



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscc.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 nr. 02/20.01.2014, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă ... lider al asocierii ..., cu sediul în ..., ... județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI ... reprezentată convențional prin ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect „refacere sistem ...”, organizată de ..., prin ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 701/10.01.2014 și a tuturor actelor emise în baza acesteia precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, cu declararea drept acceptabilă și conformă a ofertei

Prin cererea de intervenție accesorie nr. înregistrată la Consiliu cu nr. formulată de ..., lider al asocierii ..., cu sediul în județul ... înregistrată la ORC sub nr....având CUI RO ... reprezentată prin, cu sediul în ..., ..., având CIFcu număr de înregistrare la ..., a solicitat respingerea ca nefondată a contestației formulate de

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de

servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... - ... iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol, va dispune continuarea procedurii de atribuire.

În temeiul dispozițiilor art. 61 alin. (3), 63 și 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, admite în principiu cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, pe care o va admite, în temeiul art. 67 din același act normativ.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare a procedurii, oferta depusă de asocierea ..., în condițiile în care, așa cum reiese din datele publicate pe site-ul Ministerului Justiției, la data de 26.11.2013, în dosarul 3946/93/2013, Tribunalul ... a dispus deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului ... și a numit ... judiciar pe ..., care va îndeplini atribuțiile prevăzute de art. 20 din Legea nr. 85/2006.

Având în vedere faptul că, în cazul asocierii în participațiune nu exista creditori ai asociației, terții neavând drepturi și neobligându-se decât în fața liderului asocierii, contestatoarea invocă impactul produs prin intrarea în insolvență a liderului asocierii asupra contractului de lucrări, care ar putea afecta atât beneficiarul lucrării, cât și toți subcontractanții/furnizorii de materiale implicați direct sau indirect în executarea contractului.

Pe de altă parte, contestatoarea atrage atenția asupra faptului că, semnarea contractului cu un operator economic aflat în situația prevăzută la art. 181 lit. a) din OUG nr. 34/2006 contravine și subclauzei 15.2 din Condițiile generale și speciale de contract.

Prin urmare, în situația în care autoritatea contractantă ar încheia contractul cu un operator economic aflat în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006, contestatoarea apreciază că s-ar crea un avantaj pentru acesta în raport cu ceilalți participanți la procedură, fiind astfel încălcat principiul nediscriminării.

Prin adresa nr. 3081/23.01.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 2406/24.01.2014, autoritatea contractantă a transmis, prin fax, punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de ..., același punct de vedere fiind transmis și ulterior, prin poștă, însoțit

de copia dosarului achiziției publice și a ofertei depusă de asocierea ..., fiind înregistrat la Consiliu cu nr. 2588/27.01.2014.

Referitor la criticile formulate de contestatoare, autoritatea contractantă arată că asocierea ... a depus în cadrul ofertei, formularul nr. 2 – Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006, la lit. a) declarând că societatea nu a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul sindic.

Autoritatea contractantă arată că procedura insolvenței include procedura de reorganizare și/sau pe cea de faliment, relația dintre acestea din urmă, raportate la procedura insolvenței, fiind o relație de tipul parte – întreg. Prin urmare, în cazul în care împotriva unei societăți se deschide procedura de insolvență, doar în situația în care nu este aprobată reorganizarea acesteia sau în cazul în care, deși se aprobă, aceasta eșuează, societatea urmează să intre în procedura de faliment, falimentul reprezentând doar o fază, posibilă, dar nu și obligatorie a procedurii de insolvență.

Potrivit autorității contractante, în cazul în care o societate este în faliment, se poate spune că aceasta este în insolvență, însă reciproca nu este valabilă, motiv pentru care apreciază ca nefondate criticile contestatorei legate de acest aspect, și solicită, în consecință, respingerea ca nefondată a contestației.

Prin cererea de intervenție accesorie depusă, ... a solicitat, de asemenea, respingerea ca nefondată a contestației formulată de

În susținere, arată că, la art. 181 lit. a) din OUG nr. 34/2006 invocat de contestatoare, este folosită sintagma „autoritatea contractantă are dreptul(...)”, iar la art. 45 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE se prevede că „(...) poate fi exclus de la participarea (...)” ceea ce înseamnă că autoritatea contractantă are dreptul de a stabili incidența vreunui dintre cazurile ce atrag excluderea și, în funcție de situația concretă, de a aprecia dacă se impune excluderea ofertantului dintr-o procedură, excluderea neintervenind automat.

În plus, intervenienta apreciază că nu se află în niciuna din situațiile prevăzute la art. 181 lit. a) din OUG nr. 34/2006 și 45 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE, prin încheierea de la data de 26.11.2013, pronunțată de Tribunalul ... în dosarul 3946/93/ 2013, fiind deschisă doar o procedură generală, în cadrul căreia a fost, însă, menținut dreptul de administrare.

În ceea ce privește Directiva 2004/18/CE, intervenienta apreciază că aceasta are forță obligatorie pentru statul membru numai în ceea ce privește rezultatul de atins, autoritățile naționale urmând să hotărască alegerea fomei și metodei sale de aplicare. Prin urmare, apreciază că prevederile Directivei nu îi sunt aplicabile în mod direct, dar, chiar și în situația în care i-ar fi aplicabile, situația sa nu intră în sfera de aplicare a actului normativ, ... neaflându-se în stare de faliment, lichidare, încetare a activității, nici

în stare de administrare judiciară sau de concordat preventiv și nici nu face obiectul unei astfel de proceduri.

De asemenea, ... nu i-a fost ridicat dreptul de administrare, având în continaure dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile și de a dispune de acestea, potrivit art. 47 alin. (1) din Legea nr. 85/2006. În virtutea aceluiași argumente, apreciază că nu îi sunt aplicabile nici dispozițiile sub-clauzei 15.2 din Condițiile generale și speciale de contract.

Ca urmare a studierii dosarului aflat pe rolul Consiliului, contestatoarea a transmis notele de sedință nr. 11/14.02.2014, înregistrate la Consiliu cu nr. 4673/14.02.2014, prin care, în primul rând, invocă o eroare de redactare a obiectului contestației, precizând că, în loc de „(...) obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, cu declararea drept acceptabilă și conformă a ofertei ...”, solicită „obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, cu menținerea drept acceptabilă și conformă a ofertei ...”.

Pe fond, invocând prevederile art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006, clauza 15.2 lit. e) – Rezilierea contractului de către beneficiar, din documentul publicat în SEAP sub indicativul „... – condiții generale –[...] Condiții generale.doc.p7s” precum și ansamblul documentelor aflate la dosarul cauzei, contestatoarea apreciază că ..., care se află în starea de insolvență, desfășurându-și activitatea sub coordonarea unui ... (potrivit încheierii finale nr. ..., pronunțată de Tribunalul ... în dosarul nr. ...), se află în situația de a nu putea îndeplini contractul care i-a fost atribuit.

În sprijin, arată că în condițiile în care se află în procedura de insolvență, nicio bancă nu va credita societatea în cauză, orice venit ce urmează a intra în conturile acesteia fiind sechestrat și distribuit către creditorii înscriși în Tabelul preliminar al creanțelor (în care este precizată o datorie totală a ... de 23.133.628,21 lei).

Contestatoarea mai arată că, în condițiile în care... nu și-a îndeplinit obligațiile la plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor la asigurările sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, aspect rezultat din Tabelul preliminar al creanțelor, unde, printre creditorii figurează și ANAF București, Comuna ..., cu creanțe bugetare totale de 266.742 lei, autoritatea contractantă cunoscând aspectele respective, aceasta trebuia ca, în conformitate cu obligația din documentația de atribuire, potrivit căreia „(...) *Dacă există incertitudini referitoare la situația personală a unui operator economic, autoritatea contractantă poate solicita informații direct de la autoritățile competente*”, înainte de a lua o hotărâre cu privire la admisibilitatea ofertei, să solicite clarificări cu privire la situația economică a acestuia.

Nefăcând acest lucru, declararea drept admisibilă a ofertei ... este apreciată ca fiind abuzivă și nelegală, motiv pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și precizată.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică, a contractului de lucrări având ca obiect „Refacere sistem rutier ..., etapa I”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ...

Valoarea estimată a contractului este de 68.304.088 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procedurii au fost depuse 8 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatoarei, care au fost deschise la data de 01.10.2013, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. 37923.

Prin raportul intermediar nr.43245/30.10.2013, autoritatea contractantă a declarat admisibile un număr de 6 oferte, celelalte 2 oferte, respective depuse de S.C. ... S.R.L. și asocieria al cărei lider este S.C. ... S.R.L., fiind respinse.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, respectiv a deciziilor de respingere a ofertelor lor, S.C. ... S.R.L. și S.C. ...S.R.L. au depus contestații, care au fost soluționate de Consiliu prin decizia nr. ... 5015/ ... contestațiile fiind respinse.

Ulterior desfășurării etapei electronice, în urma evaluării finale a ofertelor, a fost încheiat raportul procedurii nr. 699/10.01.2013, potrivit căruia oferta depusă de asocieria ... a fost declarată câștigătoare, contestatoarea fiind clasată pe locul doi.

În urma comunicării acestui rezultat, a formulat contestația în analiză ..., solicitând anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. 701/10.01.2014 și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, cu declararea drept acceptabilă și conformă a ofertei În data de 14 februarie 2014, prin adresa nr. 11, își precizează cadrul procesual, solicitând „obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, cu menținerea drept acceptabilă și conformă a ofertei ...”.

În motivarea contestației, contestatoarea arată că împotriva ..., lider al asocierii câștigătoare, s-a deschis procedura insolvenței, fiind numit ... judiciar Expert Insolvență SPRL, astfel cum rezultă din încheierea pronunțată în data de 26.11.2013, de Tribunalul ... în dosarul 3946/93/2013. În sprijinul său, invocă prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006 și pe cele ale art. 45 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE. Prin concluziile depuse la data de 14 februarie 2014, contestatoarea mai arată că la masa credală sunt înscrise creanțe bugetare importante. Liderul asocierii câștigătoare, prin ... judiciar, a depus cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, arătând că societatea ... nu se încadrează în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006, nefiind în faliment. Mai mult, dispoziția legală lasă la latitudinea autorității contractante posibilitatea respingerii ofertantului, chiar și atunci când acesta s-ar afla în faliment. De asemenea, arată că împotriva societății s-a

deschis procedura generală, fiind păstrat dreptul de administrare, deci nu se află nici în situația menționată de directivă, respective de administrare judiciară. Mai arată intervenienta, prin ... judiciar, că singurul temei de drept aplicabil este art. 181 din ordonanță, care stabilește că poate fi exclus de la procedură ofertantul care a intrat în faliment, or situația sa nu este cea expusă de textul legal.

Având a se pronunța cu privire la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, Consiliul observă că aceasta sprijină apărările autorității contractante, încadrându-se în prevederile art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă și cuprinde elementele prevăzute la 63 din același act normativ, motiv pentru care, în temeiul art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, o va admite în principiu.

Pe fondul contestației, Consiliul observă că depunerea ofertelor a avut loc la data de 01.10.2013, societatea ... depunând declarație că nu se încadrează în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006, la data de 27.09.2013. De asemenea, aceasta a depus certificat de atestare fiscală nr. 1012577/05.09.2013, emis de Ministerul Finanțelor Publice Agenția Națională de Administrare Fiscală Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili și Certificat de Atestare Fiscală pentru Persoanele Juridice privind Impozitele și Taxele Locale emis de Consiliul Local ... din care rezultă că la data de 31.08.2013 nu are datorii la bugetul consolidat și bugetul local.

Se mai observă că cererea ce formează obiectul dosarului nr. 3946/93/2013 a fost înregistrată pe rolul Tribunalului ... în data de 18.11.2013, la cererea creditorului SC ... SRL, instanța pronunțându-se în data de 26.11.2013, prin încheierea 1068/2013. În încheierea respectivă, instanța a reținut următoarele: *„Admite cererea. Deschide procedura generala a insolvenței împotriva debitorului ..., înregistrata la ORC ... sub nr. J.23/1236/2002, CUI RO 3020100. Numeste ... judiciar pe EXPERT INSOLVENTA SPRL, care va indeplini atribuțiile prevăzute de art. 20 din legea 85/2006, cu o retributie provizorie de 1000 lei. Pune în vedere ...ului judiciar îndeplinirea formalităților privind menționarea la registrul comerțului a reprezentanților săi permanenți, potrivit art.252 din legea 31/1990. Dispune ca ...ul judiciar să trimită o notificare, în condițiile art.61 din legea 85/2006, privind deschiderea procedurii generale împotriva debitorului, tuturor creditorilor, debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori registrului asociațiilor și fundațiilor în care debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii, instanțelor judecătorești în a căror jurisdicție se află sediul declarat la registrul comerțului, și tuturor băncilor unde debitorul are deschise conturi. Fixează următoarele termene limită: • termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului 10.01.2014*

• termenul de verificare a creanțelor, de întocmire, afișare și comunicare a tabelului preliminar de creanțe 20.01.2014 • termenul de definitivare a tabelului creanțelor 04.02.2014 • data primei ședințe a adunării generale a creditorilor 27.01.2014 Pune în vedere ...ului judiciar să întocmească și să depună la dosar, rapoartele prevăzute la art. 54 și art.59 din legea 85/2006. În temeiul art. 4 din Legea privind procedura de insolvență, dispune deschiderea de către debitor a unui cont la o unitate bancară din care vor fi suportate cheltuielile aferente procedurii, în termen de 2 zile de la notificarea deschiderii procedurii; în caz de neîndeplinire a atribuției, contul va fi deschis de către ...ul judiciar. Eventualele disponibilități bănești vor fi păstrate într-un cont special de depozit bancar. Fixează termen pentru continuarea procedurii la 25.02.2014. Executorie. Cu apel, în termen de 7 zile de la comunicare. Pronunțată în ședință publică, azi 26 noiembrie 2013”

Rezultă din cele de mai sus, că la data depunerii ofertelor nu era depusă vreo cerere împotriva debitoarei ... de deschidere a procedurii insolvenței, aceasta fiind depusă în data de 18.11.2013, fiind pronunțată o hotărâre la data de 26.11.2013, deci la aproape două luni de la momentul depunerii ofertelor.

De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 181 din OUG nr. 34/2006, „Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații:

- a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic”.

După cum rezultă din textul legal citat, legiuitorul din România a stabilit pentru autoritatea contractantă un drept de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului doar pe ofertantul care a intrat în faliment, nu și pe cel împotriva căruia a început o procedură generală de insolvență. Prevederea în cauză este expresă, nefiind permis autorității contractante să își exercite dreptul său și în ceea ce privește alte situații ale debitorului de-a lungul procedurii insolvenței.

Societatea contestatoare invocă prevederile art. 45 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE, arătând că și situația debitorului aflat în reorganizare, afacerile îi sunt conduse de un ... judiciar sau activitățile sale comerciale sunt suspendate ori fac obiectul unui aranjament cu creditorii, s-ar aplica prevederea referitoare la dreptul autorității contractante de a-l exclude pe ofertant de la procedură, dar o asemenea interpretare extensivă a dispozițiilor art. 181 nu poate fi luată în considerare, interpretarea istorică a dispoziției respective fiind în contradicție cu argumentele invocate. Prevederea de la art. 181 lit. a) din OUG nr. 34/2006 îmbracă forma respectivă ca urmare a modificărilor introduce prin OUG nr. 76/2010. Anterior acestei modificări, prevederea în cauză stabilea

dreptul autorității contractante de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant care se află în următoarele situații: „este în stare de faliment ori lichidare, afacerile îi sunt conduse de un ... judiciar sau activitățile sale comerciale sunt suspendate ori fac obiectul unui aranjament cu creditorii sau este într-o situație similară cu cele anterioare, reglementată prin lege”.

În condițiile în care legiuitorul a înțeles să renunțe la această prevedere care stabilea dreptul autorității contractante de a-l respinge pe ofertant și în situația deschiderii procedurii generale a insolvenței, nimic nu conduce la concluzia că acest lucru ar fi posibil sub imperiul noii dispoziții legale, care stabilește un asemenea drept doar în situația falimentului. De altfel, o asemenea interpretare este logică, perioada de reorganizare fiind prevăzută tocmai pentru a da posibilitatea debitorului de a-și stabili situația financiară, or o interpretare în sensul eliminării de la orice procedură ar lăsa fără șanse orice societate în insolvență, în dauna creditorilor.

Nici existența creanțelor bugetare în tabelul creditorilor nu este de natură a conduce la respingerea ofertantului, fiind imposibil ca după deschiderea procedurii să se realizeze o plată către buget, fără aprobarea distribuției sumelor respective din tabelul creditorilor. Mai mult, situația ofertanților se ia în considerare la momentul depunerii ofertelor, și nu la momente ulterioare, pe parcursul evaluării ofertelor. Așa cum nu este posibilă admiterea unei oferte care la data stabilită de autoritatea contractantă avea datorii la bugetul de stat, iar ulterior, pe parcursul evaluării le-a achitat, nu este posibilă nici varianta inversă, ca un ofertant care nu înregistra datorii la momentul depunerii ofertelor, să fie eliminat pentru datorii a căror scadență este ulterioară depunerii acestora, pe perioada de evaluare a ofertelor.

Nu în ultimul rând, este de remarcat și faptul că dispozițiile art. 181 stabilesc un drept al autorității contractante de a respinge chiar și un ofertant aflat în faliment. Deci, dacă și în situația falimentului ofertantului, posibilitatea eliminării acestuia este lăsată de legiuitor la latitudinea autorității contractante, cu atât mai mult nu există nicio rațiune a considera că acceptarea și desemnarea drept câștigătoare a unui ofertant aflat în procedura generală a insolvenței (situație în care creanțele împotriva sa au o anumită vechime), ar fi o măsură nelegală.

Dimpotrivă, autoritatea contractantă ar fi acționat abuziv în situația în care ar fi respins ofertantul în cauză, încălcând dreptul acestuia de a participa la procedură, fără a avea un temei legal expres pentru o astfel de decizie.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de

concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de în contradictoriu cu ... - ... iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol, va dispune continuarea procedurii de atribuire. Pe cale de consecință, în temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție accesorie formulată de in ... judiciar.

Redactată în patru exemplare, cuprinde zece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...