



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SRL, cu sediul în, ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin – Administrator, formulată împotriva procedurii de atribuire inițiate de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în licitația deschisă online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr., publicat în SEAP la, s-a solicitat Consiliului

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SRL reclamă decizia autorității contractante de inițiere a procedurii de atribuire a contractului de execuție lucrări având ca obiect

În sensul impus de dispozițiile art. 6 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/....., precizează contestatoarea, a transmis notificarea prealabilă nr. 2516 din 08.11....., la care nu i-a parvenit niciun răspuns din partea autorității contractante, în termenul de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, prevăzut de dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., dar nici ulterior expirării acestui termen, circumstanță în care devin incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) - teza a doua din Legea nr. 101/.....

În prealabil, contestatoarea susține că între, în calitate de achizitor și SRL, în calitate de executant, a fost încheiat contractul de lucrări nr. 42 din 28.05.2015, având ca obiect „Reabilitarea și modernizarea rețelei de drumuri județene din județul Ilfov - DJ 401 A, km 0 + 000 (Vidra) - km 28 + 209 (Domnești)", contract ce a marcat punctul de finalizare a procedurii de atribuire inițiate de către ... prin publicarea, în data de 15.07.2014, pe pagina de internet www.e-licitatie.ro, a anunțului de participare nr. 152234.

Contestatoarea precizează că identitatea de obiect între contractul nr. 42 din 28.05.2015 și contractul aferent procedurii inițiate prin anunțul de participare nr. din este evidentă.

De asemenea, contestatoarea arată că, în data de 14.07....., în dosarul nr. 26448/3/2015, Tribunalul a pronunțat sentința cu nr. 4590, prin care a soluționat, în primă instanță, cererea conexă formulată de către reclamanta ... SA, prin care solicita instanței constatarea nulității contractului de achiziție publică nr. 42 din 28.05.2015, încheiat între achizitorul ... și executantul SRL. Însă, până la data expedierii notificării, sentința indicată nu a fost comunicată părților din dosarul nr. 26448/3/2015, nefiind definitivă.

Mai arată contestatoarea că, potrivit dispozițiilor art. 287 ind. 16 din OUG nr. 34/2006, explicitate prin Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 20 din 05.10.2015 (pentru soluționarea unui recurs în interesul legii), sentința Tribunalului nr. 4590 din 14.07..... este atacabilă cu recurs, care se va formula în termen de 5 zile de la comunicarea hotărârii. Calea de atac a recursului este, de altfel, precizată și prin mențiunile corespunzătoare, existente pe pagina de internet a Tribunalului

În aceste împrejurări, contestatoarea susține că sentința Tribunalului nu constituie o hotărâre judecătorească definitivă, în sensul arătat de dispozițiile 634 alin. (1) punctul 2. C.P.C., în egală măsură, potrivit dispozițiilor art. 633 C.P.C., nu este nici executorie și nici nu este susceptibilă de a fi pusă în executare, conform dispozițiilor art. 632 alin. (2) C.P.C.

După cum stabilesc dispozițiile art. 634 alin. (2) C.P.C., sentința Tribunalului nr. 4590 din 14.07..... devine definitivă la data expirării termenului de exercitare a recursului sau, după caz, la data respingerii recursului și menținerii integrale a soluției inițiate.

În acest context, contestatoarea solicită Consiliului să rețină că, potrivit dispozițiilor art. 287 ind. 16 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, în cazul admiterii recursului, instanța de recurs va rejudeca în toate cazurile litigiul în fond, ceea ce înseamnă că sentința Tribunalului nr. 4590 din 14.07..... este susceptibilă de reformare și modificare în urma admiterii recursului.

Contestatoarea precizează că din caracterul nedefinitiv al sentinței Tribunalului derivă, evident, absența caracterului definitiv al constatării nulității contractului nr. 42 din 28.05.2015.

Cu alte cuvinte, până la soluționarea definitivă de către Curtea de Apel, chestiunea nulității contractului nr. 42 din 28.05.2015 nu beneficiază de putere de lucru judecat, nefiind consacrată irevocabil.

În aceste circumstanțe, contestatoarea susține că însăși validitatea și valabilitatea contractului de achiziție publică nr. 42 din 28.05.2015 este menținută, până la momentul la care sentința primei instanțe, respectiv a Tribunalului, nr. 4590 din 14.07....., va fi confirmată și menținută de către Curtea de Apel, ca instanță de recurs.

Mai arată contestatoarea că circumstanțele explicate constituie un veritabil obstacol în continuarea legală a procedurii de atribuire inițiate de către ... prin anunțul de participare nr. din, fiind excluse măsuri de remediere care să permită derularea acesteia.

De asemenea, contestatoarea precizează că suspendarea procedurii de atribuire și, deopotrivă, suspendarea soluționării contestației, se impun față de considerentul că situația juridică a contractului de achiziție publică nr. 42 din 28.05.2015 nu este încă definitiv reglementată. Cu atât mai mult cu cât soarta juridică a contractului, care are obiect identic cu cel pentru atribuirea căruia autoritatea contractantă a inițiat noua procedură, nu este pe deplin determinată, suspendarea procedurii și a soluționării contestației devin necesare, pentru că este evident că de soluția ce va fi pronunțată în recurs, de către Curtea de Apel, depend, integral, atât soluția pe care o va pronunța CNSC față de contestație, cât și posibilitatea autorității contractante de a continua procedura de atribuire.

Pentru aceste considerente, cu sublinierea că nu există încă o hotărâre judecătorească definitivă care să constate nulitatea contractului de achiziție publică nr. 42 din 28.05.2015, contestatoarea solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 12611/23.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 35912/24.11....., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere la contestația formulată de SRL, prin care solicită să se constate caracterul nefondat al contestației formulate, și respingerea acesteia, cu consecința continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă apreciază că solicitarea contestatoarei de revocare a deciziei de inițiere a procedurii de atribuire și, în subsidiar, de suspendare a acestei proceduri, este neîntemeiată, motivat de faptul că sentința pronunțată de Tribunalul în dosarul 26448/3/2015 se bucură de autoritate de lucru judecat provizorie, conform art. 430 alin. (4) Cod procedură civilă, însemnând că, din perspectiva autorității de lucru judecat, contractul nr. 42/28.05.2015 este anulat, chiar dacă nu prin sentință definitivă și executorie.

În plus, reamintește autoritatea contractantă faptul că, așa cum reiese din documentația de atribuire, finanțarea contractului nr. 42/28.05.2015 s-ar fi realizat din fonduri europene, care puteau fi accesate, cel târziu, la data de 31.12.2015.

Având în vedere situația juridică creată și pe care contestatoarea o cunoaște foarte bine, inclusiv faptul că, prin sentința judecătorească, s-a suspendat executarea contractului până la soluționarea definitivă a litigiului, aceste fonduri nu au putut fi accesate. În aceste condiții, contractul nr. 42/28.05.2015 nu mai poate fi finanțat din fonduri europene, ceea ce face ca realizarea lucrărilor să fie posibilă doar în cadrul unei noi proceduri de atribuire.

De asemenea, au intervenit modificări în proiectul tehnic și în listele de cantități aferente acestuia, iar fondurile necesare execuției viitoarelor lucrări se asigură din bugetul ..., aspect suplimentar ce relevă nevoia de inițiere a unei noi proceduri de achiziție.

Referitor la susținerile contestatoarei potrivit cărora nu ne-a parvenit nici un răspuns din partea autorității contractante, nici în termenul de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, prevăzut de dispozițiile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., nici ulterior expirării acestui termen, autoritatea contractantă precizează că a răspuns la notificarea prealabilă menționată prin adresa nr. 12227 din 11.11....., adresă transmisă la numărul de fax indicat de către contestatoare, respectiv 021/316.97.39 și primită de către aceasta, așa cum reiese din raportul de fax atașat.

Având în vedere cele menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SC SRL, ca fiind nefondată și neîntemeiată, precum și continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Prin adresa nr. 2708/28.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 36507/28.11....., ... SRL a transmis Răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, susținând că sentința Tribunalului nr. 4590 din 14.07....., pronunțată în cadrul legal reglementat de OUG nr. 34/2006, nu constituie o hotărâre judecătorească definitivă, în sensul arătat de dispozițiile art. 634 alin. (1) punctul 2 Codul de Procedură Civilă și, în egală măsură, potrivit dispozițiilor art. 633 Codul de Procedură Civilă, sentința în discuție nu este nici executorie și nici nu este susceptibilă de a fi pusă în executare, conform dispozițiilor art. 632 alin. (2) Codul de Procedură Civilă.

După cum stabilesc dispozițiile art. 634 alin. (2) Codul de Procedură Civilă, contestatoarea arată că sentința Tribunalului nr. 4590 din 14.07..... devine definitivă la data expirării termenului de exercitare a recursului sau, după caz, la data respingerii recursului și menținerii integrate a soluției inițiale, iar potrivit dispozițiilor art. 287 ind. 16 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, în cazul admiterii recursului, instanța de recurs va rejudeca în toate cazurile litigiul și, în fond, sentința Tribunalului nr. 4590 din 14.07..... este susceptibilă de reformare și modificare în urma admiterii recursului.

Contestatoarea concluzionează că are de-a face cu o hotărâre judecătorească de primă instanță, nedefinitivă, lipsită de caracter executoriu, supusă căii de atac a recursului și prin urmare susceptibilă de modificare, situație în care autoritatea de lucru judecat invocată de către

... este una relativă, condiționată categoric de soluția pe care o va pronunța instanța de recurs.

Contestatoarea arată că, în cadrul contestației - care nu constituie un litigiu - nu dezbate sentința Tribunalului, dispozitivul acesteia ori considerentele sale, ci pune în relief necesitatea adoptării măsurilor legale față de incertitudinea situației contractului de achiziție publică deja existent, în privința căruia nu există o hotărâre judecătorească definitivă.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că, potrivit art. 431 din Codul de Procedură Civilă, „nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect” și că „oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”

Aplicarea dispozițiilor arătate presupune, așadar existența simultană a două litigii în instanță, având obiect similar ori identic - ceea ce, cu certitudine, nu este cazul atunci când autoritatea de lucru judecat se invocă într-o procedură administrativ - jurisdicțională, precum cea reglementată de Legea nr. 101/....., și al cărei obiect nu vizează chestiuni soluționate provizoriu de către o instanță judecătorească.

Așa cum a accentuat și în cuprinsul contestației, autoarea sa susține că, până la soluționarea definitivă de către Curtea de Apel, chestiunea nulității contractului nr. 42 din 28.05..... nu beneficiază de putere de lucru judecat, nefiind consacrată irevocabil, absolut și categoric printr-o hotărâre judecătorească asupra căreia nu se mai poate reveni.

Cât privește prezumtivul răspuns al autorității contractante la notificarea prealabilă transmisă de în data de 08.11....., contestatoarea susține, în continuare, absența acestuia și solicită aplicarea dispozițiilor art. 249 Codul de Procedură Civilă, conform căruia „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege.”

Mai arată contestatoarea că nici răspunsul și nici raportul fax nu se regăsesc anexate punctului de vedere ce i-a fost comunicat de către CJ Ilfov, așa cum prevede art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/....., „toate notificările actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire.”

Contestatoarea precizează că răspunsul la notificarea prealabilă este un act procedural, iar comunicarea sa este obligatoriu a fi făcută cu confirmare de primire, dispozițiile textului menționat extinzându-se și asupra actului prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/.....

Un eventual raport de transmisie fax va putea fi reținut ca reprezentând dovada primirii de către a răspunsului la notificarea prealabilă doar în situația în care respectivul raport ar face dovada certă a recepționării respectivului document - pentru că un simplu raport de expediere prin fax face doar dovada transmiterii, nu și a primirii unui document. Cauzele posibilei nerecepționări a documentului prin fax pot fi multiple (lipsa hârtiei în aparatul fax care recepționează, lipsa tonerului

în aparat, lipsa alimentării cu energie electrică a aparatului, etc.) și nu sunt semnalate în mod obligatoriu în raportul transmiției.

Dosarul achiziției publice cuprinzând documentele necesare soluționării cauzei a fost comunicat cu adresa 12962/28.11....., fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 36531/29.11.....

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura, licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, prin anunț de participare nr., publicat în SEAP la, stabilind data de depunere a ofertelor la 08.12....., criteriul de atribuire „cel mai bun calitate-preț în ceea ce privește criteriile prețul ofertei și durata de garanție de bună execuție acordată lucrării” și o valoare estimată, fără TVA, de 64.414.770 lei.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de inițiere a procedurii de atribuire a contractului din speță, ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/.....), solicitând Consiliului anularea anunțului, precum și a procedurii de atribuire, concomitent cu dispunerea de măsurilor de suspendare a procedurii și suspendare a soluționării contestației, măsuri temporare cauzate de existența litigiului amintit, derulat în paralel, pe rolul instanței judecătorești competente.

Prealabil analizei cererilor, Consiliul constată că pretinsa absență a unui răspuns la notificarea prealabilă a contestatoarei nu reprezintă un motiv distinct, asociat unei cereri de obligare a autorității contractante la emiterea lui, din prezenta contestație. În fapt, contestatoarea a dorit a releva Consiliului o conduită neconformă a autorității contractante, prin necomunicarea unui răspuns, dar aceasta conduită nu i-a cauzat vreo vătămare autoarei criticilor.

În referire la solicitarea suspendării procedurii de atribuire, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 288/...../..... din data de 24.11....., respingând-o.

În privința solicitării contestatoarei ca prezenta cauză să fie suspendată până la soluționarea cauzei aflate pe rolul instanței, Consiliul constată că ea se bazează pe aceleași motive de fapt și de drept care stau la baza cererilor formulate pe fond, adică pe nevoia pretinsă a finalizării irevocabile a conflictului din instanță. Or, situația juridică a contractului a cărui validitate se află în analiza instanței de judecată nu poate fi influențată de existența procedurii de atribuire contestate. De asemenea, câtă vreme această procedură nu a fost finalizată, nu se poate pune în discuție existența certă a unui prejudiciu ce ar fi cauzat contestatoarei, prin imposibilitatea executării contractului său.

Prin urmare, Consiliul consideră că nu se află într-o situație de fapt și de drept, dintre cele precizate la art. 25 al Legii nr. 101/....., care să releve necesitatea imperioasă de a suspenda soluționarea cauzei prezente, motiv pentru care, respingând solicitarea în acest sens a contestatoarei, face analiza pe fond a criticilor.

Consiliul are în vedere, totodată, că părțile confirmă existența litigiului în care s-a pronunțat de instanță o soluție (încă nedefinitivă) ce ține de nulitatea contractului nr. 42 din 28.05.2015, contract care ar avea obiect comun cu viitorul contract ce ar putea fi încheiat la finalizarea procedurii de atribuire atacate.

Date fiind susținerile părților, confirmate de documentele depuse, Consiliul constată că, în fapt, nu sunt aduse critici de nelegalitate a modului de organizare a procedurii de atribuire, ci critici legate, exclusiv, de oportunitatea inițierii noii proceduri.

În aceste circumstanțe, Consiliul este ținut a se pronunța asupra dreptului autorității contractante de a continua procedura de atribuire inițiată prin anunțul de participare nr. din, cu ignorarea existenței conflictului judiciar amintit, respectiv, de a aprecia dacă această continuare a procedurii ar cauza contestatoarei o vătămare, în înțelesul art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/....., dar care nu ar putea fi înlăturată.

În mod egal, Consiliul este ținut să aprecieze dacă, în raport cu circumstanțele de fapt ale cauzei, autoritatea contractantă are posibilitatea de a opta pentru o soluție provizorie, respectiv dacă a determinat în mod obiectiv necesitatea achiziției lucrărilor și nevoia de a reorganiza procedura.

Privitor la primul aspect, Consiliul are în vedere că, așa cum rezultă din susținerile părților, procedura în curs nu pune în pericol drepturile contestatoarei rezultând din contractul de achiziție publică nr. 42 din 28.05.2015, în eventualitatea în care acesta va rămâne valid după soluționarea irevocabilă a speței din fața instanței de judecată (deci, inclusiv, cel de a executa contractul).

De altfel, doar continuarea procedurii de achiziție, și nu etapa de contractare de după aceasta, nu poate cauza o vătămare efectivă a contestatoarei, în condițiile în care nu se poate anticipa, cert, dacă va fi atribuit contractul de achiziție publică.

Cât privește opțiunea contestatoarei de a participa sau nu cu ofertă, în procedura contestată, Consiliul constată că ea nu poate fi invocată, exclusiv, în sensul dobândirii și garantării unui drept absolut al contestatoarei, ce ar fi încălcat prin continuarea actualei proceduri, fără participarea sa.

În același timp, Consiliul consideră că nevoia de achiziție a lucrărilor a fost corect stabilită de autoritatea contractantă, fiind la baza atribuirii și a contractului invocat de către contestatoare, adică a fost semnalată încă dinainte de anul 2015.

De asemenea, fără a analiza situația de fapt și de drept a contractului nr. 42 din 28.05.2015, din susținerile părților cauzei, Consiliul conchide că nevoia derulării și finalizării lucrărilor ce fac obiectul achiziției nu a fost încă acoperită, adică ea este la nivelul unei necesități de interes public, semnalată prin documentele de pregătire a procedurii în derulare, conform prevederilor art. 8 și următoarele din Anexa la HG nr. 395/..... privind normele de aplicare a Legii nr. 98/....., privind

achizițiile publice. Or, în concordanță cu prevederile art. alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/.....: achiziție sau achiziție publică - achiziția de lucrări, de produse sau de servicii prin intermediul unui contract de achiziție publică de către una ori mai multe autorități contractante de la operatori economici desemnați de către acestea, indiferent dacă lucrările, produsele sau serviciile sunt destinate ori nu realizării unui interes public.

Deși, conform prevederilor art. 1 alin. (4) din aceeași hotărâre de guvern, autoritatea contractantă are completa răspundere asupra organizării procedurii de atribuire („Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.”), Consiliul consideră că ea nu ar putea să o invoce în mod discreționar, în orice situație. Dimpotrivă, ea este ținută să respecte toate prevederile legale ce-i pot fi opozabile, dând prioritate interesului public, atunci când el ar fi în concurs cu un interes privat.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a dispus în mod discreționar reorganizarea procedurii de atribuire, iar contestatoarea nu poate proba, la acest moment, o vătămare certă (nici chiar viitoare), rezultând din procedura atacată.

De asemenea, Consiliul consideră, implicit, că și soluționarea prezentei dispute este subordonată regulii statuate la art. 8 alin. (2)-(3) din Legea nr. 554/2005 a contenciosului administrativ, ale cărei prevederi completează prevederile Legii nr. 101/..... (conform art. 68). În concordanță cu invocatele prevederi ale Legii contenciosului administrativ: (2) Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ.

(3) La soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Pentru aceste considerente, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., Consiliul va respinge contestația formulată de SRL, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SRL, împotriva procedurii inițiate prin anunțul de participare nr./....., de către, ca nefondată

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/....., dar împotriva ei se

poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Lege.

PREȘEDINTE,

.....

.....