

D E C I Z I E
BO2012_0090
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/21.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr.■/24.05.2012, formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ORC sub nr.■, având C.U.I. ■, împotriva adresei nr.■/04.05.2012, emisă de ■ SA prin SUBUNITATEA ■, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Lucrări de reabilitare sediu administrativ ■”, s-a solicitat anularea adresei susmenționată și obligarea autorității contractante să ia măsurile necesare pentru remedierea actelor care afectează procedura de atribuire, în sensul de a respecta art.204 din OUG 34/2006.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes a SC ■ SRL în formularea contestației, invocată de ■ SA prin SUBUNITATEA ■, și, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de către SC ■ SRL, cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ SA prin SUBUNITATEA ■, cu sediul în ■, ca lipsită de interes.

Obligatorie.

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 înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, SC ■ SRL a criticat rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.■/04.05.2012, emisă de ■ SA prin SUBUNITATEA ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Lucrări de reabilitare sediu administrativ ■”, solicitând anularea adresei susmenționată și obligarea autorității contractante să ia măsurile necesare pentru remedierea actelor care afectează procedura de atribuire, în sensul de a respecta art.204 din OUG 34/2006.

În motivarea contestației, SC ■ SRL arată că, prin adresa nr.■/25.04.2012, i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost declarată

câștigătoare, iar, prin adresa nr.■/04.05.2012, i s-a comunicat faptul că autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a încheia contractul de lucrări în termenul prevăzut de lege, în conformitate cu art.94 din HG 925/2006 și art.209 lit.d din OUG 34/2006.

Opinând că este vorba despre art.209 al.1 lit.c din OUG 34/2006, deoarece lit.d nu există, contestatorul arată că art.94 din HG 925/2006, care se referă la obligația autorității contractante de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice este eronată și abuzivă, deoarece, în cazul de față, nu este vorba despre implicații ale legislației privind finanțele publice.

Contestatorul arată că literatura de specialitate definește finanțele publice ca fiind acelea care sunt reprezentate de fondurile care se constituie prin plăți obligatorii și se consumă efectiv în intervalul de timp considerat, o caracteristică esențială a acestora fiind aceea că implică un transfer de valori fără echivalent, precum și că finanțele publice se compun din fondurile: bugetul național public care cuprinde bugetele locale și bugetul administrației centrale; asigurările sociale de stat; fonduri extrabugetare.

Arătând că achiziția de față nu se realizează din fondurile publice, în acord cu legislația din materia achizițiilor publice, autoritățile contractante sunt obligate să întocmească programul anual al achizițiilor publice, aceasta realizându-se, conform legii, numai după constituirea și alocarea fondurilor necesare pentru realizarea achiziției respective, prin bugetul de venituri și cheltuieli. Prin urmare, susține contestatorul, din moment ce autoritatea contractantă a demarat procedura este evident că a avut fondurile alocate pentru realizarea achiziției, iar acestea nu provin din fonduri publice, ci din fonduri private ale autorității contractante.

În aceste condiții, după cum se menționează, autoritatea contractantă are obligația ca mai înainte să întocmească bugetul de venituri și cheltuieli, iar, apoi, pe baza fondurilor alocate, pe diverse categorii de cheltuieli, alcătuieste și aprobă Programul Anual de Achiziții care cuprinde totalitatea produselor, serviciilor și lucrărilor care se intenționează a fi achiziționate în cursul anului bugetar respectiv, sens în care se invocă art.4 din HG 925/2006.

Contestatorul susține că achiziția de față a fost inclusă în Programul Anual al Achizițiilor Publice și a avut alocate fonduri necesare pentru realizarea ei, iar, în cazul în care acestea au fost dirijate spre alte achiziții, nu înseamnă că autoritatea contractantă era

în măsură sau a procedat corect pentru anularea procedurii de atribuire după stabilirea câștigătorului și atribuirea contractului.

Pe de altă parte, contestatorul susține că singurul temei care putea fi invocat la anularea procedurii era cel prevăzut de al.2 al art.209 din OUG 34/2006, care însă, nu se poate aplica speței de față.

Având în vedere prevederile art.204 al.1 din OUG 34/2006, contestatorul apreciază că anularea procedurii de atribuire este o decizie care îl vatămă și încalcă legislația achizițiilor publice.

În drept, se invocă prevederile art.266-185 din OUG 34/2006.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.■/31.05.2012, înregistrat la CNSC sub nr.■/05.06.2012, ■ a invocat excepția lipsei de interes a contestatorului în promovarea contestației.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă susține că i s-a delegat competența de SC ■ SA pentru organizarea procedurii de atribuire, astfel că a programat respectiva procedură în 12.03.2012, ora 11,00, conform notei justificative nr.■/31.10.2011.

Autoritatea contractantă precizează că sursele de finanțare au fost prevăzute în programul de achiziții servicii/lucrări pe anul 2011, pe activitatea de investiții. În anul 2012, după cum se arată, nu au fost alocate fonduri pentru această procedură, urmând ca în funcție de valoarea ofertei declarată câștigătoare, să se suplimenteze programul de achiziții pe activitatea de producție, conform art.4 al.8 și 9 din HG 925/2006, cu suma respectivă.

Datorită intrării în vigoare a HG 801/2011, conform căruia ANRMAP evaluează conformitatea documentației de atribuire, autoritatea contractantă arată că invitația de participare a fost publicată la data de 22.02.2012, deși documentația de atribuire a fost transmisă spre ANRMAP la 31.10.2012, fiind respinsă la 22.12.2012.

În continuarea, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii, arătând că termenul de evaluare a ofertelor a fost prelungit și, ca urmare a expirării acestuia, a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de SC ■ SRL, operator economic cu care trebuia încheiat contractul în termen de 7 zile de la împlinirea termenelor prevăzute la art.205 din OUG 34/2006, după cum prevede art.93 al.2 din HG 925/2006 actualizată.

Deoarece nu s-a găsit sursa de finanțare pentru activitatea de producție, arată autoritatea contractantă, respectând art.6 al.1 din HG 925/2006 și pentru a evita încălcarea legislației, în data de 03.05.2012, s-a întocmit raportul de anulare a procedurii de atribuire.

Urmare a comunicării deciziei de anulare a procedurii de atribuire, către SC ■ SRL, arată autoritatea contractantă, a primit contestație din

partea acestuia, iar, în 25.05.2012, SC ■ SRL a solicitat, prin adresa nr.■/25.05.2012, restituirea scrisorii de garanție bancară depusă pentru participarea la procedură.

Autoritatea contractantă susține că a comunicat contestatorului, prin adresa nr.■/30.05.2012, că nu poate restitui garanția de participare decât la cel mult 5 zile lucrătoare de la data pronunțării deciziei instanței de judecată, conform art.278¹ al.2 din OUG 34/2006.

Considerând că solicitarea expresă de eliberare a garanției de participare constituie o renunțare la calitatea de participant la procedură, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de interes a contestatorului, acesta fiind o persoană care nu mai are interes în susținerea contestației.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă reiterează susținerile de mai sus, precizând că asigurarea surselor de finanțare este condiționată de cerințele obținute din livrările de lignit energetic, iar introducerea serviciului 58138 în programul de achiziții pe anul 2011 având loc la finele anului în momentul în care necesarul de lignit energetic era în creștere.

În perioada de început a anului 2012, după cum se arată, după ce documentația de atribuire a fost avizată la 113 zile de la transmitere, necesarul de lignit energetic a scăzut, ceea ce a avut implicații negative asupra livrării lignitului energetic în sistem național, situația în care au fost reanalizate prioritățile cu consecința renunțării la contract.

Autoritatea contractantă susține că nu vatămă drepturile și interesele legale și nu încalcă legislația din materia achizițiilor publice.

Față de cele arătate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată.

În probațiune, s-au depus, în copie, documentele aflate la dosarul cauzei.

Contestatorul nu a transmis vreun răspuns cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

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

La ■.02.2012, ■, prin SUBUNITATEA ■, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Lucrări de reabilitare sediu administrativ ■”, sens în care a publicat, în SEAP, sub nr. ■.

Au depus oferte 7 operatori economici, printre care și contestatorul, oferte care au fost deschise la 12.03.2012, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.■.

Prin raportul procedurii de atribuire nr. ■/23.04.2012, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare, în baza criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, oferta depusă de SC ■ SRL, iar, prin raportul nr. ■/03.05.2012, procedura de atribuire a fost anulată.

Ulterior comunicării către SC ■ SRL a măsurii de anulare a procedurii de atribuire, acesta a depus contestația care formează obiectul prezentului dosar.

La 25.05.2012, SC ■ SRL a transmis către autoritatea contractantă adresa înregistrată sub nr.258, prin care solicita returnarea scrisorii de garanție bancare pentru participare la licitație nr. ■/09.03.2012, emisă de ■.

Față de dispozițiile art.278 al.1 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul urmează să analizeze, cu prioritate, excepția lipsei de interes a contestatorului în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Astfel, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, prin adresa nr. ■/25.05.2012, SC ■ SRL a solicitat autorității contractante după cum urmează: „SC ■ SRL (...), prin prezenta vă solicită să ne returnați scrisoarea de garanție bancară pentru participarea la licitație nr. ■/09.03.2012, eliberată de ■”

Față de împrejurarea că SC ■ SRL și-a manifestat expres voința în sensul de a i se restitui scrisoarea de garanție de participare, Consiliul constată că nu mai sunt îndeplinite condițiile cumulativ prevăzute de art.255 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, potrivit cu care:

„(1) 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 (...)

(2) În sensul prevederilor al.(1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedură de atribuire.”

Deși nici ordonanța de urgență și nici codul de procedură civilă nu definesc această condiție a acțiunii, în doctrină s-a arătat că prin interes, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față,

cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate.

Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:

-să fie legitim, corespunzător cerințelor legii materiale și procesuale;

-să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare să aparțină celui care recurge la acțiune;

-să fie născut și actual, să existe în momentul exercitării acțiunii și pe întreg parcursul exercitării acesteia.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța pendinte, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește cerințele mai sus menționate, care trebuie întrunite în mod cumulativ, interesul contestatorului nemaifiind unul actual raportat la actul atacat, de vreme ce a înțeles să solicite restituirea scrisorii de garanție bancară, document a cărui lipsă duce la respingerea ofertei, ca inacceptabilă, astfel cum rezultă din interpretarea dispozițiilor art.33 al.3 lit.b coroborat cu art.36 al.1 lit.a din HG 925/2006 cu modificările ulterioare. Relevante în soluționare sunt și dispozițiile art.84 din același act normativ, conform căruia „*Garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă de derulare până la încheierea contractului (...)*”, scop care, în situația de fapt dată, nu mai poate fi considerat ca fiind atins, contestatorul devenind terț față de procedura de atribuire în momentul solicitării restituirii scrisorii de garanție bancară.

Având în vedere cele ce preced, în temeiul art.278 al.5 din OUG 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul va admite excepția lipsei de interes a SC ■ SRL în promovarea contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Față de dispozițiile art.278 al.1 din același act normativ, nu se vor mai analiza aspectele legate de fondul cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 al.3 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în 4 exemplare originale, conține 6 (sase) pagini