



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în
... și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în bd. Unirii nr. 374, bl. J3B, sc. 1, et. 7, ap. 19, sector 3, ... CUI ... privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de lucrări "modernizare și re tehnologizare infrastructură de irigații aparținând OUAI Interagro nr. 8 Vișoara", cod CPV 45232121-6, cu data de deschidere a ofertelor 10.04.2014, organizată de ... cu sediul în ... 145400, județul ... CIF ... contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire, reevaluarea legală a ofertelor, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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

DECIDE:

În temeiul art. 132 alin. (1) C. proc. civ., coroborat cu art. 297 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele de mai jos declină competența de soluționare a

contestației ... nr. ... în contradictoriu cu ... către Tribunalul ... Secția de contencios administrativ și fiscal.

Dispune trimiterea de îndată a dosarului cauzei către această instanță judecătorească, potrivit art. 132 alin. (3) C. proc. civ.

Fără cale de atac.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost sesizat, în temeiul dispozițiilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale de către ... în cadrul procedurii de cerere de oferte pe care aceasta a organizat-o în scopul achiziționării de lucrări asupra infrastructurii de irigații.

Prin adresele nr. 8616 și 8617/14.05.2014, Consiliul a cerut părților în litigiu, între altele:

- elemente din care să rezulte că ... este autoritate contractantă în sensul art. 8 din ordonanță sau incidența dispozițiilor art. 9 lit. c) sau c) ind. 1 din ordonanță;

- un punct de vedere față de excepția inadmisibilității contestației la Consiliu, pentru situația în care entitatea organizatoare a procedurii nu are calitate de autoritate contractantă sau nu sunt incidente dispozițiile art. 9 lit. c) sau c) ind. 1 din ordonanță, respectiv punctul de vedere asupra declinării cauzei către Tribunalul ... Secția contencios administrativ;

- ținând seama de răspunsul la întrebarea anterioară, precizarea dacă, în ipoteza stabilirii inadmisibilității contestației la Consiliu, doresc sau nu declinarea cauzei către instanța competentă;

- punctul de vedere asupra incidenței dispozițiilor art. 2 din Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 313/2011 cu privire la interpretarea anumitor dispoziții privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, dispoziții conform cărora Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 nu este aplicabilă entităților juridice fără calitatea de autoritate contractantă care nu se încadrează în prevederile art. 9 lit. c) și c) ind. 1 din aceeași ordonanță.

... a răspuns în sensul că organizatoarea procedurii figurează ca autoritate contractantă în documentația de atribuire și, în plus, contractul este finanțat peste 50% din fonduri nerambursabile, iar prin actul de finanțare s-a impus aplicarea ordonanței privind achizițiile publice. În consecință, organizatoarea se încadrează în categoria autorităților contractante. În ipoteza în care se va reține

că organizatoarea nu are această calitate, societatea solicită Consiliului să decline cauza către Tribunalul ...

Cu privire la calitatea sa de autoritate contractantă, ... arată, în adresa nr. 46/15.05.2014, că nu face parte din rândul autorităților contractante enumerate la art. 8 din ordonanță și nici nu îi sunt aplicabile prevederile art. 9 lit. c) și c) ind. 1 din aceeași ordonanță. Pe de altă parte, nu îi este interzis organizației să utilizeze Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP, pentru asigurarea transparenței achiziției. Contestația ar trebui soluționată de Consiliu, iar nu de o instanță judecătorească.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației primite, ținând seama și de normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 131 alin. (1) și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este obligat, din oficiu, să verifice cu precădere dacă are competență în litigiul de față. Astfel, din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, precum și a celor învederate de părți, Consiliul constată că ... a derulat o procedură de cerere de oferte pentru atribuirea unui contract de lucrări la sistemele sale de irigații, cu data de deschidere a ofertelor 10.04.2014, procedură la care au participat cu oferte patru operatori economici (individuali sau în asocieri), între care și Cu adresa nr. 36/05.05.2014, organizatoarea procedurii a informat această societate comercială că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, pentru nedepunerea cazierului judiciar al asociatului Chiriac Vasile. Nemulțumită de acest rezultat, societatea s-a adresat Consiliului, solicitând anularea rezultatului procedurii și reevaluarea corectă a ofertelor.

Art. 255 alin. (1) din ordonanță dispune că "orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act *al autorității contractante*, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională [...]". Astfel, ca prim aspect este de notat că textul legal reprodus privește în mod exclusiv ipoteza vătămării cauzate printr-un act al unei autorități contractante, ceea ce presupunea obligația verificării prealabile dacă ... are sau nu calitatea de autoritate contractantă. De răspunsul la această întrebare depinde competența Consiliului în soluționarea contestațiilor pe rol.

Calea administrativ-jurisdicțională se poate exercita la Consiliu numai împotriva actelor vătămătoare provenind *de la o autoritate contractantă* (regulă care comportă două excepții, neincidente în speță), iar nu de la orice entitate organizatoare de achiziții.

Organizația respectivă este persoană juridică de drept privat, neguvernamentală, fără scop patrimonial, constituită prin voința SC Interagro SRL, SC Interagro SA, SC Mihagro SRL, SC Agro

Lisscalifornia SRL și a persoanei fizice Decu Alexandru, conform actului constitutiv propriu din 25.11.2005, cu statut juridic reglementat de Legea îmbunătățirilor funciare nr. 138/2004, republicată, înregistrată în Registrul național al organizațiilor de îmbunătățiri funciare ținut de Ministerul Agriculturii, prin intermediul Oficiului de reglementare a organizațiilor de îmbunătățiri funciare. Legea precitată prevede că veniturile unei organizații se pot constitui din:

- a) tarife pentru servicii de irigații;
- b) tarife de desecare și drenaj;
- c) tarife de apărare împotriva inundațiilor, de combatere a eroziunii solului și alte activități de îmbunătățiri funciare;
- d) o cotizație anuală;
- e) donații, legate și sponsorizări, potrivit legii.

Caracterul de persoană juridică de drept privat al Organizației Utilizatorilor de Apă pentru Irigații Interagro nr. 8 rezultă din modul de constituire și funcționare a sa, raportat la dispozițiile Codului civil în vigoare:

- art. 189: Persoanele juridice sunt de drept public sau de drept privat.

- art. 190: Persoanele juridice de drept privat se pot constitui, în mod liber, în una dintre formele prevăzute de lege.

- art. 191: (1) Persoanele juridice de drept public se înființează prin lege. (2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1), în cazurile anume prevăzute de lege, persoanele juridice de drept public se pot înființa prin acte ale autorităților administrației publice centrale sau locale ori prin alte moduri prevăzute de lege.

Raportat la statutul de persoană juridică de drept privat al organizației – care se apropie de cel al asociațiilor reglementate de Ordonanța Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații – ea nu se încadrează în niciuna dintre categoriile de autorități contractante stabilite de art. 8 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. De altminteri, judicios, însăși organizația recunoaște în punctul său de vedere că nu are calitatea de autoritate contractantă. Ea nu se încadrează nici la art. 8 lit. b), întrucât:

- nu este finanțată, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public;

- nu se află în subordinea sau este supusă controlului unei autorități contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau unui alt organism de drept public;

- nu are în componența consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia numiți de către o autoritate contractantă, astfel

cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public.

Norma de la art. 8 lit. b) din ordonanța amintită vizează "organisme" înființate, finanțate sau controlate de stat *lato sensu*, iar nu entități constituite de persoane private, cum este organizația pârâtă. Chiar dacă aceasta din urmă accesează anumite proiecte cu finanțare publică, ea rămâne supusă regimului de drept privat prescris de Legea îmbunătățirilor funciare nr. 138/2004, republicată.

Fiind o persoană juridică privată, neguvernamentală, este evident că fundația nu este subordonată/controlată în activitatea sa de autoritățile statale, cu excepțiile anume prevăzute de lege. Chiar dacă derularea anumitor proiecte implementate din fonduri publice de organizație este supusă supervizării unor autorități statale, întreaga activitate a ei rămâne guvernată de libertatea de acțiune a persoanelor fizice sau juridice asociate, reprezentate de organele de conducere pe care ele însele le aleg. Nu este dovedit nici faptul că *"în componența consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia sunt numiți de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public"*.

În privința finanțării organizației, din actele de la dosar nu reiese că ea este asigurată "în majoritate" de către o autoritate contractantă, veniturile fundației provenind din sursele enumerate în Legea nr. 138/2004, republicată.

Din aceste motive ... nici nu figurează în anexa la Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2004/18/CE din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, care enumeră organismele înființate pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial. Exemplificativ, acolo apar organisme cum sunt: Academia Română, Biblioteca Națională a României, Institutul Cultural Român, Societatea Română de Radiodifuziune, Societatea Română de Televiziune, Societatea Națională pentru Radiocomunicații, Administrația Națională Apele Române, Administrația Națională de Meteorologie, Comisia Națională pentru Reciclarea Materialelor, Comisia Națională pentru Controlul Activităților Nucleare, deci nu organizații neguvernamentale constituite de persoane fizice sau juridice private.

Relevant în cauză este și răspunsul nr. 4058/02.04.2009 dat într-o situație similară de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, în care se precizează că organizațiile neguvernamentale, neavând calitatea de autoritate contractantă, au obligația de aplica ordonanța privind achizițiile numai la încheierea de contracte de servicii sau lucrări aferente proiectelor finanțate din programe comunitare dacă sunt

îndeplinite cumulativ condițiile stabilite la art. 9 lit. c) și c) ind. 1 din ordonanță.

Art. 9 lit. c) și c) ind. 1 prevăd aplicabilitatea ordonanței, în mod excepțional, și pentru:

"c) atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, 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;

- valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 5.000.000 euro;

c1) atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, 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;

- valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 200.000 euro;".

În speță, contractul care se atribuie este, într-adevăr, de lucrări, însă cu mult sub plafonul de 5.000.000 euro impus de textul art. 9 lit. c) din ordonanță, de unde rezultă că nu sunt îndeplinite toate condițiile cumulative ale textului precitat și, în consecință, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 nu este aplicabilă achiziției.

De altminteri, prin art. 2 și 3 ale Ordinului președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 313/2011 cu privire la interpretarea anumitor dispoziții privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, s-a stabilit în mod limpede că:

- dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 nu sunt aplicabile entităților juridice fără calitatea de autoritate contractantă care nu se încadrează în prevederile art. 9 lit. c) și c) ind. 1 din aceeași ordonanță, cum este și ...;

- orice document emis de alte organisme/autorități, cu excepția Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin care se impune respectarea de către entitățile antemenționate a regulilor privind derularea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, nu produce efecte juridice.

Ordonanța prevede, la art. 255 alin. (1), că "orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al *autorității contractante*, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație,

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."

Determinând că în cauză organizatoarea procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă și luând în considerare dispozițiile art. 9 și 255 din ordonanța precitată, în situația prezentă nu au incidență procedurile de atribuire și de soluționare a contestațiilor de Consiliu instituite prin ordonanță, achizitoarea nefiind autoritate contractantă. Normele de competență materială fiind de ordine publică, organizatoarea sau participantii 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.

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. Aspectul că, în documentația de atribuire organizatoarea s-a autointitulat "autoritate contractantă" și a indicat Consiliul ca fiind competent să soluționeze contestațiile la procedură nu are nicio relevanță, întrucât calitatea de autoritate contractantă este stabilită de lege, iar nu de fiecare organizatoare de achiziții, după cum nici competența Consiliului nu o poate decide cea din urmă, ci doar legea. Organizatoarea putea să indice ca fiind competentă chiar și Înalta Curte de Casație și Justiție, ceea ce nu însemna defel că acesteia i-ar fi revenit competența în speță.

Nici măcar Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice ori Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit nu pot stabili ce litigii intră în competența de soluționare a Consiliului, ci doar legiuitorul, motiv pentru care adresele la care se referă organizatoarea în punctul de vedere nu prezintă nicio relevanță (ele nici nu vizează modalitatea de soluționare a eventualelor contestații).

Determinând că nu au relevanță în cauză prescripțiile cap. IX din ordonanță, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește pe baza dreptului comun, persoanele care se consideră vătămate putând apela la instanțele judecătorești competente. Așadar, întrucât soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a Consiliului și luând în considerare:

- deciziile Curții Constituționale nr. 284 din 27 martie 2012 și nr. 507 din 15 mai 2012;

- art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004: "Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ,

precum și orice litigii legate de aplicarea și executarea contractului administrativ";

- art. 95 pct. 1 Cod procedură civilă, conform căruia tribunalul judecă în primă instanță toate cererile care nu sunt date în competența altor instanțe;

- dispozițiile art. 132 alin. (1) Cod procedură civilă, în temeiul cărora instanța de judecată este obligată să stabilească instanța competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent;

- art. 2 Cod procedură civilă - prevederile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă și se aplică și altor materii, în măsura în care legea care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare;

- art. 1, 266 alin. (1) și art. 297 - "în măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun" - din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006,

Consiliul va admite excepția necompetenței sale în materie, ridicată din oficiu, și, constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației, urmează a face aplicarea art. 132 Cod procedură civilă, raportat la interpretarea ipotezei art. 135 alin. (3) din cod, respectiv să transmită contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competentă.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competența de soluționare a contestației către Tribunalul ... Secția de contencios administrativ și fiscal, pe raza căruia își are sediul organizatoarea cererii de oferte și în favoarea căruia s-a exprimat și autoarea contestației.

Soluția declinării cauzei se impune, fiind în deplină concordanță cu art. 21 alin. (1) din Constituția României, republicată, și cu art. 6 paragr. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată prin Legea nr. 30/1994, permițând accesul neîngrădit și efectiv al contestatoarei la judecarea cauzei de către instanța judiciară competentă. Respingerea contestației ca inadmisibilă sau ca greșit îndreptată nu constituie o opțiune legală, câtă vreme art. 132 C. proc. civ. obligă prioritar Consiliul să stabilească instanța competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent, căruia să îi transmită contestația, iar nu să o respingă ca inadmisibilă sau ca greșit îndreptată. După cum în mod corect a statuat și Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în deciziile civile nr. 2838 din 11 iulie 2012 și 600 din 11 februarie 2013, instituția juridică a declinării cauzei de la Consiliu la o instanță de judecată și viceversa este nu numai recunoscută legal, ci și preferabilă celei de blocare a accesului persoanei vătămate la instanța sau organul administrativ-

jurisdicțional competent. În același sens sunt de reținut, ca practică judiciară, și deciziile nr. 28 din 12 ianuarie 2011 și 2160 din 27 iulie 2011 ale Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 5086 din 6 iunie 2012 a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 1045 din 2 martie 2012 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal.

Extrem de important de amintit este că, pe rolul Consiliului, s-au mai aflat contestații privind proceduri derulate de organizații ale utilizatorilor de apă pentru irigații, contestații care au fost declinate către instanțele judecătorești competente și reținute de acestea spre soluționare. Astfel;

- prin decizia nr. 127/8C7/5973/11.01.2013, Consiliul a declinat soluționarea unei contestații în contradictoriu cu Organizația Utilizatorilor de Apă pentru Irigații "DOAGA" către Tribunalul Vrancea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- prin decizia nr. 306/C2/5974/23.01.2013, Consiliul a declinat soluționarea unei contestații în contradictoriu cu Organizația Utilizatorilor de Apă pentru Irigații "SPP1 MAIAPRODSILVA" către Tribunalul Vrancea;

- prin decizia nr. 918/C3/800/15.03.2013, Consiliul a declinat soluționarea unei contestații în contradictoriu cu Organizația Utilizatorilor de Apă pentru Irigații "RACovița SPP 30" către Tribunalul Brăila, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- prin decizia nr. 1082/C1/763/29.03.2013, Consiliul a declinat soluționarea unei contestații în contradictoriu cu Organizația Utilizatorilor de Apă pentru Irigații "RACovița SPP 29" către Tribunalul Brăila, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- prin decizia nr. ... Consiliul a declinat soluționarea unei contestații în contradictoriu cu Organizația Utilizatorilor de Apă pentru Irigații "REFACERE" către Tribunalul Brăila, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- prin decizia nr. ... Consiliul a declinat soluționarea unei contestații în contradictoriu cu Organizația Utilizatorilor de Apă pentru Irigații "OSTROV-REGIE" către Tribunalul Constanța, Secția civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- prin decizia nr. 4447/C5/5304/10.12.2013, Consiliul a declinat soluționarea unei contestații în contradictoriu cu Organizația Utilizatorilor de Apă pentru Irigații "SCORȚARU NOU SPP 25 + SPP 26" către Tribunalul Brăila, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Redactată în cinci exemplare, conține zece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...