

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. 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 FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. /, înaintată de SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI 9630549, reprezentată legal prin și convențional prin, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. AP2016-000023/28.04....., emis de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții Modernizare strada Chimiștilor,”, cu invitație de participare nr., publicată în SEAP în data de, s-a solicitat Consiliului:

- anularea comunicării nr. AP2016-000023/28.04..... privind rezultatul procedurii de atribuire, respectiv decizia de declarare a câștigătorului SC SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- anularea procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Admite excepția privind autoritatea de lucru judecat invocată de autoritatea contractantă, ca întemeiată și respinge contestația pe acest considerent.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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 FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. AP2016-000023/28.04....., emis de, în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, solicitând anularea procedurii de atribuire în discuție.

În fapt, contestatoarea arată că a participat la procedura de atribuire, ocupând, în urma licitației electronice, locul al 4-lea cu o valoare de 1.806.940,93 lei, locul 1 fiind reprezentat de o ofertă cu o valoare de 1.150.000 lei.

Conform comunicării privind rezultatul procedurii nr. AP2016-000023/26.02....., contestatoarea precizează că oferta sa „a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, deoarece valoarea ofertată în licitația electronică este mai mare decât cea a ofertantului declarat câștigător și ocupă locul 2 în clasament, în conformitate cu criteriul de atribuire stabilit în documentația de atribuire”, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de SC SRL (1.296.747,21 lei, fără TVA).

Împotriva acestui rezultat, SC SRL menționează că a înaintat Consiliului contestația ce a fost admisă (Decizia CNSC nr./C6/...../28.03.....). Procedând la reevaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit câștigătoare oferta contestatoarei (adresa nr. AP2016-000103/12.04.....).

În acest context, este prezumabil faptul că odată cu această comunicare, autoritatea contractantă trebuia să fi comunicat ofertantului declarat inițial câștigător (SC SRL) faptul că oferta sa a fost respinsă (considerată inacceptabilă pe motivul prețului aparent neobișnuit de scăzut care nu a putut fi justificat).

Împotriva Deciziei CNSC, precizează contestatoarea, autoritatea contractantă a formulat plângere în fața Curții de Apel Prin Hotărârea Civilă nr./..... din 18.04....., instanța a admis plângerea formulată, modificând decizia atacată în sensul respingerii contestației.

Contestatoarea arată că, ulterior, prin adresa nr. AP2016-000023/28.04....., în considerarea Hotărârii Civile nr. 1306/..... din 18.04....., pronunțată de Curtea de Apel, autoritatea contractantă a informat-o asupra faptului că „se menține hotărârea comisiei de evaluare privind declararea ca și admisibilă dar necâștigătoare a ofertei SC SRL, conform celor motivate în

comunicarea rezultatului procedurii nr. AP2016-000023/26.02....., deoarece valoarea ofertată în licitația electronică este mai mare decât cea a ofertantului declarat câștigător și ocupă locul 2 în clasament”.

În acest context, contestatoarea precizează că, la această dată, este în continuare valabilă, fără să fi fost desființată sau anulată, comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. AP2016-000103/12.04....., prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

De asemenea, contestatoarea prezumă că și comunicarea prin care oferta SC SRL a fost respinsă trebuie să fi rămas în vigoare, nefiind desființată printr-un act administrativ ulterior.

În aceste circumstanțe, contestatoarea consideră că singura soluție legală ar fi trebuit să fie anularea procedurii de atribuire în condițiile art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, atât motivat de abaterile grave care afectează procedura de atribuire, cât și de imposibilitatea încheierii contractului de achiziție publică.

În continuare, contestatoarea demonstrează că are un interes legitim, actual și direct pentru formularea cererii sale în fața Consiliului.

În acest context, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să anuleze procedura de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

În opinia contestatoarei, în mod nelegal, autoritatea contractantă a considerat că, prin efectul desființării Deciziei CNSC conform Hotărârii Civile nr. / din data de 18.04....., în mod automat, decizia inițială de declarare câștigătoare a ofertei depuse de SC SRL a fost restabilită ca atare.

O astfel de soluție este, însă, nelegală și imposibilă, considerând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. AP2016-000103/12.04....., prin care oferta SC SRL a fost declarată câștigătoare. Această comunicare nu a fost în niciun fel contestată și nici invalidată. În același context, comunicarea prin care oferta SC SRL a fost declarată necâștigătoare este, de asemenea, valabilă.

Astfel, contestatoarea învederează Consiliului faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să rețină abaterile grave de la prevederile legislative care afectau procedura de atribuire, respectiv să constate pe parcursul (re)evaluării (dispusă prin Decizia CNSC) erorile sau omisiunile care o puneau în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) - f) din ordonanță.

Pentru motivele mai sus arătate, contestatoarea solicită Consiliului admiterea cererii și anularea rezultatului procedurii nr. AP2016-000023/28.04..... și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. SC2016-11299/11.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 14395/11.05....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care invocă excepția privind autoritatea de lucru judecat, arătând că ceea ce s-a stabilit în mod definitiv și irevocabil printr-o sentință judecătorească nu mai poate fi repus în discuție în cadrul altui litigiu.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că, prin Decizia Civilă nr. 1306, pronunțată în ședința publică din 18.04....., Curtea de Apel a decis următoarele:

- admite plângerea formulată de petentul și modifică Decizia CNSC nr./C6/...../28.03....., în sensul că respinge contestația formulată de SC SRL;

- apreciază că este legală hotărârea comisiei de evaluare a autorității contractante privind atribuirea contractului de lucrări către SC SRL, în baza criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, potrivit art. 165 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, fiind asigurate și respectarea principiilor interesului public și al eficienței utilizării fondurilor. Decizia este definitivă.

Anterior acestei măsuri, autoritatea contractantă arată că, având în vedere caracterul obligatoriu al Deciziei CNSC nr./C6/..... din 28.03....., potrivit căreia oferta SC SRL este neconformă în temeiul dispozițiilor art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006, întrucât „conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate”, a stabilit câștigătoare oferta depusă de SC SRL (raportul procedurii SC2016-8980/12.04.....).

Or, urmare a Deciziei Curții de Apel, autoritatea contractantă a revenit la decizia inițială, respectiv menținerea hotărârii privind declararea câștigătoare a ofertei depuse de SC SRL, fiind încheiat contractul de achiziție publică nr. 57/29.04.....

De altfel, arată autoritatea contractantă, a informat contestatoarea asupra faptului că „(..) Adresa nr. AP2016-000103/12.04..... - privind comunicarea rezultatul procedurii, în urma punerii în aplicare a celor dispuse prin Decizia CNSC nr./C6/..... din 28.03....., a rămas fără obiect”.

Având în vedere situația de fapt și de drept, asupra aspectelor care privesc procedura în dispută, s-a pronunțat și CNSC, prin Decizia nr./C6/..... din 28.03..... și Curtea de Apel, prin Decizia Civilă nr. din 18.04....., rămasă definitivă.

Astfel, potrivit prevederilor art. 431 alin. (2) din Codul de procedură civilă, potrivit cărora „Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă”, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere efectul pozitiv al autorității de lucru judecat, conform căruia, ceea ce s-a stabilit în mod definitiv și irevocabil printr-o sentință judecătorească nu mai poate fi repus în discuție în cadrul altui litigiu.

Altfel spus, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis. Această reglementare a autorității de lucru judecat în forma prezumției vine să asigure, din nevoia de ordine și stabilitate juridică, evitarea contradicțiilor dintre considerentele hotărârilor judecătorești.

Pe de altă parte, susține autoritatea contractantă, chiar dacă există posibilitatea de a depune contestație, termenul pentru depunere ar fi expirat în data de 03.05....., la ultima oră a zilei.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, ca tardivă, nefondată și lipsită de obiect.

În replică, prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 14636/13.05....., SC SRL a transmis Consiliului răspunsul la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă și la adresa CNSC nr. 14540/...../12.05....., solicitând respingerea excepției autorității de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă.

Astfel, arată contestatoarea, potrivit dispozițiilor art. 431 alin. (1) 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.*

Prin urmare, pentru a exista autoritate de lucru judecat, potrivit articolului menționat anterior, trebuie să existe triplă identitate: de părți, de obiect și de cauză.

Deși există identitate de părți între litigiul anterior și cel prezent (contestatoarea, în calitate de operator economic participant - ofertant în cadrul procedurii de atribuire și autoritatea contractantă), trebuie observat că nu există și identitatea de obiect și cauză, deoarece:

(i) în „litigiul” anterior (contestația inițial formulată), contestatoarea a solicitat:

- anularea raportului procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia, incluzând, dar fără a se limita la comunicarea privind rezultatul procedurii nr. AP2016-000023/26.02....., respectiv decizia de declarare a câștigătorului SC SRL;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la finalizarea etapei finale de licitație electronică.

(ii) în contestația care face obiectul dosarului nr./....., contestatoarea susține că a solicitat:

- anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. AP2016-000023/28.04....., respectiv decizia de declarare a câștigătorului SC SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- anularea procedurii de atribuire.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că, prin adresa nr. AP2016-000023/28.04....., oferta sa a fost declarată, din nou, necâștigătoare, cu toate că prin adresa nr. AP2016-000103/12.04....., a fost informată cu privire la faptul că oferta sa a fost considerată câștigătoare.

Totodată, contestatoarea consideră că nu există o identitate de cauză între cele două „litigii”. Cauza, ca fundament al raportului juridic dedus judecății, temei juridic al cererii, este diferită, din moment ce în contestația inițială, SC SRL a solicitat anularea unui alt act al

autorității contractante decât cel a cărui anulare a solicitat-o prin contestația care face obiectul dosarului nr./...../.....

Mai mult, susține contestatoarea, nu există nici identitate de obiect, din moment ce finalitatea contestației formulate în dosarul nr./...../..... constă în anularea procedurii de atribuire, date fiind viciile acesteia, iar nu reevaluarea ofertelor anterior solicitată.

În plus, argumentele din contestația inițial formulată vizau prețul neobișnuit de scăzut al ofertei declarate câștigătoare, în timp ce contestația care face obiectul soluționării de către Consiliu în dosarul nr./...../..... vizează viciile care afectează procedura de atribuire în condițiile în care există două acte anterioare ale aceleiași autorități contractante, care se contrazic între ele și nu au fost desființate nici de instanța de judecată și nici eventual revocate de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește adresa autorității contractante din, potrivit căreia comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. AP2016-000103/12.04..... a rămas fără obiect, raportat la dreptul administrativ, contestatoarea susține că nu este consacrată legislativ posibilitatea declarării unui act administrativ ca fiind „rămas fără obiect”.

Pe de altă parte, în măsura în care, admitând rămânerea fără obiect a comunicării prin care oferta sa fusese anterior declarată câștigătoare, autoritatea contractantă nu ar mai fi fost nevoită să emită o nouă comunicare (Comunicarea nr. AP2016-000023/28.04..... privind rezultatul procedurii de atribuire).

Emitându-se o nouă comunicare, arată contestatoarea, și-a exercitat dreptul legal de a o contesta, în temeiul dispozițiilor art. 255 și art. 2561 din OUG nr. 34/2006. Adresa nr. AP2016-000023/28.04..... este un act al autorității contractante, care produce sau poate produce efecte juridice.

Pentru motivele mai sus arătate, contestatoarea solicită Consiliului respingerea excepției autorității de lucru judecat invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții Modernizare strada Chimiștilor,, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. din, la care a atașat documentația de atribuire.

În calitate sa de participantă la procedura de atribuire, SC SRL a primit din partea autorității contractante adresa nr. AP2016-000023 din 28.04....., prin care i se aduce la cunoștință faptul că prin Decizia Civilă nr., pronunțată în ședința publică din 18.04....., Curtea de Apel a admis plângerea formulată de petentul și a modificat Decizia CNSC nr./C6/...../28.03....., în sensul respingerii contestației

formulate de SC SRL, urmarea fiind menținerea hotărârii comisiei de evaluare privind declararea necâștigătoare a ofertei SC SRL, conform celor motivate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. AP2016-000023 din 26.02....., și declararea câștigătoare a ofertei prezentate de SC SRL.

Împotriva acestui act al autorității contractante, SC SRL a înaintat Consiliului contestația de față (însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 44.721 lei), solicitând:

- anularea comunicării nr. AP2016-000023/28.04..... privind rezultatul procedurii de atribuire, respectiv decizia de declarare a câștigătorului SC SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- anularea procedurii de atribuire.

Preliminar, Consiliul constată că, în procedură, SC SRL a mai depus o contestație împotriva raportului procedurii și a rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. AP2016-000023 din 26.02....., ce a fost admisă prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 469/C6/..... din 28.03.....

În urma punerii în aplicare a acestei decizii a Consiliului, autoritatea contractantă a emis comunicarea rezultatului procedurii nr. AP2016-000103 din 12.04..... prin care SC SRL era înștiințată de faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

Împotriva deciziei Consiliului nr. 469/C6/..... din 28.03....., autoritatea contractantă a formulat plângere. Prin Decizia Civilă nr., definitivă, pronunțată în 18.04....., Curtea de Apel a admis plângerea formulată de petentul și a modificat decizia CNSC nr. /C6/..... /28.03....., în sensul respingerii contestației formulate de SC SRL, apreciind că este legală hotărârea comisiei de evaluare a autorității contractante privind atribuirea contractului de lucrări către SC SRL, în baza criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, potrivit art. 165 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, fiind asigurate și respectarea principiilor interesului public și al eficienței utilizării fondurilor.

În urma pronunțării deciziei Curții de Apel, autoritatea contractantă a transmis SC SRL adresa nr. AP2016-000023 din 28.04....., având conținutul evocat anterior.

Având în vedere că, în cauză, autoritatea contractantă a invocat excepția autorității de lucru judecat, Consiliul va proceda la analiza cu întâietate a acesteia, în acord cu prevederile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Potrivit art. 431 alin. (1) și (2) 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, oricare dintre părți putând opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.

De asemenea, conform art. 430 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și

considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.

Văzând situația faptică supusă soluționării, raportat la prevederile citate ale Codului de Procedură Civilă, Consiliul stabilește că, în prezenta speță, chestiunile asupra cărora a fost învestit să se pronunțe au putere de lucru judecat, SC SRL contestând încă o dată decizia de desemnare câștigătoare a ofertei prezentate de SC SRL, decizie menținută de către Curtea de Apel prin decizia sa definitivă nr. din 18.04..... Prin urmare, condițiile de stabilire a ofertei câștigătoare numai pot fi reanalizate, decizia instanței fiind definitivă.

Totodată, Consiliul stabilește că prin transmiterea comunicării nr. AP2016-000023 din 28.04....., ce conține informații privind punerea în executare a deciziei Curții de Apel, autoritatea contractantă a anulat, implicit, toate actele anterioare cu un conținut contrar.

Cât privește capătul de cerere vizând anularea procedurii de atribuire, Consiliul constată că motivarea acestuia, așa cum este redată de contestatoare, rezidă tot din situația faptică anterior analizată de către Consiliu și de către instanța de judecată, față de care este subsecvent, astfel încât și acesta se subordonează situației autorității de lucru judecat, stabilită mai sus.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (1) și (5) din ordonanță, Consiliul va admite excepția privind autoritatea de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă, ca întemeiată și respinge contestația pe acest considerent.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, dar și că pot formula plângere împotriva ei, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) și art. 281 din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

.....