

D E C I Z I E
BO2012_0241
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■ din 21.03.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■ din 21.03.2012, depusă de ■ S.A., cu sediul în ■, având CUI ■, lider al asocierii formate dintre ■ S.A. & S.C. ■ S.R.L. & S.C.A. ■, reprezentată prin ■, în calitate de împuternicit al consorțiului, împotriva deciziei prin care oferta consorțiului contestator a fost respinsă și returnată nedeschisă și sigilată, de ■, cu sediul în ■, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de „selectare pe bază de licitație a unui consultant de reputație internațională – bancă de investiții sau firmă de consultanță cu experiență în achiziții/privatizare (Consultant) - în vederea acordării de consultanță pentru pregătirea și derularea procesului de privatizare (Proiectul) a ■ S.A.”, s-a solicitat anularea deciziei de descalificare a consorțiului contestator, comunicată prin adresa nr. ■/16.03.2012, obligarea autorității contractante la a recunoaște ca valabil întocmită și depusă oferta petentei, precum și reintroducerea ofertei respective în procesul de selecție, iar în situația în care o astfel de operațiune nu mai este posibilă, contestatoarea solicită anularea procedurii și reluarea acesteia.

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC cu nr. ■ din 27.03.2012, depusă de S.C. ■ S.R.L ("■"), cu sediul în ■, înregistrată la ORC sub nr. ■, cod de înregistrare fiscală ■, reprezentată legal prin ■, Partner Executiv, lider al Consoțiului ■ S.R.L. & SCP ■ ("Consoțiul"), împotriva procesului verbal din 16.03.2012, prin care autoritatea contractantă a descalificat oferta contestatoarei, depusă în cadrul aceleiași proceduri organizată de către ■, se solicită anularea actului atacat și dispunerea continuării procedurii în sensul evaluării ofertei asocierii contestatoare.

Făcând aplicarea dispozițiilor art. 273 al. 1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul a procedat la conexasia contestațiilor susmenționate.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite excepția lipsei competenței materiale a CNSC în soluționarea cauzelor, invocată de către ■, și respinge, ca inadmisibile, contestațiile depuse de ■ S.A., cu sediul în ■ și respectiv S.C. ■ S.R.L ("■"), cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■, 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 nr. ■ din 21.03.2012, ■ S.A., lider al asocierii formate dintre ■ S.A. & S.C. ■ S.R.L. & S.C.A. ■, în contradictoriu cu ■, a solicitat anularea deciziei de descalificare a consorțiului contestator, comunicată prin adresa nr. ■/16.03.2012, obligarea MTI la a recunoaște ca valabil întocmită și depusă oferta petentei, precum și reintroducerea ofertei respective în procesul de selecție, iar în situația în care o astfel de operațiune nu mai este posibilă, contestatoarea solicită anularea procedurii și reluarea acesteia.

În argumentarea probatorie a cererilor sale, contestatoarea menționează că, în 06.02.2012, ■ a inițiat licitația prin publicarea anunțului privind cererea de oferta pentru servicii de consultanță în procesul de privatizare a ■ S.A., stabilind ca data limită pentru depunerea documentelor de calificare și a ofertelor tehnice 12.03.2012, ora 10.00.

Se menționează că, în perioada de elaborarea a ofertelor, petenta a înaintat ■ două solicitări de clarificări, la care ■ a dat răspunsurile ■ (Clarificarea nr. 8 din 01.03.2012) și ■ (Clarificarea nr. 12 din 05.03.2012), iar în data de 12.03.2012 Consorțiul contestator a depus pachetul conținând documentele de participare și documentele de oferta (tehnică și financiară) la sediul ■, din procesul verbal întocmit la deschiderea plicurilor rezultând faptul că documentele de participare depuse de Consorțiu au fost complete.

Contestatoarea arată că, la 14.03.2012, Comisia pentru selecția consultantului i-a transmis două adrese de clarificare, una legată de capacitatea Consorțiului de a acoperi serviciile cerute în caietul de sarcini și cealaltă legată de scrisoarea de garanție.

Clarificare referitoare la aspectul care face obiectul contestației este relevantă de către contestatoarea, astfel:

Prin adresa nr. ■/14.03.2012, comisia pentru selecția Consultantului de privatizare a ■, i-a solicitat *"sa adopte masurile pe care le considera necesare in vederea clarificarii/completarii continutului Scrisorii de garantie bancara astfel incat aceasta sa respecte intocmai continutul cuprins in Anexa nr. 1 din Caietul de sarcini, eliminandu-se orice paragraf/sintagma /formulare/etc suplimentara, respectandu-se in mod obligatoriu una dintre urmatoarele situatii:*

a) daca Scrisoarea de garantie bancara este constituita in Euro, executarea acesteia sa se realizeze in Euro;

b) daca Scrisoarea de garantie bancara este constituita in lei (echivalentul sumei de 30.000 Euro, calculat la cursul valutar de schimb comunicat de BNR, valabil la data emiterii Scrisorii de garantie bancara), executarea acesteia sa se realizeze in lei", solicitare în urma căreia, contestatoarea precizează că textul Scrisorii de garanție bancară a fost modificat prin Amendamentul nr. ■/14.03.2012, de maniera: *"La cererea ■ S.A. [...] in numele si pentru Consorțiul ■, ■ SRL si SCA ■, noi, ■ S.A. [...] ne obligam, in mod irevocabil si neconditionat, independent de*

valabilitatea sau efectele juridice decurgand din depunerea ofertei si fara sa invocam exceptii sau obiectii cu privire la aceasta, fata de ■, sa platim suma de RON ■, reprezentand echivalentul in RON a EUR ■, calculat la cursul de schimb EURIRON al BNR din data emiterii scrisorii de garantie, 1 EUR=4,3553, la prima si simpla sa cerere si fara ca acesta sa aiba obligatia de a-si motiva cererea respectiva, in termen de maxim cinci zile lucratoare de la primirea cererii, care mentioneaza una sau mai multe dintre situatiile urmatoare [...]".

Se arată că, la 16.03.2012, comisia a comunicat Consortiului decizia sa de descalificare a acestuia pe motiv ca petenta nu a raspuns corespunzator solicitarii ■, prin faptul că răspunsul mentine, în textul Scrisorii de garantie bancara, formularea „La cererea ■ S.A. [...] in numele si pentru Consortiul ■, ■ SRL si SCA ■, noi (...)”, formulare care nu este prevazuta în modelul Scrisorii de garantie bancara, cuprins in Anexa nr. 1 a caietului de sarcini și care limiteaza exercitarea dreptului ■ de executare a Scrisorii de garantie bancara.

Contestatoarea consideră că decizia de respingere a ofertei sale și de descalificare a Consortiului este nelegală, deoarece, pe tot parcursul procesului, Consortiul a actionat cu diligența, profesionalism și buna credința, în pregătirea ofertei fiind respectate prevederile caietului de sarcini și aspectele prevazute în clarificarile furnizate de către ■

Un „aspect sensibil”, susține petenta, a fost reprezentat de modelul de Scrisoare de Garantie, prezentat in Anexa 1 la caietul de sarcini, fapt care a atras după sine o serie de întrebări legate respectivul aspect din partea mai multor participanți la licitație (clarificarile nr. ■, ■, ■, clarificarea din 08.03.2012), impunându-se a fi menționate aspectele:

- Consortiul a solicitat ■ sa-si dea acordul de a face modificari de forma, nu de fond pe scrisoarea de garantie bancara (avand in vedere cerintele normelor bancare), prin Clarificarea nr. ■, ■ dându-și un astfel de acord;

- printr-o alta cerere de clarificari, Consortiul a solicitat explicit ■ sa-si dea acordul asupra introducerii sintagmei "La cererea ■ ...", prin Clarificarea ■, ■ făcând trimitere la clarificarea anterioara (nr. ■) prin care se permitea ofertantilor efectuarea de modificari de forma nu de fond;

- În solicitarea primita de clarificare a scrisorii de garantie primita de Consortiu după deschiderea documentelor de participare, ■ nu a sugerat în niciun fel că formularea "La cererea (...)" ar trebui modificata, fiind efectuate referiri doar la faptul ca moneda de decontare a scrisorii de garantie in caz de executare este neclara.

Contestatoarea susține că scrisoarea de garantie bancara furnizata este in conformitate cu documentatia de atribuire si legea, nelimitand exercitarea dreptului ■ de executare, scrisoarea de garantie bancara nr. ■, emisa de ■, la 09.03.2012, astfel cum a fost modificata prin Amendamentul nr. ■/14.03.2012, „urmeaza intocmai modelul furnizat de caietul de sarcini in Anexa 1, amendat de Clarificarile mentionate”, astfel că, după opinia petentei, expresia „la cererea ■ S.A.”, nu numai ca nu afecteaza in nici un fel drepturile ■, dar este o mentiune ceruta de lege si

conforma practicilor bancare internationale, toate partile implicate trebuind sa fie identificate (ordonator, emitent, beneficiar, etc).

Conorțiul contestator consideră că solicitarea ■ din 14.03.2012, a fost formulata de maniera de a induce in eroare, prin faptul că entitatea achizitoare a solicitat Consorțiului *"sa adopte masurile pe care le considera necesare in vederea clarificarii/completarii continutului Scrisorii de garantie bancara astfel incat aceasta sa respecte intocmai continutul cuprins in Anexa nr. 1 din Caietul de sarcini (...)"*, iar după depunerea Amendamentului, comisia nu a mai simtit nevoia sa solicite clarificari/completari, fapt care conduce la ideea ca modificarea efectuata a fost conforma cerintelor sale.

În drept, au fost invocate dispozițiile OUG 34/2006 și HG 925/2006.

În probațiune, petenta a depus un set de acte.

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ■ din 27.03.2012, S.C. ■ S.R.L ("■"), în contradictoriu cu ■, a solicitat anularea procesului verbal din 16.03.2012, prin care entitatea achizitoare a descalificat oferta respectivei petente și dispunerea continuării procedurii în sensul evaluării ofertei asocierii contestatoare.

În motivarea cererilor sale, S.C. ■ S.R.L arată că, deși a prezentat oferta structurată conform cerințelor caietului de sarcini, fiind prezentată la sediul „autorității contractante” în vederea depunerii la ora 9.12, la registratura respectivei entități s-a refuzat primirea plicului conținând documentele ofertei, aspect confirmat și prin mențiunea din procesul-verbal încheiat în 12.03.2012, din care rezultă că, la registratura „autorității contractante”, au fost selectate documentele incluse în acest plic și a fost păstrată exclusiv scrisoarea de înaintare.

Petenta susține că, deși *„cu prilejul deschiderii ofertelor în aceeași dată de 12.03.2012, ora 12.00, Consorțiul a complinit această lipsă, depunând toate documentele a căror primire fusese anterior refuzată; acest aspect este confirmat prin conținutul Procesului-verbal din 12.03.2012, în cuprinsul căruia se atestă depunerea documentelor”*, în data de 16.03.2012, prin actul contestat, oferta sa a fost descalificată, pe motiv că documentele a căror primire fusese refuzată nu ar fi fost depuse concomitent cu oferta.

La emiterea deciziei atacate, în opinia contestatoarei, „autoritatea contractantă a ignorat în mod nejustificat atât faptul că propria sa conduită a determinat nedepunerea acestora cât și faptul că lipsa documentelor a fost oricum complinită trei ore mai târziu, anterior evaluării, fără ca vreo vătămare să fi fost pricinuită vreuneia dintre părți. Mai mult, nicio clarificare nu a fost solicitată subscrisei în intervalul orar cuprins între ora 9 și ora 12 a zilei de 12.03.2012 și nicio informare cu privire la pretinsa neregulă nu a fost transmisă anterior datei de 16.03.2012”.

Petenta critică faptul că, situația similară a doi alți ofertanți, a fost abordată de către autoritatea contractantă într-o manieră diferită, acestora fiindu-le permisă complinirea unor "vicii" asemănătoare, ulterior momentului depunerii ofertei, constând în faptul că „■ a depus, ulterior

depunerii ofertei, tot în cadrul ședinței de deschidere, una dintre înputernicirile sale, Autoritatea contractantă acceptând această conduită, iar ofertantul ■ a depus, în urma clarificărilor solicitate de către „autoritatea contractantă”, un amendament la scrisoarea de garanție bancară. Aceste două tipuri de documente făceau parte din aceeași categorie de documente menționate la pct. 1.3.1.1 din Caietul de sarcini”.

În drept, petenta invocă următoarele „diposițiile legale relevante”: art. 86 alin. (6) din H.G. 925/2006; art. 2 alin. (2) din O.U.G. 34/2006; art. 78 din H.G. 925/2006; art. 207 alin. (2) lit. d) din O.U.G. 34/2006.

Contestatoarea precizează ca, ulterior depunerii punctului de vedere al „autorității contractante”, va depune note scrise fundamentate, solicitând organizarea de audieri și accesul la dosarul achizitiei publice.

În probațiune, contestatoarea a depus un set de documente.

Prin punctul de vedere, transmis Consiliului cu adresa nr. ■/26.03.2012, ■ a invocat *excepția necompetenței materiale* a Consiliului în soluționarea cauzelor, motivată prin faptul că procedura de „*selectare pe bază de licitație a unui consultant de reputație internațională – bancă de investiții sau firmă de consultanță cu experiență în achiziții/privatizare (Consultant) - în vederea acordării de consultanță pentru pregătirea și derularea procesului de privatizare (Proiectul) a ■ S.A.*” a fost organizată în conformitate cu legislația specifică în domeniul privatizării, precizată în anunțul publicitar, respectiv art. 215 din Normele metodologice de aplicare a OUG 88/1997 privind privatizarea societăților comerciale, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării, aprobate prin HG 577/2002 – nefiind o procedură de atribuire dintre cele reglementate de OUG 34/2006.

Entitatea achizitoare susține că, potrivit art. 40 din Legea 137/2002, soluționarea cauzelor este de competența secțiilor comerciale ale tribunalelor, urmând a se judeca de urgență și cu precădere, cu citarea părților.

În probațiune, ■ a depus, în copie, anunțul publicitar și caietul de sarcini aferente procedurii.

În conformitate cu prevederile art. 269 din OUG 34/2006, prin adresele nr. ■ din 27.03.2012 și respectiv nr. ■ din 28.03.2012, Consiliul a solicitat contestatoarelor ■ S.A. și respectiv S.C. ■ S.R.L. prezentarea de puncte de vedere cu privire la excepția lipsei competenței materiale a Consiliului în soluționarea cauzelor, invocată de către ■, precum și indicarea instanțelor considerate, de către acestea, a fi competente să soluționeze contestațiile și în favoarea cărora să fie declinată cauza spre competență soluționare.

Prin adresele înregistrate la Consiliu sub nr. ■/29.03.2012 și respectiv ■/04.04.2012, contestatoarele, considerând că procedura de selectare a consultantului în procesul privatizării este o etapă preliminară, fiind insuficient reglementată de Legea 137/2002 și OUG 88/1997, respectivele norme legale se vor completa cu dispozițiile OUG 34/2006, deoarece actele normative precitate nu instituie o procedură specială de atribuire a

contractelor de achiziție publică pentru angajarea serviciilor de consultanță în procesul de privatizare.

Niciuna dintre cele două petente nu au indicat instanța căreia acestea apreciau că se impune a fi declinate spre soluționare contestațiile formulate.

În considerarea dispozițiilor art. 278 al. 1 din OUG 34/2006, Consiliul va analiza, ma întâi, excepția lipsei competenței sale materiale în soluționarea contestațiilor formulate în cadrul procedurii de „*selectare pe bază de licitație a unui consultant de reputație internațională – bancă de investiții sau firmă de consultanță cu experiență în achiziții/privatizare (Consultant) - în vederea acordării de consultanță pentru pregătirea și derularea procesului de privatizare (Proiectul) a ■ S.A.*” invocată de către ■, sens în care se va raporta la următoarele dispoziții legale:

Legea privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării nr. 137/2002, cu modificările și completările la zi, art. 40 al. 1 – “**Cererile prin care se atacă o operațiune sau un act prevăzut de prezenta lege**, de OUG 88/1997, aprobată prin Legea 44/1998, cu modificările și completările ulterioare, **precum și de celelalte legi speciale din domeniul privatizării ori se valorifică un drept conferit de acestea sunt de competența secțiilor comerciale ale tribunalelor și se judecă de urgență și cu precădere**, cu citarea părților”; art. 39 – “**Termenul de prescripție pentru introducerea cererii prin care se atacă o operațiune sau un act prevăzut de prezenta lege**, de OUG 88/1997, aprobată prin Legea 44/1998, cu modificările și completările ulterioare, **precum și de celelalte legi speciale din domeniul privatizării** ori se valorifică un drept conferit de acestea **este de o lună de la data la care reclamantul a cunoscut sau trebuia să cunoască existența operațiunii sau actul atacat** ori de la data nașterii dreptului, cu excepția cererilor privind executarea obligațiilor prevăzute în contractele de vânzare-cumpărare de acțiuni ale societăților comerciale privatizate, precum și a celor în desființarea acestor contracte cărora li se aplică termenul general de prescripție”;

- Norma metodologică de aplicare a OUG 88/1997 privind privatizarea societăților comerciale, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării aprobată prin HG 577/2002, art. 215 al. 1 – “Institutiile publice implicate pot declansa procesul de privatizare la societățile comerciale de interes national din portofoliul lor, prin angajarea unor servicii de consultanta ale unor banci de investitii, firme de consultanta si altele asemenea. **Selectarea consultantului se face printr-o metoda care va tine seama de criteriile de calitate si cost ale serviciilor.** Pentru selectia de oferte în vederea desemnării consultantului institutia publica implicata trebuie sa parcurga urmatoarele etape: a) **anuntul publicitar privind cererea de oferta pentru servicii de consultanta** privind privatizarea societatii comerciale **se publica în jurnale internationale si nationale de larga circulatie si prin mijloace electronice (Internet, teletext sau alte mijloace similare)**; d) **cererea de oferta**, întocmita de

institutia publica implicata, cuprinde urmatoarele documente: scrisoarea de invitatie (...); e) **transmiterea documentelor de ofertare (cererea de oferta) catre consultantii preselectati pe lista scurta si pregatirea camerei de date**".

Din conținutul actelor normative precitate, rezultă că procedura de "**cerere de oferta pentru servicii de consultanta privind privatizarea societatii comerciale**" este o procedură specifică, diferită de cele reglementate prin art. 18 al. 1 din OUG 34/2006, aspect rezultat inclusiv din "ANUNȚUL privind cererea de ofertă pentru servicii de consultanță în procesul de privatizare a ■ S.A.", în cărui parte introductivă au fost precizate temeiurile legale în baza cărora s-a organizat procedura, astfel: "*În temeiul art. 215 din Normele metodologice de aplicare a OUG 88/1997 privind privatizarea societăților comerciale, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării, aprobate prin HG 577/2002, ■, cu sediul în ■, cu adresa de internet <http://www.■.ro>, intenționează **selectarea pe bază de licitație** a unui consultant de reputație internațională – bancă de investiții sau firmă de consultanță cu experiență în achiziții/privatizare (Consultant) - în vederea acordării de consultanță pentru pregătirea și derularea procesului de privatizare (Proiectul) a ■ S.A. (Societatea ■ S.A.), ținându-se seama de criteriile de calitate și cost ale serviciilor", anunț care a fost însușit de cele două contestatoare și în baza căruia au depus oferte, fără a-l contesta.*

Totuși, dacă aplicarea unei proceduri, în multe puncte asemănătoare celor reglementate de OUG 34/2006, ar putea suporta unele interpretări de natura celor invocate de către cele două contestatoare, soluționarea "**Cererilor prin care se atacă un act prevăzut de legile speciale din domeniul privatizării**" este expres precizată de normele art. 40 al. 1 din Legea privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării 137/2002, cu modificările și completările ulterioare, ca fiind "de **competența secțiilor comerciale ale tribunalelor și se judecă de urgență și cu precădere**".

Astfel, Consiliul reține faptul că procedurile de "**cerere de oferta pentru servicii de consultanta privind privatizarea societatii comerciale**", dar mai ales procedura de soluționare a "**Cererilor prin care se atacă un act prevăzut de legile speciale din domeniul privatizării**" sunt supuse dispozițiilor Legii privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării 137/2002, cu modificările și completările ulterioare și celorlalte legi speciale din domeniul privatizării, care constituie norme speciale care reglementează respectivul domeniu, astfel că, în raport de principiile *generalia specialibus non derogat si specialia generalibus derogant*, normele speciale au întâietate în aplicare.

Ca o consecință a acestei priorități, norma specială se aplică prioritar față de norma generală, iar norma specială poate fi abrogată numai expres de o normă generală.

Dat fiind faptul că procedura derulată de către ■ nu este organizată în conformitate cu prevederile OUG 34/2006, cu modificările ulterioare, iar

soluționarea "**Cererilor prin care se atacă un act prevăzut de legile speciale din domeniul privatizării**" este expres precizată a fi "**de competența secțiilor comerciale ale tribunalelor**" și nu a organismului administrativ-jurisdicțional, știut fiind faptul că normele care reglementează competența materială sunt de ordine publică, competența materială stabilită de legiuitor în sarcina CNSC neputând fi astfel extinsă prin voința părților în proceduri care nu intră în sfera de aplicare a OUG 34/2006, Consiliul determină că soluționarea contestațiilor formulate de către ■ S.A. și respectiv S.C. ■ S.R.L, în contradicorie cu ■, nu intră în competența sa.

În situația în care niciuna dintre cele două contestatoare nu și-a exprimat acordul privind declinarea cauzelor spre soluționare în favoarea instanțelor competente, insistând în a sensul impunerii soluționării cauzelor în competența organismului administrativ-jurisdicțional, Consiliul, în baza art. 278 al. 1 și 5 din OUG 34/2006, urmează a respinge, ca inadmisibile, contestațiile depuse de ■ S.A. și respectiv S.C. ■ S.R.L.

Cauzele fiind soluționate pe excepție, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor art. 278 al. 1, teza a II-a din OUG 34/2006 și nu va mai proceda la analiza aspectelor legate de fondul contestațiilor.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 280 al. 3 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în 5 exemplare originale, conține 8 (opt) file