

# **DECIZIE**

**BO2011\_0464**

**Data: -.2011**

Prin contestația nr. •/11.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. •/11.01.2011, formulată de S.C. • S.R.L., cu sediul în •, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. •, având C.U.I. •, împotriva documentației de atribuire elaborată de S.C. • S.A., cu sediul în •, în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de tipărire, implicuire și distribuire a facturilor de energie electrică și a altor documente”, s-a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire, iar, în subsidiar, modificarea documentația de atribuire, în sensul „separării” celor două activități de prestări servicii în contractante distincte, modificarea termenelor de desfășurare a procedurii de atribuire și suspendarea încheierii contractului până la soluționarea contestației.

Prin contestația nr. •/13.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. •/14.01.2011, formulată de • S.A., cu sediul în •, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. •, având CUI •, împotriva anunțului de participare nr. •/04.01.2011 și a documentației de atribuire elaborată de către aceași entitate organizatoare, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită anularea anunțului de participare nr. •/04.01.2011 și a documentației de atribuire obligarea entității organizatoare la lotizarea celor două categorii de servicii, de tipărire și implicuire și de distribuire corespundență.

Prin contestația nr. •/14.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. •/14.01.2011, formulată de S.C. • S.A., cu sediul în •, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. •, având CUI •, reprezentată legal de •, în calitate de director general, împotriva documentației de atribuire elaborată de aceiași entitate organizatoare, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire, iar, în subsidiar, modificarea documentația de atribuire, în sensul lotizării celor două activități de prestări servicii în contractante distincte, eliminarea cerinței tehnice prin care se solicită minim 2 centre de procesare situate în două locații diferite, dotate cu echipamente de tipar, implicuire și finisare corespunzătoare, modificarea termenelor de desfășurare a procedurii de atribuire și suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art.275<sup>1</sup> din O.U.G. nr.34/2006 .

Constatând a fi îndeplinite condițiile prevăzute de art.273 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, contestațiile fiind formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul va proceda la conexasia lor, astfel că acestea urmează a forma obiectul dosarului nr. •/2011.

În baza documentelor depuse de părți,

# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

## DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestațiilor depuse de S.C. ▪ S.R.L., cu sediul în ▪ și S.C. ▪ S.A., cu sediul în ▪, în contradictoriu cu S.C. ▪ S.A., cu sediul în ▪ și, pe cale de consecință, respinge contestațiile ca inadmisibile.

Ia act de renunțarea la soluționarea contestației depusă de ▪ S.A. S.A., cu sediul în ▪, în contradictoriu cu S.C. ▪ S.A., cu sediul în ▪.

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 C.N.S.C. sub nr. ▪/11.01.2011, S.C. ▪ S.R.L. a criticat documentația de atribuire elaborată de S.C. ▪ S.A., solicitând, în principal, anularea procedurii de atribuire, iar în subsidiar modificarea documentației de atribuire, în sensul „separării” celor două activități de prestări servicii în contractante distincte, modificarea termenelor de desfășurare a procedurii de atribuire și suspendarea încheierii contractului până la soluționarea contestației.

În motivarea contestației, S.C. ▪ S.R.L. susține că, prin inițierea procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, entitatea organizatoare a încălcat prevederile art.110 alin.(1) din O.U.G. nr.34/2006, din cuprinsul documentației de atribuire nereieșind încadrarea în situațiile expres și limitativ prevăzută de articolul susmenționat, deoarece entitatea organizatoare nu a inițiat vreo procedură de atribuire anterioară, nu a motivat temeinic situația excepțională, natura și riscurile viitorului contract, privind estimarea prețului acestuia.

În ceea ce privește mențiunea prevăzută la Capitolul IV.1 din fișa de date a achiziției, unde se stipulează că alegerea procedurii s-a făcut cu aplicarea dispozițiilor art.251 din OUG 34/2006, contestatorul precizează că, prevederile articolului se referă la atribuirea contractelor sectoriale, astfel că raportat la cerințele documentației de atribuire și la art.252 din O.U.G. nr.34/2006, aplicarea procedurii de atribuire s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale.

Față de obiectul contractului, „prestație intelectuală”, astfel cum a fost definit de entitatea organizatoare la pct.IV.2 din fișa de date a achiziției, contestatorul precizează că această prevedere este netemeinică și nelegală, deoarece, raportat la prevederile art. 163 din O.U.G. nr. 34/2006, prestațiile intelectuale reprezintă în principal activități de consultanță, proiectare și alte asemenea activități care în mod evident nu fac obiectul prezentei proceduri de achiziție.

De asemenea contestatorul susține că, prin eliminarea etapei finale de licitație electronică, entitatea organizatoare a încălcat dispozițiile art.162 din O.U.G. nr.34/2006.

Într-o altă critică, contestatorul susține că termenul de 19 zile stabilit pentru elaborarea și transmiterea ofertelor încalcă prevederile art.113 alin.1) din O.U.G. nr.34/2006, deoarece din cuprinsul acestui articol reiese că termenul legal cuprins între data transmiterii anunțului și data limită de depunere a candidaturilor, trebuie să fie de 37 de zile, derogarea de la aceste prevederi făcându-se în cazuri excepționale, potrivit art.113 alin.2) din același act normativ.

Astfel, contestatorul susține că, raportat la valoarea contractului și la cerințele tehnice referitoare la aplicația informatică, intervalul de 19 zile nu este suficient pentru elaborarea ofertei, limitând accesul operatorilor economici la procedura de atribuire și încălcând principiul fundamental al respectării utilizării fondurilor publice, în sensul că cerințele tehnice referitoare la aplicația informatică este fundamental diferită de aplicația informatică pe care o folosește în prezent pentru tipărirea facturilor.

În ceea ce privește cerințele prevăzute la codurile CTMO 01010017, CTMO 01010018 și CTMO 01010020, contestatorul precizează că există o cerință tehnică cu privire la transmiterea pe cale electronică de informații cu ofertantul – prestator, care stabilesc integrarea rețelei de comunicații cu rețeaua electronică a achizitorului, astfel că, intervalul de timp stabilit pentru depunerea ofertei nu este suficient pentru studierea rețelei informatice a entității organizatoare, cât și pentru stabilirea costului unei rețele dedicate și securizate din fibră optică între locațiile entității organizatoare și locațiile de prestare a serviciilor contractante.

Având în vedere că, România este stat membru al Uniunii Europene, legislația europeană prevalând dispozițiilor legale naționale, termenul de 19 zile, după cum se apreciază, încalcă prevederile art.55 din Directiva Europeană 2004/17/EC.

În continuarea contestației, S.C. ▪ S.R.L. susține că cerința caietului de sarcini care stabilește în sarcina prestatorului obligația depunerii plicurilor și facturilor/preavizelor în termen de maxim 24 de ore, la oficiile poștale ale ▪ S.A. intră în contradicție cu condițiile specificate în caietul de sarcini și informațiile din Metodologia de Lucru, pentru că, în situația în care corespondența trebuie predată la ▪, se presupune că toți operatorii economici care vor să participe la această procedură trebuie să încheie acorduri de parteneriat cu ▪ S.A., fapt ce încalcă obligațiile din documentația de atribuire de la Pct. II.1.8 Paragraful A.

Contestatorul apreciază că entitatea organizatoare, prin anunțul de participare și prin cerințele tehnice, încalcă, în mod vădit și abuziv, unele prevederi legale imperative, în ceea ce privește atribuirea unui singur contract de servicii pentru prestarea a două tipuri de servicii distincte supuse unor regimuri juridice și concurențiale diferite.

De altfel, contestatorul susține că, din analiza prevederilor O.G. nr. 31/2002 privind serviciile poștale, se constată că serviciile poștale includ

activitățile de colectare, sortare, transport și distribuție la destinatari a trimiterilor poștale, aparținând, în exclusivitate ▪ S.A., iar potrivit art. 1 din Decizia 293 din 17.04.2009, emisă de Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații ANCOM, care supraveghează serviciile de comunicații, inclusiv cele poștale, orice distribuție de corespondență care îndeplinește cerințele legale, este rezervată în mod exclusiv ▪ S.A. și niciun alt operator economic nu este autorizat să presteze astfel de servicii.

Totodată, contestatorul susține că, entitatea organizatoare a încălcat și principiul accesului tuturor operatorilor economici la procedură, invocând prevederile O.G. 31/2002 potrivit cărora prestarea sau oferirea către public a serviciilor care fac obiectul unui drept rezervat ▪ de a distribui corespondența ce face obiectul unui serviciu rezervat - urmat de livrarea acestora către alte persoane constituie contravenție și se sancționează cu amenda de la 5.000 la 60.000 lei.

În legătură cu valoarea estimată a contractului de 77.400.000 RON, contestatorul precizează că entitatea organizatoare a inclus și prețul pentru trimiteri poștale, deși în prezent beneficiază de prețul cel mai mic oferit de ▪ S.A., astfel că a distorsionat atât prețul garanției de participare, cât și prețul pe care operatorul economic trebuie să-l ofere pentru ca oferta acestuia să fie acceptabilă, iar subsecvent acordul-cadru să-i fie atribuit.

Prin urmare, contestatorul arată că serviciile actuale nu cuprind și distribuția poștală, aceasta aparținând în totalitate ▪.

Ca practică judiciară, contestatorul invocă deciziile emise de C.N.S.C. nr. ▪ din 31.08.2010 și nr. ▪ din 13.05.2010.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ▪/14.01.2011, ▪ S.A. a criticat anunțul de participare nr. ▪/04.01.2011 și documentația de atribuire elaborată de către S.C. ▪ S.A., solicitând anularea anunțului de participare nr. ▪/04.01.2011 și a documentației de atribuire, obligarea "autorității contractante" la lotizarea celor două categorii de servicii, de tipărire și implicare și de distribuire corespondență.

În motivarea contestației, ▪ S.A. susține, într-o primă critică, că procedura de atribuire a fost organizată în vederea achiziționării prin intermediul unui singur contract a două categorii distincte de servicii, și anume servicii de tipărire și implicare, precum și servicii de distribuire a facturilor de energie electrică și a altor documente.

Astfel, contestatorul arată că, potrivit mențiunilor cuprinse la Pct.II.1.8. din anunțul de participare și la Pct.II.1.6. din fișa de date a achiziției, nu este permisă împărțirea pe loturi a celor două categorii de servicii obligând operatorii economici să elaboreze o ofertă care să cuprindă un pachet de servicii, fapt ce încalcă dispozițiile legale ce reglementează prestarea serviciilor poștale din sfera serviciului universal rezervate de autoritatea de reglementare în domeniu prin Decizia ANCOM nr.293/2009, ▪.

Totodată, contestatorul arată că are obligația de a respecta toate condițiile reglementate în privința modului în care trebuie prestate serviciile

poștale din sfera serviciului universal, respectiv art.1, art.5 din Decizia ANCOM nr.293/2009 precum și art.12 din O.G. nr.31/2002.

Prin desemnarea ▪ ca beneficiar al dreptului de distribuție de corespondență, se interzice, după cum se arată, celorlați furnizori de servicii poștale din România prestarea unor astfel de servicii, încălcarea acestui drept reprezentând contravenție potrivit art.58 alin.1, pct.11 din O.G. nr.31/2002.

Pe de altă parte, se arată că, în caietul de sarcini s-a precizat o cantitate de 86.436.000 corespondență de 20 de g, respectiv 50 de g, astfel că, prin raportare la valoarea estimată a acordului cadru de 77.400.000 lei și, fără a se lua în calcul valoarea estimată a serviciilor de implicuire, tariful ar fi de 0,8 lei/plic.

În aceste condiții, contestatorul susține că limitele stabilite de art.5 din Decizia ANCOM nr.293/2009 nu sunt depășite, astfel încât serviciul de distribuire al acestei corespondențe se încadrează în plafonul caracteristic serviciului poștal rezervat ▪.

Totodată, contestatorul apreciază că entitatea organizatoare a încălcat principiul promovării concurenței între operatorii economici prin combinarea serviciilor libere de tipărire și implicuire, pa care le poate presta orice operator economic autorizat în acest sens, cu o categorie de servicii rezervate exclusiv ▪ S.A., și anume servicii de tipărire.

În drept, se invocă prevederile Cap.IX din O.U.G. nr.34/2006.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ▪/14.01.2011, S.C. ▪ S.A. a criticat documentația de atribuire elaborată de S.C. ▪ S.A. solicitând, în principal, anularea procedurii de atribuire, iar, în subsidia, modificarea documentația de atribuire, în sensul lotizării celor două activități de prestări servicii în contractante distincte, eliminarea cerinței tehnice prin care se solicită minim 2 centre de procesare situate în două locații diferite dotate cu echipamente de tipar, implicuire și finisare corespunzătoare, modificarea termenelor de desfășurare a procedurii de atribuire și suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art. 275<sup>1</sup> din O.U.G. nr. 34/2006 .

În motivarea contestației, S.C. ▪ S.A. susține că, prin încheierea unui singur acord-cadru pentru prestarea a două tipuri de servicii distincte supuse unor regimuri juridice și concurențiale diferite, entitatea organizatoare a încălcat, în mod vădit și abuziv, prevederile legale imperative inclusiv prevederile art. 2 alin.(2) privind principiile Tratatului transpuse în legislația achizițiilor publice și art. 33 alin.(1) din O.U.G. nr. 34/2006, restrângând posibilitatea operatorilor economici interesați de a depune oferte competitive și încălcând scopul prevăzut de art. 2 alin.(1) lit.a) din O.U.G. nr. 34/2006 de promovare a concurenței între operatorii economici.

De altfel, contestatorul arată că, din analiza centralizatorului aflat în anexa la propunerea financiară, reiese că acordul-cadru reglementează 3 tipuri de servicii de distribuire care vor fi prestate de operatorul economic câștigător, dintre care primele 2 servicii de la pct.7 și pct.8 se încadrează în categoria „servicii rezervate” definite la art. 12 din O.G.nr.31/2002.

Ori, contestatorul arată că, prin Decizia nr. 293/2009, Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații a desemnat S.A. ca fiind furnizorul de serviciu universal în domeniul serviciilor poștale de la data de 26 aprilie 2009 până la data de 31 decembrie 2012, astfel că, prin documentația de atribuire, astfel cum a fost realizată de către entitatea organizatoare, prestatorul de servicii de tipărire și împlicuire are obligația de a trimite documentele tipărite și împlicuite către clienții autorității contractante prin intermediul S.A.

În această situație, contestatorul apreciază că toți operatorii economici interesați să participe la aceasta procedură sunt obligați să intre în asocieră cu S.A., fapt ce ar conduce la imposibilitatea desfășurării în mod legal a acestei proceduri, deoarece S.A. s-ar afla în situația reglementată de art. 46 din OUG 34/2006.

Având în vedere prevederile Deciziei 293/2009, coroborate cu cele ale art. 8 și art. 15 din O.U.G. nr.34/2006, precum și răspunsul nr. 22.10.2009 emis de ANRMAR, contestatorul susține că entitatea organizatoare nu avea obligația de a se supune prevederilor O.U.G.nr. 34/2006 serviciile rezervate exclusiv S.A.

Un alt motiv pentru care se impune anularea procedurii de atribuire, este, în opinia contestatorului, valoarea estimată a acordului-cadru, de 77.400.000 lei, entitatea organizatoare incluzând și prețul pentru trimiteri poștale, deși în prezent aceasta beneficiază de prețul cel mai mic oferit de S.A.

Astfel, contestatorul susține că, prin includerea în prețul contractului a taxelor poștale, s-a distorsionat atât prețul garanției de participare, cât și prețul pe care operatorul economic trebuie să îl ofere pentru ca oferta acestuia să fie considerată acceptabilă, încălcând principiul utilizării eficiente a fondurilor publice reglementat de art. 2 alin.(1) lit. d) din O.U.G. nr.34/2006.

În ceea ce privește modificarea obiectului acordului-cadru, contestatorul susține că, raportat la prevederile art.1 alin.1) din Decizia nr. 293/2009 coroborate cu cele ale art.8 și art.15 din O.U.G. nr.34/2006, se impune lotizarea serviciilor, respectiv servicii de tipărire și împlicuire și servicii de distribuție, S.A. fiind singurul furnizor de serviciu universal desemnat să presteze serviciul de distribuție conform art. 6 alin. 3 din O.G. nr.31/2002.

Într-o altă critică, contestatorul susține că, se impune eliminarea cerinței tehnice obligatorii (01010006 CTMO) potrivit căreia prestatorul, în vederea calificării sale din punct de vedere tehnic, trebuie, ca pentru asigurarea continuității serviciului în cazul apariției unor defecțiuni în procesul de producție sau incidente, să dispună de minimum 2 (două) centre de procesare situate în două locații diferite, dotate cu echipamente de tipar, împlicuire și finisare corespunzătoare pentru a avea posibilitatea îndeplinirii în condiții de siguranță a contractului.

Având în vedere că prevederile O.U.G. nr.34/2006 și ale H.G. nr.925/2006 referitoare la specificațiile tehnice din caietul de sarcini sau la capacitatea tehnică a operatorului economic, nu menționează în mod expres nicio cerință tehnică obligatorie de tipul celei introduse de entitatea

organizatoare, contestatorul susține că aceasta a încălcat prevederile imperative ale art.178 alin) și art.179 lit.a) din O.U.G. nr.34/2006.

De altfel, contestatorul arată că, prin răspunsul dat la solicitarea de clarificări, entitatea organizatoare a încălcat prevederile art. 201 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 determinând un avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, iar utilizarea altor criterii de calificare și selecție decât a celor prevăzute în O.U.G.nr. 34/2006, constituie contravenție conform lit.h) și i) de la art. 293 din O.U.G.nr. 34/2006 și se sancționează conform art. 294 alin.(3) din O.U.G. nr.34/2006 cu amendă de la 80.000 lei la 100.000 lei.

În ceea ce privește termenele de desfășurare a procedurii, respectiv data limită de primire a documentelor de preselecție, 19.01.2010 și data limită de primire a ofertelor, contestatorul susține că, raportat la prevederile art.71 și art.113 din O.U.G. nr.34/2006, entitatea organizatoare nu a justificat urgența aplicării procedurii accelerate și pentru pregătirea candidaturilor și ofertelor, fiind necesară o perioadă mai lungă de timp atât pentru pregătirea ofertei proprii cât și pentru identificarea unor parteneri care să asigure serviciile de distribuție.

Totodată, contestatorul solicită, în temeiul art. 275<sup>1</sup> din O.U.G. nr. 34/2006, suspendarea procedurii de atribuire motivat de faptul că operatorii economici interesați sunt în situația de a întreprinde toate măsurile necesare, inclusiv încheierea în mod inutil de contracte de asociere și organizarea de locații în vederea asigurării continuității serviciului în cazul apariției unor defecțiuni în procesul de producție sau incidente, pentru a îndeplini cerințele impuse de autoritatea contractantă în cadrul unei proceduri de atribuire anulabilă din considerente de nerespectare a prevederilor din materia achizițiilor publice.

Contestatorul susține că, în cazul în care C.N.S.C. nu va dispune suspendarea procedurii de atribuire, operatorii economici sunt constrânși să respecte termenele extrem de scurte propuse de entitatea organizatoare în cadrul unei proceduri anulabile.

În drept, se invocă prevederile art.2 alin.1) și alin.2), art.8, art.5, art.33 alin.1) și alin.2), art.35 alin.5), art.46 alin.1), art.50, art.55, art.71, art.113, art.143, art.178 alin.2), art.179, art.187, art.188, art.189, art.201 alin.2), art.255, art.256, art.270-art.275, art.275<sup>1</sup> din O.U.G. nr.34/2006 și art.8 alin.1) și alin.2), art.10, art.13 din H.G. nr.925/2006, art.6, art.12 din O.G.nr.31/2002, art.1 și art.5 din Decizia 293/2009.

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

Prin adresa nr. ▫/21.01.2011, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ▫/21.01.2011, S.C. ▫ S.A. a transmis punctul de vedere cu privire la contestațiile formulate de S.C. ▫ S.R.L., ▫ S.A., și S.C. ▫ S.A., prin care a solicitat, în principal, respingerea contestațiilor ca inadmisibile, iar, în subsidiar, respingerea acestora ca neîntemeiate și continuarea procedurii de atribuire.

În ceea ce privește inadmisibilitatea contestațiilor, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu dispozițiile art.8 din O.U.G. nr.34/2006 desfășoară activitate relevantă în domeniul „energiei”, iar pentru

achiziționarea serviciilor ce fac obiectul contestației, S.C. ▪ S.A. are calitatea de mandatar al filialelor sale de furnizare a energiei electrice, respectiv S.C. ▪ S.A., S.C. ▪ S.A. și S.C. ▪ S.A. Filialele, beneficiare ale achiziției, cu activitate relevantă în domeniul „energie”, în conformitate cu dispozițiile art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006, iar procedura de atribuire în cauză are ca obiect „Servicii de tipărire, implicare și distribuire a facturilor de energie electrică și a altor documente”.

Astfel, entitatea organizatoare susține că, potrivit jurisprudenței Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și a instanțelor judecătorești, S.C. ▪ S.A. nu este autoritate contractantă în sensul prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 întrucât prin procedura de atribuire s-a dorit achiziționarea unor servicii care nu constituie activitate relevantă în domeniul energiei, potrivit art.235 din același act normativ.

Având în vedere definiția activității relevante în sectorul de utilitate publică "energie", conform Directivei 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene cât și dispozițiilor art.229, alin.(2) din O.U.G. nr.34/2006 coroborate cu dispozițiile art.243 din O.U.G. nr.34/2006, prevederile O.U.G. nr.34/2006 nu sunt incidente, întrucât S.C. ▪ S.A. care desfășoară activitate relevantă în domeniul energiei nu a intenționat, după cum se arată, achiziționarea unui serviciu de genul celor menționate mai sus, ci doar o serie de servicii poștale care nu sunt destinate activității relevante a energiei, astfel că, față de aceste servicii, S.C. ▪ S.A. trebuie să fie considerată ca fiind o societate comercială care nu intră în sfera de aplicare a art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006 și care nu este obligată să apeleze la prevederile O.U.G. nr. 34/2006, contractul fiind unul comercial care se atribuie de către o societate comercială unei alte societăți comerciale, în mod competitiv.

Față de solicitarea contestatorilor privind anularea procedurii de atribuire pe motiv că se încalcă dispozițiile O.G. nr.31/2002 privind serviciile poștale și Decizia nr. ▪/2009 emisă de Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații, referitoare la desemnarea furnizorului de serviciu universal în domeniul serviciilor poștale, autoritatea contractantă susține că aceasta este neîntemeiată, deoarece cele două tipuri de servicii de distribuție și de tipărire și implicare nu pot fi dissociate întrucât activitatea de distribuție reprezintă o activitate accesorie față de cea de tipărire și de implicare, specificul obiectului acestui contract de achiziție publică impunând ca toate aceste servicii să fie prestate de către un singur operator economic.

În aceste condiții, se arată că nu se încalcă monopolul legal al ▪ S.A., întrucât, în ceea ce privește serviciile de tipărire și de implicare, aceasta nu deține un astfel de monopol, iar serviciile de distribuție reprezintă numai o consecință, un accesoriu al acestor servicii, astfel că procedura de atribuire în cauză respectă prevederile legii, fiind incident principiul fundamental de drept, accesoriul urmează soarta principalului și nu invers.

Pe de altă parte, S.C. ▪ S.A. arată că nu a încălcat principiul concurenței, așa cum în mod eronat susțin contestatorii, ci a urmărit respectarea scopului



procedurii de atribuire prevăzut de art. 2 lit. a) din O.U.G. nr.34/2006, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, având în vedere că, prin obiectul acordului-cadru s-a dat posibilitatea participării unui număr mai mare de operatori economici decât în cazul unui monopol legal, bineînțeles cu respectarea principiului legalității.

În consecință, se susține că solicitarea ▪ S.A. de a reface documentația de atribuire, în sensul lotizării serviciilor, este neîntemeiată.

De asemenea, se arată că, în scopul executării contractului și supravegherii modului de distribuire a plicurilor către clienți, s-a solicitat să se facă dovada prin transmiterea electronică a borderoului semnat de către prestator și ▪ prin care se atestă că respectivele plicuri au fost introduse în circuitul poștal, nefiind încălcate dispozițiile art. 46 din O.U.G. nr.34/2006, iar susținerea S.C. ▪ S.A. este lipsită de interes, deoarece dacă prin absurd ar fi existat o încălcare a dispozițiilor art. 46, doar ▪ ar fi avut un interes în a reclama acest aspect.

Totodată, se arată că, prin acest mecanism, nu se încalcă normele concurențiale în sensul că ar obliga toți candidații să se asocieze cu ▪, ba mai mult chiar a fost respectat principiul concurenței, deoarece din moment ce ▪ deține o poziție dominantă pe piața serviciilor poștale, aceasta nu poate refuza prestarea respectivelor servicii poștale fără a încălca, în acest mod, dispozițiile art. 6 din Legea nr. 21/1996, precum și cele ale art. 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Având în vedere cele menționate, entitatea organizatoare susține că nu a impus candidaților să se asocieze cu ▪, ci doar a urmărit să supravegheze modul în care plicurile vor ajunge la clienții săi.

Față de critica formulată cu privire la termenul limită de depunere a documentației de participare, se precizează că procedura de atribuire prin „negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, a fost selectată în conformitate cu prevederile art. 251, alin. (1) și art.113 alin. (1),(2) și (3) din O.U.G.nr. 34/2006.

Astfel, se arată că perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a candidaturilor, este de 15 zile libere, perioadă care respectă prevederile legale privind publicarea anunțurilor de participare, fiind suficientă pentru operatorii economici interesați în a depune candidatura în cadrul procedurii, ținând seama și de faptul că, la data de 19.01.2011 trebuiau depuse doar documentele de preselectare a candidaților în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, nu și ofertele însoțite de garanția de participare.

De asemenea, se precizează că, la aplicarea procedurii de atribuire accelerate, a avut în vedere și concluziile Președinției Consiliului European din 11.12.2008 și Comunicarea nr. IP/08/2040 din 19.12.2008, prin care Comisia Europeană recunoaște faptul că utilizarea accelerării aplicării procedurilor de achiziție publică poate fi justificată prin natura excepțională a situației economice actuale cu aplicare în perioada 2009-2010, susținerile contestatorilor Terradox și Lykos fiind nefondate prin raportare la textele de

lege ce reglementează numărul de zile ce trebuie să treacă de la momentul publicării în JOUE a anunțului de participare și până la momentul depunerii ofertelor, întrucât aceste texte de lege prevăd posibilitate ca acest număr de zile să fie redus la 10 zile, ori în cazul de față subscrisa a prevăzut un termen de 15 zile mai mult decât suficient pentru un operator economic al cărui obiect de activitate constă în servicii poștale și care își poate pregăti documentația în această perioadă, astfel că acest termen respectă, în opinia sa, principiul rezonabilității impus atât de legislația națională cât și de cea comunitară.

Totodată, se arată că, în fișa de date a achiziției, la Cap.IV.2, s-a precizat faptul că nu se va organiza etapa de licitație electronică ca fază finală a procedurii deoarece, sunt incidente prevederile art. 163 din O.U.G. nr.34/2006, obiectul contractului presupunând pe lângă serviciile evidențiate ca și cod CPV 79824000-6 - "Servicii de tipărire și de distribuție" și 64216120-0 - "Servicii de poștă electronică", servicii care presupun prestații intelectuale cum ar fi servicii de configurare a bazelor de date informatice și servicii accesorii acestora.

De altfel, entitatea organizatoare susține că utilizarea mijloacelor electronice nu reprezintă o obligație, ci doar o opțiune a sa în cazul în care nu sunt incidente dispozițiile art. 163 din O.U.G. nr. 34/2006, nefiind de natură să restrângă sau să distorsioneze concurența.

În ceea ce privește dispozițiile art.55 din Directiva Europeană 2004/17/EC emisă de Consiliul European, se arată că, prin documentația de atribuire, nu s-au impus factori de evaluare a ofertelor, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”, respectându-se astfel principiului utilizării eficiența fondurilor publice.

Referitor la critica formulată cu privire la valoarea estimată a contractului, se arată că aceasta a fost stabilită conform reglementărilor legale, astfel încât să cuprindă toate prestațiile ce se vor efectua de către operatorul ce va încheia acordul-cadru și nicidecum să distorsioneze costul garanției de participare sau prețul pe care operatorul economic trebuie să îl ofere, așa cum susțin contestatorii S.C. ▪ S.A. și S.C. ▪ S.R.L., suma menționată reprezentând prețul total al prestației ce va fi achitat.

Față de solicitările formulate de S.C. ▪ S.A. și S.C. ▪ S.R.L. privind modificarea documentației de atribuire, S.C. ▪ S.A. susține că aceste solicitări sunt neîntemeiate, având în vedere că, în caietul de sarcini, s-a solicitat ca „pentru asigurarea continuității serviciului în cazul apariției unor defecțiuni în procesul de producție sau incidente, prestatorul va dispune de minimum două centre de procesare situate în două locații diferite iar prin clarificarea nr.1 publicată în SEAP s-a precizat faptul că, cele două centre pot fi amplasate în aceeași localitate sau localități diferite numai pe teritoriul României, cerința ce respectă dispozițiile art. 35, alin.(2) și (3) din OUG nr.34/2006.

De altfel, S.C. ▪ S.A. precizează că această cerință nu este inclusă în categoria criteriilor de calificare și selecție, și nu constituie o cerință minimă privind preselecția a candidaților, ci o cerință în concordanță cu dispozițiile art.115 alin.(3) din O.U.G. nr.34/2006.

Pe de altă parte, se arată că s-a avut în vedere și acoperirea teritorială de la nivel național, astfel că, cerința prin care se solicită două centre de procesare pe teritoriul României în două locații diferite respectă principiul proporționalității fără a crea un avantaj în favoarea vreunui candidat, îndeplinirea cerinței putând fi dovedită potrivit art. 190 din O.U.G. nr.34/2006.

Consolidarea serviciilor de tipărire a avut în vedere, după cum se arată, înființarea unei singure filiale de furnizare a energiei electrice, eficientizarea serviciilor și reducerea costurilor prin asigurare unui volum mai mare, centralizat, de astfel de servicii. Având în vedere faptul că orice disfuncționalitate creată într-un singur centru de procesare, ar putea duce mari prejudicii achizitorului din punct de vedere financiar dar și din punct de vedere al imaginii pe o piață liberalizată a energiei electrice, s-a solicitat un al doilea centru de rezervă care să poată prelua capacitate de servicii în cazul unor probleme apărute într-unul din centrele de procesare. Asigurarea unor centre de rezervă este o practică des întâlnită pentru sistemele critice și este în confirmare și cu prevederile standardului de asigurare a securității informațiilor ISO 27001.

Prin achiziționarea serviciului integrat de tipărire, implicare și distribuție a corespondenței, S.C. ▪ S.A. precizează că a urmărit îmbunătățirea calității serviciilor oferite clienților (obiectiv propus la nivel intern în conformitate cu standardul de management al calității conform SR EN ISO9001), reducerea numărului de zile afectat distribuirii corespondenței precum și monitorizarea facilă a întregului proces prin responsabilizarea unui singur operator economic.

Totodată, se arată că, contractul ce face obiectul procedurii în cauză nu include sub nicio formă activități relevante în sectorul de utilitate publică „energie” potrivit art. 235 din O.U.G. nr. 34/2006.

În drept, se invocă prevederile O.U.G. nr.34/2006 și ale H.G. nr.925/2006.

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

În considerarea dispozițiilor art.269 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul a solicitat contestatorilor puncte de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestațiilor, excepție invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ▪/28.01.2011, S.C. ▪ S.A. a solicitat respingerea ca neîntemeiată a excepției inadmisibilității contestației, susținând că S.C. ▪ S.A. a arătat faptul că atribuie un contract sectorial, în calitate de autoritate contractantă, printr-o procedură de atribuire derulată conform O.U.G. nr.34/2006. De asemenea, se precizează că procedurile anterioare au fost organizate tot în baza O.U.G. nr.34/2006.

Având în vedere aspectele menționate, contestatorul apreciază că speța de față este de competența C.N.S.C., deoarece însăși entitatea organizatoare a „întemeiat” procedura pe O.U.G. nr.34/2006.

Prin adresa nr. 27/27.01.2011, S.A. a adus la cunoștința C.N.S.C. faptul că renunță la contestația nr. 13/13.01.2011, privind procedura derulată de S.C. S.A.

Contestatorul S.C. S.R.L. nu au transmis, până la data prezentei, punct de vedere cu privire la excepție, deși au primit adresa C.N.S.C., prin fax, la data de 24.01.2011 și, prin poștă, la data de 25.01.2011, după cum rezultă din confirmarea de primire.

Având în vedere dispozițiile art.278 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează a se pronunța asupra excepției inadmisibilității contestațiilor depuse de S.C. S.R.L. și S.C. S.A.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura utilizată de S.C. S.A., în calitate de mandatar al S.C. S.A., S.C. S.A. și S.C. S.A., pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Servicii de tipărire, implicare și distribuire a facturilor de energie electrică și a altor documente”, este negociere cu publicare prealabilă a unui anunț de participare, valoarea estimată a acordului-cadru fiind de 77.400.000 lei, fără TVA.

După cum rezultă din anunțul de participare nr. 04/04.01.2010, publicat în SEAP, și din documentația de atribuire, data limită de depunere a ofertelor a fost 01.01.2011, ora 10,00, iar deschiderea lor a fost programată pentru aceeași zi, ora 11.00, sursa de finanțare a contractului fiind asigurată din fondurile proprii ale organizatoarei.

În anunțul de participare și fișa de date a achiziției este indicată ca "autoritate contractantă" S.C. S.A., 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), care acționează ca mandatar al S.C. S.A., S.C. S.A. și S.C. S.A., care desfășoară activități de furnizare energie electrică.

Acordul-cadru care urmează a fi atribuit, după cum rezultă din documentația de atribuire, privește efectuarea de servicii de tipărire, implicare și distribuire a facturilor de energie electrică și a altor documente.

Având în vedere dispozițiile art.255 din O.U.G. nr.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 care efectuează acte de comerț, S.C. 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.

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 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 obiectul contractului care se atribuie este efectuarea unor servicii de tipărire, implicare și distribuire a facturilor de energie electrică și a altor documente, 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 alin.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.”

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.

În considerarea celor ce preced, întrucât serviciile de tipărire, implicare și distribuire a facturilor și a altor documente 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 S.C. ▪ S.A. nu are calitatea de autoritate contractantă în cadrul procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare. 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).

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 O.U.G. nr.34/2006, nu ar mai fi introdus condiția ca achiziția să fie destinată îndeplinirii activității relevante a achizitorului.

În soluționare se au în vedere și prevederile art.20 alin.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 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 (Curtea Supremă de Justiție, secția contencios administrativ, decizia nr. ▪ din 10 martie 2000; Înalta Curte de Casație și Justiție, completul de 9 judecători, deciziile nr. ▪ și ▪ din 13 februarie 2006; Curtea de Apel ▪, secția comercială, decizia nr. ▪ din 30 iunie 2004; Înalta Curte de Casație și Justiție, secția civilă, decizia nr. ▪ din 20 ianuarie 2004; Curtea de Apel ▪, secția comercială, decizia nr. ▪ din 10 septembrie 2004; Curtea de Apel ▪, secția civilă, decizia nr. ▪ din 12 septembrie 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 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.

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 admite excepția inadmisibilității contestațiilor și va respinge, ca inadmisibile, contestațiile depuse de S.C. ▪ S.R.L. și S.C. ▪ S.A.

Soluția respingerii contestației ca inadmisibilă este susținută atât de practica constantă a Consiliului, cât și de practica instanțelor judecătorești, elocvente fiind: decizia nr. ▪/29.07.2007, dosar ▪/2007, Curtea de Apel ▪, S. cont. adm. și fiscal, decizia nr. ▪/10.09.2007, dosar ▪/2007, Curtea de Apel ▪, S. cont. adm. și fiscal, decizia pronunțată în dosarul nr. ▪/2007, Curtea de Apel ▪, S. cont. adm. și fiscal, precum și decizia nr. ▪/01.10.2007, dosar nr. ▪/2007, Curtea de Apel ▪, S. cont. adm. și fiscal, deciziile Curtii de Apel ▪ nr. ▪/30.11.2009 și respectiv nr. ▪/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.

Referitor la contestația depusă de ▪ S.A., Consiliul va lua act de renunțarea contestatorului, la soluționarea acesteia, în temeiul art.278 alin.7 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, conform căruia „*Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator.*”

În legătură cu cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de S.C. ▪ S.A., Consiliul s-a pronunțat prin decizia nr. ▪ din 17.01.2011, care își va înceta efectele ca urmare a pronunțării prezentei decizii.

Conform art.280 alin.3 din OUG nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, decizia este obligatorie pentru părți.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

▪

**MEMBRU,**

▪

**MEMBRU,**

▪

Redactată în 6 exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) file.