



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 38105/08.09.2020, formulată de, cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.... având CUI R.. reprezentată legal prin director general ... și convențional de ..., unde se vor comunica actele de procedură, împotriva refuzului de încheiere a contractului, al, cu sediul în și sediul de corespondență în ..., în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect „....”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului, în temeiul art.224 lit.a din Legea nr.99/2016, la semnarea contractului cu și la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică refuzul de a încheia contractul, al, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect „....”, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... justifică, în prealabil, calitatea procesuală pasivă a determinată de calitatea sa de succesor a București, ca urmare a notificării nr.3533/01.12.2019, prin care a preluat inclusiv procedura ce face obiectul prezentei contestații,

procedură inițiată de București, la data de 19.09.2018 și nefinalizată la data de 30.11.2019.

Totodată, contestatorul justifică interesul său legitim de a contesta neexecutarea obligației de a încheia contractul, determinat de calitatea sa de ofertant câștigător al procedurii de atribuire potrivit raportului procedurii de atribuire nr.41331/04.06.2020.

Pe fondul cauzei, ... prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că, în urma reevaluării ofertelor conform Deciziei C.N.S.C. nr. 804 / C2 / / 23.05.2020, deciziei C.N.S.C. nr. 1615 / C2 / / 19.09.2020 și Deciziei civile nr.393/2019 a Curții de Apel București, oferta sa a fost declarată câștigătoare potrivit raportului procedurii de atribuire nr.41331/04.06.2020.

Având în vedere că oferta societății sale a fost declarată câștigătoare, arată contestatorul, ... a solicitat, prin email, la data de 10.06.2020, depunerea contractului semnat, solicitare la care a răspuns, în data de 11.06.2020, prin depunerea la sediul autorității contractante a contractului semnat.

Cu toate acestea, în lipsa unui răspuns din partea autorității contractante, contestatorul arată că, prin adresa nr.TSB154/09.07.2020, a învederat că au trecut 27 de zile de la data emiterii raportului procedurii de atribuire și, totodată, a solicitat care este stadiul semnării contractului.

Contestatorul precizează că a urmat o serie de solicitări în vederea semnării contractului, față de care autoritatea contractantă a invocat faptul că nu are asigurată sursa de finanțare, în contextul stării de alertă.

Față de motivul invocat, ... susține că nu poate fi reținut în condițiile în care autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația legală de verificare a corespondenței dintre oferta financiară și fondurile alocate pentru această procedură încă din etapa de evaluare a ofertelor financiare, moment în care a confirmat că oferta se încadrează în fondurile disponibile.

Mai mult, contestatorul susține că, la data emiterii raportului procedurii de atribuire nr.41331/04.06.2020, era în vigoare hotărârea CGMB nr.75/14.02.2010 privind aprobarea majorării de la 2% la 5% a cotei corespunzătoare cheltuielilor de dezvoltare și modernizare a, ca parte componentă a tarifelor locale pentru energia termică, la fel și legislația aferentă pandemiei, acte normative despre care autoritatea contractantă susține că obstrucționează finanțarea investiției.

Contestatorul arată că, deși prin adresa nr.TSB176/31.08.2020 a informat autoritatea contractantă că termenul legal de 30 zile prevăzut de art.2 alin.1 lit.h din Legea nr.554/2004 s-a împlinit, până în prezent, nu a primit niciun răspuns la solicitarea de semnare a contractului.

În continuare, ... susține că autoritatea contractantă nu și-a executat obligația de a încheia contractul, prevăzută de art.149 alin.1 din H.G. nr.394/2016, în opinia sa, fiind încălcat principiul asumării răspunderii prevăzut de art.2 alin.2 lit.f din Legea nr.99/2016, autoritatea contractantă având obligația să respecte decizia luată prin raportul procedurii de atribuire nr.41331/04.06.2020.

De asemenea, contestatorul apreciază că argumentele comunicate neoficial de referitoare la lipsa de finanțare pentru obiectivul de investiții „Modernizare” sunt nelegale și evocă o atitudine de re-credință a autorității contractante cu privire la desfășurarea procedurii de atribuire.

De asemenea, arată că stabilirea sursei de finanțare și a fondurilor disponibile reprezintă o obligație legală în sarcina autorității contractante ce trebuia îndeplinită anterior inițierii procedurii de atribuire, potrivit prevederilor art.2 alin.5 lit.d și art.13 alin.4 din H.G. nr.394/2016.

În acest sens, contestatorul invocă și practica C.N.S.C. în care s-a reținut că este contrar legislației în domeniul achizițiilor publice ca printr-o decizie arbitrară, motivată de considerente artificiale, autoritatea contractantă să invoce lipsa de finanțare la momentul finalizării procedurii, așa cum a procedat în speță ...

De altfel, contestatorul susține că potrivit art.143 alin.1 din H.G. nr.395/2020, autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare.

În acest context, tergiversarea, întârzierea, neimplementarea de îndată a investiției constituie, în opinia contestatorului, o poziție ilegală a autorității contractante în raport cu Hotărârea CJUE din 20 aprilie 2020, C-638/18, EU:C2020:334 și o încălcare continuă și perpetuă a obligațiilor asumate de România față de Uniunea Europeană.

Concluzionând, contestatorul subliniază următoarele:

- Nesoluționarea cererii nr.TSB nr.165/03.08.2020 de către autoritatea contractantă în termenul legal de 30 de zile echivalează cu nerespectarea obligației de a încheia contractual cu ofertantul declarat câștigător;

- Neexecutarea obligației stabilită de art.149 alin.1 din H.G. nr.394/2016 este nelegală și nejustificată, constituind o conduită abuzivă a autorității contractante;

- Împrejurările cu privire la lipsa de finanțare invocate, neoficial, de directorul economic al autorității contractante, prin email, în data de 24.07.2020, nu pot fi primite drept argumente valide pentru întârzierea încheierii contractului.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 99/2016, H.G. nr. 395/2016, Legea nr.101/2016, Codul de Proc. Civ, art.21 și art.52 din Constituție.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.71957/15.09.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.39444/15.09.2020, ... a solicitat respingerea contestației formulată de, ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

La data inițierii procedurii, operatorul sistemului de termoficare era București aflat în procedura insolvenței la acel moment, sursa de finanțare fiind asigurată de la bugetul local.

Pentru asigurarea continuității serviciului de alimentare cu energie termică au fost emise următoarele acte normative:

- Hotărârea Consiliului General al Municipiului București nr. 145/11.03.2019 privind înființarea societăților pe acțiuni și a în scopul continuării serviciului de alimentare cu energie termică.

- Hotărârea Consiliului General al .. nr. 146/11.03.2019 privind asigurarea permanenței continuității serviciului public de alimentare cu energie termică - activitățile de producere, transport, distribuție și furnizare a energiei termice în arealul deservit de Asociația de Dezvoltare Intercomunitară - Ilfov.

Totodată, se arată că prin încheierea din 17.04.2019, pronunțată în dosarul nr. 35232/3/2016, Tribunalul București-Secția a VII a Civilă a admis excepția inadmisibilității addendumului la planul de reorganizare depus la data de 19.12.2018 și a respins, ca neîntemeiată, cererea de confirmare a planului de reorganizare al București și a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a acesteia, soluție rămasă definitivă prin Decizia Civilă nr. 1843A/11.11.2019, pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VI a Civilă.

Astfel, Comitetul Creditorilor București a hotărât conform Procesului - Verbal al Comitetului Creditorilor București din data de 13.11.2019, publicat în BPI nr. 21667/14.11.2019, continuarea activității de furnizare a serviciului public de alimentare cu energie termică de către, până la data preluării activității de către

Având în vedere situația atipică în care s-a aflat, a faptului că acesta a intrat în faliment în plin sezon de încălzire și a faptului că serviciile de utilități publice fac obiectul unor obligații specifice de serviciu public, având un caracter permanent și un regim de funcționare continuu și ținând seama de prevederile legale specifice serviciilor de utilități publice, a fost semnat Contractul de delegare a serviciului public de alimentare cu energie termică nr.7/29.11.2019 (Asociația de Dezvoltare Intercomunitară - Ilfov) și nr.2/29.11.2019 (....S.A) cu intrare în vigoare la data de 01.12.2019.

Astfel, începând cu data de 01.12.2019, ...S.A este operatorul regional al serviciului public de alimentare cu energie termică în arealul deservit de Asociația de Dezvoltare Intercomunitară-Ilfov în baza Contractului de delegare a gestiunii directe a serviciului public de alimentare cu energie termică încheiat cu Asociația de Dezvoltare Intercomunitară-iifov.

Ca argumente privind lipsa sursei de finanțare pentru obiectivul de investiție "....", autoritatea contractantă precizează, pe de-o parte, că stabilirea sursei de finanțare și a fondurilor disponibile reprezintă o obligație legală ce a fost îndeplinită inițial de către București, în calitate de autoritate contractantă la momentul inițierii procedurii.

Ulterior, ...S.A a preluat această procedură aflată în derulare, fapt ce denotă buna credință de care a dat dovadă pentru finalizarea acesteia și realizarea modernizării centralei termice.

Se arată că, în conformitate cu legislația specifică serviciilor comunitare de utilități publice, Legea nr.51/2006, Legea nr.325/2006, Ordinul ANRSC nr. 66/2007 și clauzele Contractului de delegare a Serviciului Public de Alimentare cu Energie Termică nr.

02/29.11.2019, ...S.A poate realiza investiții doar din surse proprii și din surse de finanțare atrase.

Având în vedere că sursele proprii reprezintă cota de dezvoltare de 2% din tarif care nu asigură sume suficiente pentru acoperirea nevoilor de investiții necesare modernizării mijloacelor fixe pe care le are în administrare, ... a fundamentat și justificat oportunitatea ajustării cotei de dezvoltare la 5% necesară pentru lucrări de investiții aferente dezvoltării și modernizării

Astfel, prin Hotărârea Consiliului General al Municipiului București nr.75/14.02.2020 s-a aprobat majorarea de la 2% la 5% a cotei de dezvoltare și modernizare a, aplicată asupra tarifelor de transport, distribuție și furnizare a energiei termice folosite de către operatorul delegat, precum și a tarifelor de producere a energiei termice în unitățile de producere pe care le operează.

Pentru ca Hotărârea Consiliului General al Municipiului București nr.75/14.02.2020 să poată fi pusă în aplicare, susține autoritatea contractantă, trebuie avizată de către Autoritatea de Reglementare competentă-ANRE și aprobată de Consiliul General al Municipiului București, majorarea prețurilor și tarifelor locale pentru energia termică, cota de dezvoltare fiind o parte componentă a tarifelor locale pentru energia termică.

În conformitate cu prevederile art.15 din Decretul Președintelui României nr.195/16.03.2020 privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României - pe perioada stării de urgență, prețurile la serviciile de utilitate publică (energie electrică și termică, gaze, alimentare cu apă, salubritate, carburanți etc.) s-au plafonat în limita prețului mediu din ultimele 3 luni înaintea declarării stării de urgență, prevedere care se menține și în prezent.

Un alt aspect care trebuie menționat, în opinia autorității contractante, se referă la faptul că se află în imposibilitatea legală de a finanța prin S.A, modernizarea mijloacelor fixe care-i aparțin, așa cum s-a întâmplat în anii anteriori, prin

Față de aspectele susinvocate, după cum se arată, ... a început demersurile necesare atragerii de fonduri pentru investiții, inclusiv pentru modernizarea

Prin adresa nr.21942r1/27.03.2020, susține autoritatea contractantă, ...a transmis Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei, Lista proiectelor de investiții pe care S.A își propune să le realizeze și pentru care solicită sprijin necesar obținerii de fonduri, în această listă fiind inclusă și „....”, din care face parte și

Luând în considerare cele prezentate, autoritatea contractantă susține că a întreprins toate demersurile necesare în vederea obținerii fondurilor care să asigure finalizarea procedurii, Modernizarea, deși s-a confruntat cu o situația atipică, situație juridică care nu mai corespunde cu cea de la momentul inițierii procedurii și solicită respingerea contestației formulată de, ca neîntemeiată.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

....- în insolvență, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.SCN1016655/19.09.2018.

Valoarea estimată a contractului este de 14.426.790,69 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse două oferte, de către și, care au fost vizualizate, în SEAP, la data de 23.10.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.72831.

Prin raportul procedurii nr.30199/24.04.2019, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de, cu o propunere financiară de 13.137.000,00 lei, fără TVA, în timp ce oferta depusă de a fost respinsă, ca neconformă.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, respectiv a deciziei de respingere a ofertei sale și a celei de desemnare drept câștigătoare a ofertei depusă de, a depus contestație, soluționată de C.N.S.C. prin decizia nr..../C2/.... din 23.05.2019.

Decizia C.N.S.C. a fost atacată cu plângere de către- în insolvență, plângere soluționată de Curtea de Apel București – Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal, prin decizia nr.393/04.07.2019, în sensul respingerii ei, ca nefondată.

Continuând procedura, autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificări nr.63617/03.09.2019, act pe care acesta a înțeles să-l conteste. Contestația fost soluționată prin decizia nr.1615/C2/.... din 19.09.2019, în sensul admiterii ei.

Ulterior deciziei C.N.S.C., autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr.41331/04.06.2020, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de, având un preț de 11.314.076,27 lei, fără TVA.

Împotriva refuzului de a încheia contractul cu societatea sa, ... a depus contestația de față, consemnând cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

.... critică refuzul de a încheia contractul de achiziție publică cu societatea sa declarată câștigătoare a procedurii, susținând că este nelegal.

Cu titlu preliminar, Consiliul reține că, potrivit Notificării nr.3533/01.12.2019, ... a preluat toate procedurile de achiziție inițiate și nefinalizate de București la data de 30.11.2019 inclusiv, urmând ca toate documentele care se întocmesc în timpul derulării procedurilor precum și încheierea acordurilor-cadru și atribuirea contractelor subsecvente/contractelor să se emită de respectiva companie și să fie postate în SEAP/SICAP prin intermediul certificatului digital al București până la finalizarea procedurilor de achiziție.

Așadar, ... este succesorul în drepturile și obligațiile BUCUREȘTI pe linia achizițiilor publice, cu privire la proceduri de atribuire nefinalizate

la data de 30.11.2019 inclusiv, așa cum este și prezenta procedură, motiv pentru care, în litigiul de față, calitatea procesuală pasivă revine companiei arătate.

Depășind acest aspect procedural, Consiliul reține că oferta depusă de, așa cum rezultă din raportul procedurii nr.41331/04.06.2020, a fost desemnată câștigătoare a procedurii, având un preț de 11.314.076,27 lei, fără TVA.

Despre acest rezultat al procedurii, ... a fost încunoștințat prin adresa nr.41332/04.06.2020, care conține și invitația de a se prezenta în data de 11.06.2020, ora 12.00, la sediul pentru semnarea contractului.

Contractul nu a fost semnat la data indicată de autoritatea contractantă și nici până la data contestației de față, în ciuda numeroaselor demersuri dovedite de contestator cu corespondența pe această temă purtată cu autoritatea contractantă.

Motivul pentru care autoritatea contractantă nu a procedat la încheierea contractului, după cum aceasta susține, constă în faptul că nu deține fondurile necesare, cu toate că a întreprins demersuri legale pentru obținerea lor.

Așadar, deși a stabilit oferta câștigătoare și a comunicat acest rezultat participanților la procedură, autoritatea contractantă nu a încheiat contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare, din cauza lipsei fondurilor.

În soluționare, relevante sunt următoarele dispoziții legale, în forma în vigoare la data inițierii procedurii:

- art.227 alin.1 din Legea nr.99/2016, potrivit cu care:

„Entitatea contractantă are obligația de a transmite ofertantului declarat câștigător o comunicare privind acceptarea ofertei sale, prin care își manifestă acordul de a încheia contractual sectorial/acordul-cadru.”

- art.149 alin.1 din H.G. nr.394/2016, potrivit cu care:

„Entitatea contractantă are obligația de a încheia contractual sectorial/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.”,

din economia căroră rezultă că, ulterior comunicării deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul cu ofertantul căruia îi aparține respectiva ofertă.

De asemenea, relevante sunt dispozițiile 59 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016 (forma în vigoare la data emiterii raportului procedurii nr.41331/04.06.2020), potrivit cu care:

„(...) termenul de așteptare pentru încheierea contractului nu poate fi mai mic de: (...)

b) 6 zile, începând cu ziua următoare transmiterii deciziei de atribuire a contractului către ofertanții/candidații interesați, prin orice mijloace de comunicare prevăzute de legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale sau legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”

Prin urmare, în lumina dispozițiilor legale susenunțate, autoritatea contractantă avea obligația de a încheia contractul cu după împlinirea termenului legal de așteptare, de 6 zile de la data transmiterii deciziei de atribuire a contractului, interval epuizat începând cu data de 10.06.2020.

Totodată, observă Consiliul că legislația din materia achizițiilor publice instituie o singură excepție de la regula încheierii contractului cu ofertantul a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare, și anume cea de la art.149 alin.2 din H.G. nr.394/2016, având conținutul:

„În cazul în care entitatea contractantă nu poate încheia contractul sectorial/acordul cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, ca urmare a faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru, aceasta are obligația să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă.”

Ofertantul desemnat câștigător în procedura de față nu se regăsește însă în niciuna dintre ipotezele vizate de textul legal, situație în care obligația autorității contractante este de a încheia contractul cu ofertantul desemnat câștigător.

Astfel fiind, argumentul constând în lipsa fondurilor nu poate fi primit în soluționare, deoarece nu se circumscrie situațiilor de excepție, știut fiind că excepțiile sunt de strictă interpretare, și, mai mult, nici chiar incidența unei situații de excepție nu ar putea fi invocată ca justificare a refuzului încheierii contractului cu ofertantul desemnat câștigător, autoritatea contractantă fiind obligată să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi în măsura în care există și este admisibilă.

Consiliul nu contestă existența unei situații atipice, generată de falimentul inițiatorului procedurii, ...București, pe parcursul derulării procedurii, însă prevederile legale din materia achizițiilor publice sunt clare, astfel că autoritatea contractantă trebuie să perfecteze contractul cu, a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare.

Această concluzie se impune cu necesitate în lumina dispozițiilor legale incidente, independent de demersurile pe care autoritatea contractantă a înțeles să le facă pentru obținerea de fonduri și care apar lipsite de relevanță în raport cu obligația acesteia născută ulterior desemnării ofertei câștigătoare.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația, autoritatea contractantă urmând să continue procedura cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Cererea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulată de, va fi respinsă, la dosar nefiind depusă vreo dovadă a efectuării unor astfel de cheltuieli de către contestator.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația depusă de, în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulată de

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

...