

DECIZIE

BO2011_0463

Data: -.2011

Prin contestația nr. ▫/21.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▫/24.01.2011, depusă de către S.C. ▫ S.A., cu sediul în ▫, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ▫, și Cod Unic de Înregistrare ▫, contestă rezultatul procedurii, emis de către S.C. ▫ S.R.L., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ▫, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de „Achiziție țeavă corugată și piese speciale”.

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

DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă contestația formulată de S.C. ▫ S.A., în contradictoriu cu S.C. ▫ S.R.L..

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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:

S.C. ▫ S.A. a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii, emis de către S.C. ▫ S.R.L., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de „Achiziție țeavă corugată și piese speciale”.

Contestatorul precizează că motivele care au stat la baza contestației sunt următoarele:

- nerespectarea procedurilor și formularelor impuse în cazul licitațiilor publice;
- neconformitate înscriere/înregistrare participant în procesul verbal al ședinței de deschidere nr. ▫/04.01.2011;
- neconformitate înscriere/înregistrarea participant în comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire;
- neconformități privind înscrisul în Anexa nr. ▫ la procesul verbal al ședinței de deschidere nr. ▫/04.01.2011;
- neconformitatea formularului anunț de atribuire;
- neconformitatea evaluării și punctării ofertelor;

- neconformitatea produselor ofertantului declarat câștigător conform anunț de atribuire din 12.01.2011;
- lipsă document calificare S.C. ▪ S.R.L., criteriu de descalificare;
- termen de livrare nesperios.

În punctul de vedere comunicat prin Adresa nr. ▪/27.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▪/27.01.2011, S.C. ▪ S.R.L., în calitate de entitate contractantă, precizează că nu are calitate de autoritate contractantă, în sensul prevăzut de art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006 și nici nu se încadrează la condițiile prevăzute în art. 9 lit. c¹ din același act normativ, fiind persoană juridică cu capital integral privat.

Totodată, este menționat faptul că S.C. ▪ S.R.L. a aplicat procedura de cerere de oferte, conform Anexei nr. 8 – Instrucțiuni pentru atribuirea contractelor de achiziții de produse, servicii sau lucrări cofinanțate din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007 – 2013, procedura fiind cofinanțată din fonduri publice, nerambursabile, în cadrul proiectului având ca obiect „Diversificare producție și modernizare activitate existentă la ferma piscicolă ▪”.

Prin Adresa nr. ▪/28.01.2011, S.C. ▪ S.R.L. transmite decizia sa de a respinge contestația depusă de S.C. ▪ S.A. și de a continua procedura de atribuire în cauză, motivația fiind faptul că a aplicat în mod corect Instrucțiunile de achiziție prevăzute în Anexa nr. 8 la Ghidul solicitantului, ținându-se cont de valorile de încadrare de la pct. VIII – tabelul nr. 2 – Metodologia de alegere a procedurii de achiziție aplicabile în cadrul proiectului cofinanțat din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007 – 2013.

S.C. ▪ S.R.L. menționează totodată faptul că S.C. ▪ S.A., prin contestația formulată, nu a specificat obiectul acesteia, în sensul solicitării modificării în tot sau în parte a deciziei privind atribuirea contractului de achiziție publică sau anulării acestuia.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

S.C. ▪ S.R.L., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de cerere de ofertă în vederea atribuirii a contractului de „Achiziție țevă corugată și piese speciale”, în cadrul proiectului având ca obiect „Diversificare producție și modernizare activitate existentă la ferma piscicolă ▪”, cofinanțat din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007 – 2013.

Având în vedere prevederile art. 8 coroborat cu cele ale art. 9, art. 255 și art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 care dispun *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și*

de fond (...)”, Consiliul a procedat cu întâietate la verificarea competenței sale în soluționarea contestației cu care a fost investit.

S.C. ▪ S.R.L. a încheiat Contractul de Finanțare Nerambursabilă din Programul Operațional pentru Pescuit 2007 – 2013, nr. ▪/17.08.2010, pentru implementarea proiectului „Diversificare producție și modernizare activitate existentă la ferma piscicolă ▪, județul ▪”.

Potrivit Anexei 8 privind Instrucțiunile pentru atribuirea contractelor de achiziții de produse, servicii sau lucrări cofinanțate din FEP prin POP 2007 – 2013, efectuate de către beneficiari sau partenerii acestuia, care nu sunt autorități contractante în conformitate cu art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, sau care nu îndeplinesc cumulativ condițiile prevăzute la art. 9 lit. c¹ din aceeași ordonanță, cap. I, rezultă că „prezentele instrucțiuni reglementează atribuirea contractelor de furnizare de produse, servicii sau lucrări care nu intră sub incidența totală sau parțială a prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 (...)” de asemenea la cap. VIII.1.1 – Alegerea procedurii de achiziție, se precizează în mod expres faptul că „în cadrul etapei premergătoare inițierii procedurii de achiziție, beneficiarul va stabili achizițiile necesare și valoarea estimată a acestora în conformitate cu obiectivele și activitățile proiectului cofinanțat din FEP prin POP 2007-2013. (...) Înainte de a efectua orice achiziție în cadrul proiectului, beneficiarii privați trebuie să verifice îndeplinirea „condițiilor” evidențiate mai jos. În funcție de rezultatul acestei verificări, efectuarea achiziției și încheierea respectivului contract de furnizare produse, prestare servicii sau execuție lucrări se va realiza, în mod obligatoriu, cu respectarea „procedurii de achiziție de urmat” prevăzută în tabel. Pentru achiziția de produse care îndeplinește cumulativ condițiile: contractul de achiziție respectiv este finanțat, indiferent de proporție, de către DGP-AMPOP și indiferent de valoarea estimată a contractului respectiv se aplică procedura de achiziție prevăzută în cadrul prezentelor instrucțiuni”.

La cap. VI – Proceduri pentru efectuarea achizițiilor din cadrul Anexei 8, se dispune în mod expres și imperativ faptul că *„achizitorul are obligația să atribuie contractul de achiziție de produse (...) necesar pentru implementarea proiectului cofinanțat de FEP prin POP 2007 - 2013 prin aplicarea procedurilor deschide:*

- *procedură competitivă*
- *procedură de prospectare a pieței – studiu al pieței”.*

Potrivit dispozițiilor art. 9 lit. c) și c¹) coroborat cu art. 10 din O.U.G. nr. 34/2006, acest act normativ se aplică pentru atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, în următoarele cazuri:

- a unui contract de lucrări, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: respectivul contract este

finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă și valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 4.845.000 euro;

- a unui contract de servicii, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă și valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 193.000 euro și cu impunerea de către autoritatea contractantă în cadrul contractului de finanțare a aplicării prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 pentru atribuirea contractelor respective.

În speță, contractul de achiziție este de furnizare, iar prevederile legale antemenționate, respectiv art. 9 lit. c) și c¹) din O.U.G. nr. 34/2006 reglementează excepțiile și domeniul de aplicare a ordonanței și anume contractele de servicii și lucrări, iar unde legea nu dispune nici interpretul nu poate dispune potrivit principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Mai mult, în conformitate cu punctul VIII.1.1 din Anexa nr. 8, Tabelul nr. 2 – Metodologia de alegere a procedurii de achiziție aplicabile în cazul proiectului, este specificat în mod expres că pentru tipul de contract „Achiziție de produse” se aplică procedura de achiziție prevăzută în cadrul prezentelor instrucțiuni dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: contractul de achiziție respectiv este finanțat, indiferent de proporție, de către DGP – AMPOP, indiferent de valoarea estimată a contractului respectiv. De asemenea la finalul acestui tabel, autoritatea contractantă menționează că „dacă rezultatul verificării prevăzute mai sus indică faptul că procedura nu este una din procedurile de atribuire prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006, beneficiarii au obligația de a respecta obligațiile instruite prin prezentele instrucțiuni”.

În aceste condiții, entitatea contractantă a avut obligația respectării instrucțiunilor pentru atribuirea contractelor de achiziții de produse, servicii sau lucrări cofinanțate din FEP prin POP 2007 – 2013, efectuate de către beneficiari sau partenerii acestuia, care nu sunt autorități contractante în conformitate cu art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, sau care nu îndeplinesc cumulativ condițiile prevăzute la art. 9 lit. c¹ din aceeași ordonanță, sens în care a elaborat documentul privind procedurile interne de achiziții „Achiziții IL – BM – 106”, care, împreună cu Anexa nr. 8 – Instrucțiuni pentru atribuirea contractelor de achiziții de produse, servicii sau lucrări cofinanțate din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007 – 2013, efectuate de către beneficiarii sau partenerii acestuia, care

nu sunt autorități contractante în conformitate cu art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, sau nu îndeplinesc cumulativ condițiile prevăzute la art. 9 lit. c1) din aceeași ordonanță, stau la baza atribuirii contractului în speță.

Față de aceste aspecte, Consiliul constată că nu sunt îndeplinite condițiile cumulative impuse de prevederile legale antemenționate, potrivit cărora este obligatorie aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006.

Potrivit art. 255 alin. (1) și (3) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent material să soluționeze contestații formulate de operatorii economici care se consideră vătămăți prin acte ale autorității contractante, emise în cadrul procedurilor organizate în conformitate cu prevederile ordonanței antemenționate.

De asemenea, întreaga procedură a fost derulată fără aplicarea prevederilor O.U.G. nr. 34/2006, în acest sens Consiliul reține faptul că procedura nu a fost inițiată prin publicarea unui anunț de participare în SEAP iar procedura de atribuire a contractului aleasă, nu a fost niciuna dintre procedurile enumerate la art. 18 din ordonanță, ci a fost o procedură stabilită prin Anexa nr. 8 – Instrucțiuni pentru atribuirea contractelor de achiziții de produse, servicii sau lucrări cofinanțate din Fondul European pentru Pescuit prin Programul Operațional pentru Pescuit 2007 – 2013, efectuate de către beneficiarii sau partenerii acestuia, care nu sunt autorități contractante în conformitate cu art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, sau nu îndeplinesc cumulativ condițiile prevăzute la art. 9 lit. c1) din aceeași ordonanță și prin documentul privind procedurile interne de achiziții „Achiziții IL – BM – 106”, conținând instrucțiuni aplicabile în cadrul organizației S.C. ▪ S.R.L.

Față de aceste aspecte nici entitatea 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 O.U.G. nr. 34/2006 iar entitatea contractantă în momentul organizării procedurii de atribuire a unui contract nu le aplică.

Astfel, potrivit art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul este competent să soluționeze jurisdicțional doar contestațiile formulate împotriva unui act al autorității contractante care conduce la încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și a procedurilor care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor prezentei ordonanțe, sens în care poate solicita 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.

Procedând la verificarea încadrării S.C. ▪ S.R.L. în categoria autorităților contractante astfel cum sunt acestea definite la art. 8 coroborat cu art. 9 din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul reține că aceasta este persoană juridică, cu capital integral privat astfel cum rezultă din actul constitutiv al societății, actualizat la data de 05.02.2010 și din Certificatul constatator nr. ▪/21.01.2011.

Față de aceste aspecte, S.C. ▪ S.R.L. nu poate fi încadrată la categoriile de autorități contractante enumerate la art. 8 sau art. 9 din O.U.G. nr. 34/2006 și nici nu desfășoară vreo activitate relevantă, în înțelesul cap. VIII din ordonanță.

În consecință, S.C. ▪ S.R.L. nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul O.U.G. nr. 34/2006.

Ținând cont de aceste aspecte rezultă, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. f) și art. 229 din O.U.G. nr. 34/2006, că nici contractul de furnizare 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 autoritate contractantă a achizitorului, contractul în cauză îmbrăcând forma unui contract comercial care se atribuie de o entitate contractantă altei societăți comerciale în mod competitiv.

Față de cele mai sus prezentate, Consiliul consideră că soluționarea contestației formulate de S.C. ▪ S.A. nu intră în sfera de competență materială a acestuia.

Prin urmare, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 Consiliul urmează a respinge ca inadmisibilă contestația de S.C. ▪ S.A., în contradictoriu cu S.C. ▪ S.R.L.

Raportat la dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

PREȘEDINTE COMPLET

▪

MEMBRU

▪

MEMBRU

▪

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) file.