



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus 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 alin. (2) din O.U.G. 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 nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în ... județul ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... cu sediul de corespondență la ... prin avocat Predoi Marius, cu sediul profesional în ... Str. Clucerul Udricani, nr. 18, et. 4, sector 3, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. .../17.07.2013, emisă de către ... AL MUNICIPIULUI ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă” organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare termică a blocurilor din Șos. Colentina nr. 17, Bloc OD 41, S+P+10E și Șos. Pantelimon nr. 235, Bloc 67, S+P+14E+Eth”, s-a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante de declarare neconformă a ofertei contestatorului;
- anularea deciziei autorității contractante de declarare câștigătoare a ofertei S.C. ... S.R.L.;
- obligarea autorității contractante să reevalueze ofertele.

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

DECIDE

Admite excepția lipsei capacității de folosință a ... în contradictoriu cu ... AL MUNICIPIULUI ... iar pe cale de consecință respinge contestația ca fiind introdusă de o persoană fără capacitate de folosință.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

Prin contestația formulată, ... contestă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. .../17.07.2013, emisă de către ... AL MUNICIPIULUI ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă” organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare termică a blocurilor din Șos. Colentina nr. 17, Bloc OD 41, S+P+10E și Șos. Pantelimon nr. 235, Bloc 67, S+P+14E+Eth”, solicitând:

- anularea deciziei autorității contractante de declarare neconformă a ofertei contestatorului;
- anularea deciziei autorității contractante de declarare câștigătoare a ofertei S.C. ... S.R.L.;
- obligarea autorității contractante să reevalueze ofertele.

Contestatorul precizează că a oferit prețul cel mai scăzut dintre cele 13 oferte depuse.

În privința îndeplinirii cerinței din Fișa de Date a Achiziției privitoare la cifra medie de afaceri globale pe ultimii 3 ani (2010, 2011, 2012) de minim 4.800.000 lei, contestatorul a depus o declarație de susținere din parte terțului S.C. ... S.R.L., La data de 12.06.2013, prin adresa nr. 36368, autoritatea contractantă i-a solicitat o serie de clarificări, printre care și o solicitare privitoare la prezentarea de către terțul susținător a bilanțurilor contabile și dovezi cu privire la depunerea acestora la organele competente.

Prin adresa nr. .../17.06.2013, contestatorul a răspuns tuturor solicitărilor de clarificare, iar în ceea ce privește bilanțurile contabile ale terțului susținător și dovada înregistrării acestora la organele competente, a adus la cunoștință autorității contractante că aceste documente au fost ridicate de către Garda Financiară Satu Mare de la firma de contabilitate a terțului (S.C. ... S.R.L.) în cadrul unor

cercetări care nu au legătură cu S.C. ... S.R.L., dar informațiile în cauză sunt disponibile și pe site-ul Ministerului de Finanțe - ... - și acestea confirmă declarațiile asumate sub propria răspundere de către terț. În ceea ce privea bilanțul aferent anului 2012, a arătat că la data depunerii ofertelor - 21.05.2013 - acesta era în lucru și că depunerea sa a fost îngreunată de cele menționate anterior privitor la firma de contabilitate.

Prin adresa nr. .../17.07.2013, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta a fost declarată neconformă întrucât nu a prezentat pentru terțul susținător bilanțul contabil aferent anului 2012 și bilanțurile anilor 2010 și 2011 semnate și dovezile de depunere la organele competente, comunicându-i că a fost declarată câștigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L., cu o valoare de 2.191.864,54 lei, decizie nelegală și netemeinică.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, arătând că decizia este nelegală și a fost emisă cu încălcarea prevederilor art. 11 alin. (1)-(3) din H.G. nr. 925/2006.

Potrivit Ordinului Ministrului Finanțelor Publice nr. 40/2013 publicat în Monitorul Oficial nr. 44/21.01.2013, depunerea bilanțului contabil aferent anului 2012 se face până la data de 31.05.2013 în timp ce data limită de depunere a ofertelor era 21.05.2013. Prin urmare nici nu putea fi impusă operatorilor economici obligația de a depune bilanțul la 2012, o declarație pe proprie răspundere în acest sens fiind necesară dar și suficientă.

De altfel chiar dacă, prin absurd, terțul susținător ar fi înregistrat o cifră de afaceri 0 pe anul 2012 (o valoare negativă nu este posibilă dat fiind modul de calcul al acestui indicator), tot ar fi fost respectată condiția privitoare la cifra de afaceri medie de minim 4.800.000 lei, deoarece cifra de afaceri înregistrată în anul 2011 de 28.144.239 lei ar conduce la o valoare medie de 9.381.413 lei, adică aproape dublu față de valoarea solicitată.

Decizia autorității de a nu tine seama de declarația pe proprie răspundere a agentului economic coroborată cu mențiunile de pe site-ul Ministerului de Finanțe, este eronată și din perspectiva faptului că și datele din bilanț sunt comunicate de către agentul economic tot pe propria răspundere, iar înregistrarea lor la organul fiscal nu este de natură a valida sau invalida aceste cifre.

Refuzul autorității de a aplica dispozițiile art. 11 alin. (2) și (2¹) din H.G. nr. 925/2006 a condus și la încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006 privitoare la utilizarea eficientă a fondurilor publice întrucât oferta avea prețul cel mai scăzut, cu aproximativ 70.000 lei sub oferta declarată câștigătoare.

Prin adresa nr. .../01.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../01.08.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

... s-a înființat prin divizarea S.C. ... S.R.L. în baza Încheierii nr. 22/31.01.2013 pronunțată de Tribunalul ... în Dosarul nr. ... (executorie de drept). Ulterior, în urma recursului promovat de S.C. ... S.R.L., Curtea de Apel ... a decis prin Decizia nr. ... casarea Încheierii nr. ... și trimiterea cauzei spre rejudecare.

Având în vedere că actul de autoritate în baza căruia s-a înființat ... a fost casat, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei capacității de folosință a acestei societăți.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, arătând că ... a precizat că nu poate face dovada depunerii bilanțurilor la organele competente, deoarece toate documentele contabile ale societății au fost ridicate de către comisarii Gărzii Financiare în data de 28.02.2012.

În aceste condiții, autoritatea contractantă a declarat neconformă oferta depusă de ...

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

... AL MUNICIPIULUI ... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare termică a blocurilor din Șos. Colentina nr. 17, Bloc OD 41, S+P+10E și Șos. Pantelimon nr. 235, Bloc 67, S+P+14E+Eth”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției lipsei capacității de folosință invocată de către autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat.

Din documentele depuse de contestator la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

- art. 200 cod civil dispune că „(1) **Persoanele juridice sunt supuse înregistrării**, dacă legile care le sunt aplicabile prevăd această înregistrare.

(2) **Prin înregistrare se înțelege înscrierea, înmatricularea sau, după caz, orice altă formalitate de publicitate prevăzută de lege, făcută în scopul dobândirii personalității juridice sau al luării în evidență a persoanelor juridice legal înființate, după caz.**

(3) Înregistrarea se face la cerere sau, în cazurile anume prevăzute de lege, din oficiu”.

- art. 202 alin. (1) cod civil dispune **„Dacă înregistrarea persoanei juridice are caracter constitutiv, persoana juridică nu se consideră legal înființată cât timp înregistrarea nu a fost efectuată”**.

- art. 1 alin. (1) din Legea nr. 26/1990 dispune că **„înainte de începerea activității economice, au obligația să ceară înmatricularea sau, după caz, înregistrarea în registrul comerțului următoarele persoane fizice sau juridice: persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, societățile reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, (...)”**

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că în situația persoanelor juridice înregistrarea în registrul comerțului are caracter constitutiv.

- art. 6 alin. (1) din Legea nr. 26/1990 prevede că **„Înregistrările în registrul comerțului se fac pe baza unei încheieri a judecătorului delegat sau, după caz, a unei hotărâri judecătorești definitive**, în afară de cazurile în care legea prevede altfel.

(1¹) **Judecătorul-delegat întâi sesizat spre a dispune înregistrarea în registrul comerțului a mențiunilor** privind fuziunea, **divizarea** sau schimbarea sediului social al unei persoane juridice în alt județ **se va pronunța, prin aceeași încheiere, și asupra înmatriculării persoanelor juridice astfel înființate, radierii celor care își încetează existența ori înregistrării în registrul comerțului a modificării actelor constitutive ale persoanelor juridice care dobândesc o parte din patrimoniul persoanei juridice divizate, după caz, precum și asupra înmatriculării și radierii persoanelor juridice care își schimbă sediul social în alt județ.**

(2) **Încheierile judecătorului delegat privitoare la înmatriculare sau la orice alte înregistrări în registrul comerțului sunt executorii de drept și sunt supuse numai recursului.**

(3) Termenul de recurs este de 15 zile și curge de la data pronunțării încheierii pentru părți și de la data publicării încheierii sau a actului modificator al actului constitutiv în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, pentru orice alte persoane interesate.

(4) Recursul se depune și se menționează în registrul comerțului unde s-a făcut înregistrarea. În termen de 3 zile de la data depunerii, oficiul registrului comerțului înaintează recursul curții de apel în a cărei rază teritorială se află domiciliul sau sediul

comerciantului, iar în cazul sucursalelor înființate în alt județ, la curtea de apel în a cărei rază teritorială se află sediul sucursalei.

(5) Motivele recursului se pot depune la instanță, cu cel puțin două zile înaintea termenului de judecată.

(6) **În cazul admiterii recursului, decizia instanței de recurs va fi menționată în registrul comerțului**".

- art. 37 alin. (1) legea nr. 31/1990 dispune următoarele „Controlul legalității actelor sau faptelor care, potrivit legii, se înregistrează în registrul comerțului se exercită de justiție printr-un judecător delegat”.

- art. 40 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 prevede că „În cazul în care cerințele legale sunt îndeplinite, judecătorul delegat, prin încheiere, pronunțată în termen de 5 zile de la îndeplinirea acestor cerințe, va autoriza constituirea societății și va dispune înmatricularea ei în registrul comerțului, în condițiile prevăzute de legea privind acest registru”.

- art. 41 alin. (1) Legea nr. 31/1990 **„Societatea este persoană juridică de la data înmatriculării în registrul comerțului”**.

În speță, Consiliul constată faptul că ... s-a înființat urmare a divizării S.C. ... S.R.L. conform Hotărârii Adunării Generale a Asociaților din data de 22.08.2012, astfel prin încheierea civilă nr. 22 din 31.01.2013 pronunțată în dosarul nr. ... Tribunalul ... – secția civilă a dispus înregistrarea în registrul comerțului a cuvenitelor menționi, publicarea în Monitorul Oficial al României partea a IV a actului modificator și a dispozitivului încheierii care este executorie.

Prin Decizia civilă nr. ... din 28.06.2013 pronunțată în dosarul nr. ... Curtea de Apel ... – secția a VI-a civilă, a dispus admiterea recursului declarat de recurenta S.C. ... S.R.L. împotriva încheierii civile nr. 22 din 31.01.2013 pronunțată de Tribunalul ... secția civilă în dosarul ... în contradictoriu cu intimații S.C. ... S.R.L. și Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... casează încheierea civilă nr. ... și trimite cauza spre rejudecarea aceleiași instanțe. Această decizie este irevocabilă și a fost redactată la data de 18.07.2013.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că încheierea prin care s-a încuviințat înființarea ... a fost desființată, aceasta nemaiputând să își producă niciun efect juridic.

Față de aceste aspecte, Consiliul constată că formularea contestației a fost făcută de o persoană care nu are capacitatea de folosință, astfel cum dispune în mod expres și imperativ prevederile

art. 205 alin. (1) cod civil **„persoanele juridice care sunt supuse înregistrării au capacitatea de a avea drepturi și obligații de la data înregistrării lor”**.

În aceste condiții, (desființarea încheierii de înființare a ...) contestatorul nu are capacitate de folosință, iar potrivit prevederilor art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006 coroborat cu art. 56 cpc care dispune în mod expres și imperativ că *„poate fi parte în judecată orice persoană care are folosința drepturilor civile”* rezultă că ... nu poate sta în soluționarea contestației în calitate de contestator.

Astfel, până la data prezentei contestatorul nu a depus nicio încheiere definitivă și irevocabilă prin care s-a dispus înființarea sa.

Mai mult în speță se reține și lipsa de interes a ... de a formula contestația, deoarece prevederilor art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 impusă că *„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 anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență”*.

Însă în speță ... nu a făcut dovada ca este o persoană juridică legal constituită, actul său de înființare fiind desființat de către Curtea de Apel ... prin Decizia civilă definitivă și irevocabilă nr. ... din 28.06.2013 pronunțată în dosarul nr. 92/93/2013.

Față de aceste aspecte coroborat cu alin. (2) din articolul antementionat rezultă *„ipso facto”* că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliul, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții astfel el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestațiilor să aparțină celui care recurge la formularea contestației și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că prin declanșarea unei procedurii de soluționare a contestației nu este îngăduit unei persoane să apere interesul alte persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerință ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu ale acțiunii de a contesta.

De asemenea Consiliul reține faptul că în literatura de specialitate se precizează că interesul este actual, în sensul că dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit nu poate fi luat în considerare.

Din actele depuse la dosar, rezultă că instanța de recurs a dispus rejudecarea cauzei având ca obiect divizarea societății comerciale S.C. ... S.R.L. și înființarea ... și ... S.R.L.

În aceste condiții este evident că societatea contestatoare nu a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire actul autorității contractante criticat de către aceasta, deși de natură să producă efecte juridice operatorilor economici, nu este de natură a-i fi produs contestatorului un prejudiciu nici în trecut nici în prezent și nici în viitor, deoarece în condițiile în care contestatorului nu este legal constituit, chiar dacă ar fi declarat câștigător, autoritatea contractantă nu va putea să încheie contractul de achiziție publică, prin urmare nu este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim al contestatoarei ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice așa cum dispune art. 255 alin. (1) din OUG nr.34/2006, deci contestatoarea nu îndeplinește condiția de parte vătămată, soluția ce ar urma a fi pronunțată referitor la oferta unui terț, neavând deci nici o influență asupra raporturilor dintre contestatoare și autoritatea contractantă.

Mai mult în soluționare, Consiliul reține faptul că necesitatea autorității contractante constă în executarea unor lucrări de reabilitare termică blocuri.

Astfel potrivit art. 4 din Legea nr. 359/2004 *„Autorizarea funcționării solicitanților se face cu îndeplinirea procedurii prevăzute de prezenta lege și de actele normative speciale, armonizate cu prevederile prezentei legi”* iar potrivit art. 5 din același act normativ ***„prin autorizarea funcționării, în sensul prezentei legi, se înțelege asumarea de către solicitant a responsabilității privitoare la legalitatea desfășurării***

activităților declarate. Activitățile cu impact semnificativ asupra mediului vor fi autorizate din punct de vedere al protecției mediului de către autoritățile competente de protecția mediului, la sediile acestora. Procedura de autorizare și lista activităților cu impact semnificativ asupra mediului vor fi stabilite prin ordin al ministrului mediului și gospodăririi apelor, în termen de 30 de zile de la intrarea în vigoare a prezentei legi.”

Art. 207 alin. (1) cod civil dispune în mod expres și imperativ faptul că **„în cazul activităților care trebuie autorizate de organele competente, dreptul de a desfășura asemenea activități se naște numai din momentul obținerii autorizației respective, dacă prin lege nu se prevede altfel”.**

În speță, chiar dacă, prin absurd s-ar fi luat în considerare faptul că societatea contestatoare este legal înființată și ar fi fost declarată câștigătoare, acesta are înscris în certificatul constatator emis de Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul ... doar faptul că este autorizată conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 doar activitatea proprie de birou pentru societate, la sediul social din loc. ... oraș ... strada Luceafărului nr. 1 camera 2 bloc. 7 scara A, etaj 4, ap. 17 jud. ... nu și celelalte activități declarate în cadrul actului constitutiv.

În raport de cele reținute mai sus, Consiliul urmează să admită excepția invocată de către autoritatea contractantă cu privire la contestația depusă de ...

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) și alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite excepția lipsei capacității de folosință a ... în contradictoriu cu ... AL MUNICIPIULUI ... iar pe cale de consecință va respinge contestația ca fiind introdusă de o persoană fără capacitate de folosință și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 10 (zece) pagini.