fondurile proprii ale organizatoarei, după cum se menționează la cap. I.c. – „Sursa de finanțare” din fișa de date a achiziției.

În anunțul de participare și fișa de date a achiziției este indicată ca "autoritate contractantă" SC ■ SA, societate comercială pe acțiuni al cărui obiect principal de activitate constă în distribuția și furnizarea energiei electrice (art. 17 din HG 1342/2001)

Acordul-cadru care urmează a fi atribuit, după cum rezultă din documentația de atribuire, privește furnizarea de consumabile pentru imprimante, copiatoare, fax și alte echipamente, respectiv cartușe și cilindri, durata acordului-cadru fiind de 12 luni.

Având în vedere dispozițiile art. 255 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora Consiliul este 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 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 acordului-cadru care se încheia este furnizarea de cartușe și cilindrii pentru copiatoare, faxuri și imprimante aflate în dotarea organizatoarei, produse care nu sunt destinate realizării activității relevante a societății.

Prin urmare, acordul-cadru 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 ordonanța de urgență, 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.”

Produsele care urmează a fi achiziționate nu contribuie la punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate să asigure, în

beneficial publicului, servicii de producție, transport sau distribuție de energie electrică sau la livrarea de energie electrică prin rețele de natura celor antemenționate.

În considerarea celor ce preced, întrucât produsele care se vor achiziționa nu sunt destinate realizării activității relevante (cerință esențială potrivit art. 8 și art. 229 din ordonanța în discuție) și astfel nu sunt îndeplinite prescripțiile ordonanței, Consiliul stabilește că SC ■ SA nu are calitatea de autoritate contractantă în cadrul procedurii de licitație deschisă. De asemenea, organizatoarea procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă nici prin raportare la normele art. 9 din ordonanță, care nu numai că se referă la contracte de servicii și lucrări, categorii în care nu se încadrează acordul-cadru din prezenta speță, dar, mai mult, achiziția se realizează 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 acordul-cadru 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 îmbrăca 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 – furnizare consumabile).

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, nu ar mai fi introdus condiția ca achiziția să fie destinată îndeplinirii activității relevante a achizitorului.

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 (Curtea Supremă de Justiție, secția contencios administrativ, decizia nr. 853/10.03.2000; Înalta Curte de Casație și Justiție, completul de 9 judecători, deciziile nr. 81 și 82/13.02.2006; Curtea de Apel Craiova, secția comercială, decizia nr. 577/30.06.2004; Înalta Curte de Casație și Justiție, secția civilă, decizia nr. 209/20.01.2004; Curtea de Apel Brașov, secția comercială, decizia nr. 224/10.09.2004; Curtea de Apel 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, Curtea de Apel Craiova, S. cont. adm. și fiscal, decizia nr. 450/CA/10.09.2007, dosar 542/45/2007, Curtea de Apel Iași, S. cont. adm. și fiscal, decizia pronunțată în dosarul nr. 1507/54/2007, Curtea de Apel Craiova, S. cont. adm. și fiscal, precum și decizia nr.

1434/01.10.2007, dosar nr. 4589/2/2007, Curtea de Apel București, S. cont. adm. și fiscal, deciziile Curtii de Apel Ploiesti nr. 1689/30.11.2009 și 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, furnizarea de camere de supraveghere pentru casierii etc.) reprezintă un contract sectorial și se supune ordonanței privind achizițiile publice.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactata in 3 exemplare originale, conține 9 (nouă) file