



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

... Str. Stavropoleos, nr.6 sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de ... cu sediul în orașul ... str. ... județul ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată convențional prin ... împotriva prevederilor caietului de sarcini elaborat de ... cu sediul în în cadrul achiziției, prin cumpărare directă, a 1 buc. **„Upgrade software sistem electronic pentru generarea automată a permiselor de intrare”**, cod CPV 48219000-6, s-a solicitat *„eliminarea din caietul de sarcini a denumirii «INTEMA», deoarece prin indicarea originii acestui produs, mărci de fabrică sau de comerț, se încalcă prevederile art. 38 din O.U.G. nr. 34/2006”*.

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

DECIDE:

Admite excepția lipsei competenței materiale a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, invocată din oficiu, și declină soluționarea contestației formulată de către ... cu sediul în orașul ... str. ... județul ... în contradictoriu cu ... cu sediul în către Tribunalul ... Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Dispune trimiterea dosarului către această instanță judecătorească.
Fără cale de atac.

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... din critică prevederile caietului de sarcini elaborat de ... în cadrul achiziției, prin cumpărare directă, a 1 buc. „*Upgrade software sistem electronic pentru generarea automată a permiselor de intrare*”, solicitând „*eliminarea din caietul de sarcini a denumirii «INTEMA», deoarece prin indicarea originii acestui produs, mărci de fabrică sau de comerț, se încalcă prevederile art. 38 din O.U.G. nr. 34/2006*”.

... arată că, prin „adresa” nr. 17/2/ 1160/14.08.2014, ... prin Direcția Achiziții Publice, a lansat „cererea de oferte” privind achiziționarea, prin cumpărare directă, a 1 buc. „*Upgrade software sistem electronic pentru generarea automată a permiselor de intrare*”, în cuprinsul căreia a menționat că programul pe care intenționează să-l achiziționeze are „*caracteristicile specificate în caietul de sarcini anexat*”.

Contestatoarea menționează că, analizând caietul de sarcini aferent „procedurii de atribuire”, a constatat următoarele:

- la Cap. 2. „Descrierea achiziției” se precizează că „*upgrade-ul software-ului dedicat INTEMA al sistemului electronic, pentru generarea automată a permiselor de intrare este necesar pentru extinderea modului dedicat gestionării vizitatorilor, precum și pentru a permite lucrul cu baze de date mai mari de 4 GB*”;

- la Cap. 4. „Caracteristici și condiții generale” se precizează că „*Upgrade-ul software trebuie să poată realiza următoarele funcții: Upgrade software INTEMA la versiunea Entreprise și licențele subsecvente pentru 10 useri*”;

- la Cap. 6. „Termenul de livrare” se precizează că „*Vor fi predate beneficiarului update-ul aplicației informatice INTEMA, sub formă de kit de instalare și cu instrucțiunile de instalare și utilizare*”;

- la Cap. 10. „Alte condiții” se precizează că „*instalarea upgrade-ului la pachetul software INTEMA de specialiștii furnizărilor la sediul achizitorului*”.

... precizează că, prin adresa nr. 140815-1A din 16.08.2014, a solicitat autorității contractante eliminarea din caietul de sarcini a denumirii „INTEMA”, arătând că menționarea unui anumit software în cuprinsul caietului de sarcini încalcă prevederile imperative ale art. 38 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „*se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse*”.

Se mai menționează că, la data de 18.08.2014, dl. reprezentantul autorității contractante, răspunzând solicitării ... a precizat că „*nu se solicită achiziția unui nou software și, ca atare, upgrade-ul trebuie să fie compatibil cu software-ul achiziționat deja*”.

Față de cele prezentate, petenta apreciază că autoritatea contractantă încalcă, în mod flagrant, dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006.

Redând dispozițiile art. 38 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căroră „*Prin derogare de la prevederile alin. (1), se admite o astfel de indicație, dar numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și art. 36 și numai însoțită de mențiunea sau echivalent*”, petenta subliniază faptul că, „*pentru a invoca derogarea de la interdicția stabilită la alin. (1) al art. 38 din ordonanță trebuie îndeplinite cumulativ două condiții*”: „*1. o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă; 2. numai însoțită de mențiunea sau echivalent*”.

Contestatoarea opinează că, în speță, nu este îndeplinită niciuna dintre cele două condiții invocate.

În ceea ce privește descrierea, autoarea contestației susține că, în Cap. 5 „Caracteristici tehnice” al caietului de sarcini, sunt prezentate 2 pagini și jumătate de specificații tehnice care sunt „*mai mult decât cuprinzătoare*”, motiv pentru care descrierea obiectului contractului a fost „suficient de precisă și inteligibilă”, astfel încât orice ofertant să poată observa „necesitățile autorității contractante”.

Referitor la cea de-a doua condiție mai sus redată, contestatoarea susține că simpla lecturare a caietului de sarcini este suficientă pentru constatarea faptului că sintagma „*sau echivalent*” lipsește cu desăvârșire.

De asemenea, autoarea contestației susține că, pentru softul destinat sistemului electronic pentru generarea automată a permiselor de intrare, autoritatea contractantă nu utilizează programul software „Intema” al cărui upgrade îl „urmărește” prin prezenta „procedură de atribuire”, întrucât, din luna decembrie 2013, la ...este instalat un program software aparținând ... program ce se află și în prezent, atât pe serverul autorității contractante, cât și pe un număr de 5 stații de lucru (contract de furnizare nr. 8/357 din 17.12.2013 + contractul de custodie din 28.10.2013).

În același sens, petenta susține că software-ul pe care ... l-a instalat la ...poartă denumirea de „Master Scan” și nu „Intema”, iar „*până în prezent, acesta nu a dat nicio eroare de funcționare*”, aflându-se încă în perioada de garanție (certificat de garanție nr. C0268 din 17.12.2013, privind acordarea garanției pentru o perioadă de 24 luni).

Având în vedere cele mai sus expuse, contestatoarea apreciază ca fiind evident faptul că autoritatea contractantă nu poate achiziționa un upgrade-ul programului „MasterScan”, care funcționează deja pe calculatoarele sale.

... precizează că nu a solicitat menționarea în cuprinsul caietului de sarcini a software-ului său - „MasterScan”, întrucât prevederile O.U.G. nr. 34/2006 care interzic acest lucru.

De asemenea, contestatoarea precizează că solicită eliminarea denumirilor „Intema” din cuprinsul caietului de sarcini nu numai pentru că prevederile legislative interzic includerea în acesta a unor astfel de denumiri, ci și pentru că autoritatea contractantă nu poate achiziționa un upgrade înainte de a folosi în acest scop programul software în sine,

având în vedere faptul că programul „MasterScan” este deja instalat și funcționează fără probleme.

Având în vedere întreaga expunerea de mai sus, contestatoarea solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante și eliminarea denumirii „Intema” din cuprinsul caietului de sarcini.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

În considerarea dispozițiilor art. 269 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, prin adresele nr. 14845 și 14844 din 21.08.2014, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei competenței sale materiale de a soluționa contestația, raportat la prevederile art. 1, art. 18, art. 19, art. 255 și art. 256 din O.U.G. nr. 34/2006 din același act normativ. Totodată, în temeiul art. 275 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul a solicitat petentei prezentarea următoarelor documente: dovada constituirii garanției de bună conduită, conform art. 271¹ din ordonanță, în copie, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit art. 271¹ alin. 3 din același act normativ, precum și dovada înaintării contestației formulată către autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 271 alin. (1) și (4) din OUG nr. 34/2006.

Prin punctul de vedere nr. 13/45/25.08.2014, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 25755/25.08.2014, ... a răspuns solicitării Consiliului, arătând că, raportat la dispozițiile art. 18 alin. (1) și art. 19 din O.U.G. nr. 34/2006, precum și la valoarea estimată a procedurii de atribuire, care nu depășește echivalentul, în lei, a 30.0000 euro, fără TVA, *„achiziția directă nu este o procedură de atribuire în sensul dispozițiilor art. 18 din ordonanță, căreia să i se aplice regulile de desfășurare a acestora, singurele dispoziții aplicabile cumpărării directe fiind cele referitoare la păstrarea documentelor justificative ale achiziției”*.

...precizează că a inițiat achiziția având ca obiect *„Upgrade software sistem electronic pentru generarea automată a permiselor de intrare”*, prin *„cumpărare directă”*, modalitate de achiziționare a produselor ce se circumscrie condițiilor stipulate de art. 19 din O.U.G. nr. 34/2006. Invocând dispozițiile art. 255 alin. (1) și art. 266 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca inacceptabilă, având în vedere faptul că *„(..) în raport cu dispozițiile legale aplicabile cauzei, competența de soluționare a CNSC se limitează doar la contestațiile depuse în cadrul unei proceduri de atribuire, astfel cum sunt acestea definite de art. 18 din O.u.G. nr. 34/2006 și nu la achiziții directe”*.

Având în vedere dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției lipsei competenței sale materiale de a soluționa contestația, pe care o va admite, pentru următoarele considerente:

... a inițiat o achiziție, prin cumpărare directă, a 1 buc. *„Upgrade software sistem electronic pentru generarea automată a permiselor de intrare”*, cod CPV 48219000-6, astfel cum aceasta este reglementată de art. 19 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, conform căruia *„Autoritatea contractantă achiziționează direct produse, servicii sau*

lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii a 2-a a prezentului capitol, nu depășește echivalentul în lei de 30.000 euro exclusiv T.V.A. pentru fiecare achiziție de produse ori servicii (...). Achiziția se realizează pe bază de document justificativ”.

Consiliul se raportează, în soluționare, la dispozițiile art. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, în conformitate cu care **“Prezenta ordonanță de urgență reglementează procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică, a contractului de concesiune de lucrări publice și a contractului de concesiune de servicii, precum și modalitățile de soluționare a contestațiilor formulate împotriva actelor emise în legătură cu aceste proceduri”**, dar și la cele ale art. 18 alin. (1) din același act normativ, conform cărora **„Procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică, sunt: a) licitația deschisă, (...); b) licitația restrânsă, (...); c) dialogul competitiv, (...), d) cererea de oferte, (...)”**.

Se constată astfel că achiziția în cadrul căreia s-a depus contestația nu se regăsește printre procedurile de achiziție enumerate expres de art. 18 alin. (1) din ordonanță, de unde rezultă că legiuitorul a înțeles să scoată de sub incidența ordonanței modalitatea de achiziție publică prin cumpărare directă.

Sub acest aspect, art. 266 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 reglementează competența Consiliului de a se pronunța doar asupra contestațiilor formulate în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reglementate de ordonanță, iar art. 255 alin. (1) din același act normativ acordă calitatea de persoană vătămată doar operatorului economic care are interes legitim în legătură cu procedura de atribuire reglementată de ordonanța de urgență.

Astfel, operatorii economici pot contesta, pe cale administrativ juridictională, acte ale autorității contractante emise cu încălcarea dispozițiilor legale care reglementează materia achizițiilor publice, însă, nu acte emise în cadrul unei achiziții efectuată fără aplicarea vreuneia dintre procedurile care se supun prevederilor ordonanței de urgență.

Văzând cele de mai sus, precum și dispozițiile art. 10 din Legea nr. 554/2004, Consiliul va admite excepția lipsei competenței sale materiale și, făcând aplicarea art. 132 alin. (1) Cod procedură civilă, va transmite contestația, împreună cu dosarul constituit, instanței de judecată competentă.

Soluția declinării cauzei este în deplină concordanță și cu art. 21 alin. (1) din Constituția României, republicată, și cu art. 6 paragraful 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată prin Legea nr. 30/1994, permițând accesul neîngrădit și efectiv al contestatorului la judecarea cauzei de către instanța judecătorească competentă.

În soluționare a fost avută în vedere și practica constatată a instanțelor de judecată, în sensul că acele contestații formulate în cadrul unor achiziții directe sunt de competența instanțelor de judecată, dar și

că soluția pe care trebuie să o adopte C.N.S.C. este aceea a declinării competenței, iar nu a respingerii contestațiilor, ca inadmisibile.

Relevante sunt deciziile nr. 28/12.02.2011, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr. 2598/07.11.2011, pronunțată de Curtea de Apel ... decizia nr. 342/06.04.2012, pronunțată de Curtea de Apel Craiova, decizia nr.1295/27.04.2013, pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș.

Date fiind cele ce preced, Consiliul va declina competența de soluționare a contestației depusă de către ... către Tribunalul ... Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, pe rază căruia își are sediul entitatea achizitoare.

Raportat la cele stabilite mai sus, Consiliul nu va proceda la cercetarea fondului cauzei.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. (3) din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...