



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... formulată de SC ... SA, cu sediul social în ... județul ... prin ... judiciar ..., reprezentată convențional de ... cu sediul procesual ales în ... în calitate de lider al asocierii SC ... SA – SCSA, având CUI ... împotriva procedurii de licitație deschisă privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ..., procedură organizată de către ... cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea procedurii de atribuire;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației,
- în cazul admiterii contestației, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării acesteia, constând în onorariu avocat.

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, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu

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 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... SC ... SA, critică procedura de licitație deschisă indicată mai sus, organizată de

În susținerea contestației sale, SC ... SA menționează că a fost titulara contractului de lucrări nr./08.11.2010 având ca obiect "Construcția stațiilor de transfer, a stațiilor de sortare și compostare, închiderea și reabilitarea depozitelor municipale neconforme și închiderea depozitelor necontrolate de deșeuri din zonele rurale din județul ...".

Situația contractului indicat mai sus a făcut obiectul Dosarului nr. .../108/2013 al Tribunalului ..., în care contestatoarea emitea pretenții financiare în legătură cu acesta. Prin Sentința civilă nr. 3245/03.05.2013, instanța admite acțiunea, obligând autoritatea contractantă la plata sumei de 12.658.597,8 lei reprezentând lucrări executate în baza respectivului contract. Totodată, Curtea de Apel ... prin Decizia civilă nr. 732/11.02.2014 respinge ca inadmisibil recursul formulat de autoritatea contractantă.

În acest sens contestatoarea precizează faptul că, până la această dată nu este încă reglementată situația juridică a contractului nr./08.11.2010.

Astfel, se arată că acest contract a fost încheiat tot în baza unei proceduri de achiziție publică, fiind actualmente suspendat, ca urmare a refuzului autorității contractante de a mai face plata lucrărilor executate în baza unor ordine de variație determinate de cantități suplimentare care au intervenit pe parcursul execuției acestuia. Cât timp soarta juridică a contractului încheiat cu SC ... SA nu este determinată și nu s-a stabilit gradul de executare a contractului și nu sunt încheiate acte care să consemneze acest lucru, prezenta procedură are ca obiect atribuirea unor lucrări cuprinse în alt contract și, teoretic, în sarcina altui operator economic.

Contestatoarea precizează că finalizarea prezentei proceduri și atribuirea contractului "rest de executat" va conduce la o situație problematică, în condițiile în care, încă nu s-a procedat la predarea lucrărilor executate, din culpa exclusivă a autorității contractante care refuză preluarea acestora astfel că era imposibilă determinarea lucrărilor pretins a fi neexecutate.

În contextul celor antemenționate, contestatoarea redă un fragment din cuprinsul Sentinței civile nr. .../03.05.2013 respectiv: "[...] în ceea ce privește conduita Contractantului-reclamantei instanța apreciază că

aceasta a fost una legală și în afara culpei contractuale. Din prevederile contractuale sus precizate, instanța reține că acestuia — respectiv reclamantei - în principal îi reveneau următoarele obligații: de a executa lucrările în conformitate cu scopul stabilit, de a informa/încunoștiința Inginerul, la solicitarea acestuia, de orice măsuri adoptate în executarea contractului și respectiv de a nu face modificări substanțiale privind executarea fără a înștiința în prealabil Inginerul. Contractantul — reclamanta și-a îndeplinit obligațiile sale și anume aceea de a executa contractul în conformitate cu scopul și finalitatea lucrărilor stabilite de părți precum și de a informa Inginerul, chiar în lipsa solicitărilor acestuia, așa cum s-a reglementat prin clauza 4 din contract".

De asemenea, contestatoarea menționează că pretențiile sale în legătură cu contractul inițial, fac la data prezentei obiectul dosarului nr. ...108/2013, aflat pe rolul Tribunalului Acest dosar fiind inițial suspendat pentru soluționarea celui principal - .../108/2013 dar care a fost repus actualmente pe rol. Dosarul cuprinde pretenții ale SC ... SA față de ..., derivate din același contract, cu caracter de costuri de finanțare, mobilizare, pază și penalități aferente debitului principal.

Așadar la data prezentei, contractul inițial de lucrări, care cuprinde inclusiv lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri, este supus controlului instanței în baza litigiilor prin care se încearcă reglementarea raporturilor ce derivă din acesta, situația fiind foarte sensibilă și complexă.

Totodată, contestatoarea afirmă că lucrările executate în baza contractului inițial nr./08.11.2010 nu au fost nicicând predate autorității contractante.

Având în vedere calificarea incertă a contractului, respectiv suspendarea acestuia, nu s-a efectuat vreodată o predare a șantierelor/lucrărilor executate/neexecutate, care să cuprindă și o determinare clară a lucrărilor realizate de către SC ... SA și a unor eventuale neconformități a acestora.

Contestatoarea precizează că deși, a inițiat o predare a amplasamentului, respectiv o recepție a lucrărilor executate, autoritatea contractantă a refuzat primirea, insistând că șantierul și lucrările executate încă se află în paza juridică a SC ... SA. ... însă, a efectuat un raport de expertiză extrajudiciară, prin care constată după mai bine de 2 ani, că anumite lucrări nu ar fi fost realizate de către ... și concluzionează că se impun remedieri (așa sunt ele calificate de către expert) și sunt determinate niște costuri. Aceasta este, probabil, rațiunea pentru care, în cadrul prezentei proceduri, o parte dintre lucrările ce se doresc a fi atribuite sunt menționate cu titlu de remedieri.

Astfel, contestatoarea susține că nu își însușește concluziile acestui raport de expertiză și că, actualmente se pune în discuție efectuarea în cadrul procedurii insolvenței a propriei expertize care să concluzioneze cu privire la aceleași șantiere care au făcut obiectul raportului autorității contractante, pentru a determina realitatea constatărilor acestuia din urmă.

De asemenea, în ipoteza în care Consiliul Județean nu cunoaște cu exactitate lucrările executate întrucât nu le-a preluat, consideră că sunt necesare anumite remedieri (cele contestate) iar drepturile/obligățiile contractuale sunt încă supuse controlului judiciar, în opinia contestatoarei este evident faptul că stabilirea valorii estimate a contractului nu s-a realizat în concordanță cu prevederile legale, respectiv art. 25 și următoarele din OUG nr.34/2006.

Mai mult, cantitățile de lucrări incluse în caietul de sarcini nu au o bază reală. Ca o consecință directă, cerințele de calificare și de selecție introduse în documentația de atribuire nu se raportează la cantități reale astfel că, întocmirea acestor documente/înscrisuri s-a realizat cu încălcarea prevederilor legislației achizițiilor publice.

Contestatoarea mai arată că pretențiile sale în legătură cu contractul inițial se suplimentează cu garanțiile constituite conform legii.

De asemenea, contestatoarea învederează faptul că pe durata contractului cu ..., acesta a reținut, conform legii și prevederilor contractuale anumite garanții care nu i s-au eliberat. De remarcat este însă faptul că sumele reținute cu titlu de garanții coincid cu suma indicată ca valoare estimată de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri.

Părțile contractuale inițiale nu au reziliat contractul, nu au stabilit de comun acord lucrările executate/neexecutate, nu au predat/ receptionat lucrările executate și recunoscute astfel de o instanță de judecată. În aceste condiții respectivele lucrări nu pot face obiectul unei alte proceduri de achiziție publică în condiții de legalitate, fiind nelegal un eventual contract viitor de lucrări având acest obiect.

Contestatoarea apreciază că inclusiv din punct de vedere practic situația nu are dezlegare, întrucât nu se știe ce se va întâmpla cu un eventual contractant desemnat câștigător în urma prezentei proceduri întrucât acesta va trebui să intre pe șantierul care, teoretic încă se găsește în paza sa juridică or, SC ... SA nu va avea niciun temei legal pentru a face predarea amplasamentului către un operator economic cu care nu are o relație contractuală.

Mai mult, art. 1226 Cod civil stipulează că obiectul obligației trebuie să fie determinat și licit, sub sancțiunea nulității absolute, or în speță, determinarea lucrărilor pretins a fi neexecutate sau care necesită închipuite remedieri s-a realizat unilateral de către autoritatea contractantă fără a corespunde realității.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea consideră că se află în situația reglementată de art. 209, alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006 deoarece abateri grave influențează procedura de atribuire și este imposibilă încheierea contractului.

În final, contestatoarea conchide că autoritatea contractantă a făcut o aplicare eronată a prevederilor legale incidente, care se abate de la principiile unei proceduri de achiziție publică. O astfel de procedură este *ab initio* viciată și nu poate fi remediată. Atribuirea lucrărilor neexecutate provenind din contractul cu SC ... SA nu poate fi realizată decât după

încetarea acestui contract și predarea lucrărilor executate în baza acestuia. Conduita autorității încalcă scopurile și principiile OUG nr. 34/2006, respectiv asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică și utilizarea eficientă a fondurilor publice.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației împreună cu punctul său de vedere nr. 8433 din 13.06.2014, înregistrat la Consiliu sub nr. ... din 17.06.2014, precizând că contestația formulată este nefondată, motiv pentru care solicită respingerea acesteia.

Autoritatea contractantă menționează că pentru finalizarea lucrărilor privind construcția stațiilor de transfer, stațiilor de compostare și a stației de sortare, închiderea și reabilitarea depozitelor neconforme de deșuri și închiderea depozitelor necontrolate, în județul ..., prin anunțul de participare numărul .../04.06.2014, a demarat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „.... ..” cu o valoare estimată de 6.029.113,43 lei fără TVA, din care valoarea lucrărilor este de 5.491.678,94 lei și valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute este de 537.434,49 lei, reprezentând 10% din valoarea contractului fără diverse și neprevăzute și fără organizare de șantier.

Parte din lucrările a căror atribuire a fost demarată au făcut obiectul Contractului de proiectare și execuție de lucrări nr. .../08.11.2010 încheiat între ... și Asocieria dintre SC ... SA și SC ... SA având termen de finalizare al lucrărilor de proiectare și execuție data de 07.10.2012.

În ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la faptul că situația juridică a Contractului de lucrări nr. 14573/08.11.2010 este incertă, acesta fiind în prezent suspendat, autoritatea contractantă susține că într-adevăr, a refuzat plata către SC ... SA a sumei de 12.658.597,8 lei, solicitată de aceasta pentru lucrări executate peste prețul Contractului nr. .../08.11.2010, în condițiile în care valoarea acestui contract nu a fost suplimentată cu suma de 12.658.597,8 lei în conformitate cu prevederile art. 122 lit. (i) din OUG nr. 34/2006.

Tribunalul ..., prin Sentința civilă nr. .../03.05.2014, irevocabilă urmare a respingerii recursului formulat de Unitatea Administrativ Teritorială Județul ..., a obligat autoritatea contractantă la plata sumei de 12.658.597,8 lei către SC ... SA, obligația de plată fiind îndeplinită în mod integral.

SC ... SA, prin adresa nr. 1.894/03.07.2012, a notificat autoritatea contractantă cu privire la suspendarea lucrărilor, în condițiile art. 16.1 din Partea „Condiții generale” a Contractului de lucrări nr. .../08.11.2010. Ulterior prin adresa nr. 6.473/12.09.2012 SC ... SA a notificat rezilierea Contractului nr. .../08.11.2010 invocând aplicabilitatea prevederilor 16.2 lit. a), b), c) și d) din cuprinsul acestuia. Notificarea de reziliere a Contractului nr. .../08.11.2010 a fost urmată de părăsirea lucrărilor la data de 11.02.2013, conform adresei SC ... SA nr. 451/05.02.2013.

De asemenea, prin adresa nr. 7.436/23.10.2012, SC ... SA a notificat asigurătorului SC ... SA rezilierea Contractului nr..../ 08.11.2010, iar acesta din urmă a procedat prin adresa nr. 3.623/09.11.2012 la înștiințarea

autorității contractante în sensul încetării obligațiilor de garantare pe care și le-a asumat, invocând rezilierea contractului de lucrări din culpa ...

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, în condițiile în care SC ... SA a notificat prin adresa nr. 6.473/12.09.2012, rezilierea contractului, a încetat toate lucrările și a părăsit șantierul, nu poate fi primită susținerea acestuia privind situația juridică incertă a Contractului de lucrări nr. .../08.11.2010, respectiv faptul că acesta este în prezent suspendat. Durata de execuție a lucrărilor, așa cum a fost prelungită prin Actul adițional nr. 4 la Contractul de lucrări nr. .../08.11.2010, a expirat la data de 07.10.2012.

Cu privire la remedierile care trebuie efectuate asupra lucrărilor executate de către SC ... SA în baza Contractului nr. .../08.11.2010, autoritatea contractantă menționează că pentru determinarea stadiului lucrărilor efectuate de S.C. ... S.A. până la rezilierea Contractului nr. .../08.11.2010, ... prin Contractul nr. 19/17.04.2013 a achiziționat servicii de expertiză tehnico-economică, în urma cărora prestatorul S.C. ... S.R.L. a întocmit Raportul de expertiză tehnică - Sistem de management integrat a deșeurilor solide în județul ... - 2013.

În baza raportului de expertiză susmenționat, prin adresa ... nr. 12.496/16.09.2013, a fost transmisă SC ... SA lista remedierilor ce se impun la lucrările de construire executate în baza Contractului nr. 14573/08.11.2010, cu precizarea că până la data de 18.09.2013, aceasta să comunice răspunsul cu privire la execuția acestor remedieri.

Prin adresa nr. 942/20.12.2013, ... SPRL, în calitate de ... judiciar al SC ... SA, arată faptul că nu își însușește concluziile raportului de expertiză realizat de SC ... SRL și solicită realizarea unei expertize comune, sub condiția aprobării realizării acesteia de către Comitetul creditorilor SC ... SA, aprobare care ar putea fi obținută în următoarea ședință a acestuia din luna ianuarie 2014.

Autoritatea contractantă arată că din cuprinsul contestației, rezultă că SC ... SA nu a luat nici până la această dată măsuri pentru efectuarea unei alte expertize, pentru a putea argumenta contestarea raportului de expertiză al autorității contractante, și nici măsuri pentru remedierea lucrărilor, contestatoarea precizând doar faptul că: *"actualmente se pune în discuție efectuarea în cadrul procedurii de insolvență a propriei expertize care să concluzioneze cu privire la aceleași șantiere care au făcut obiectul raportului autorității contractante, pentru a determina realitatea constatărilor acestuia din urmă, pe care îl contestăm"*.

Întrucât SC ... SA a refuzat să efectueze remedierile solicitate, ..., în calitate de autoritate contractantă, conform art. 8 lit. a) din OUG nr. 34/2006, este în drept să demareze procedura de achiziție publică având ca obiect execuția lucrărilor respective, precum și a lucrărilor necesare pentru finalizarea obiectivului de investiții „Construcția stațiilor de transfer, a stațiilor de sortare și compostare, închiderea și reabilitare a depozitelor municipale neconforme și închiderea depozitelor necontrolate din zonele rurale din Județul ..., România."

În acest sens, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 23 din Regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, aprobat prin HG nr. 273 din 14 iunie 1994, potrivit cărora dacă executantul nu își îndeplinește obligațiile, investitorul este în drept să execute remedierile pe cheltuiala și riscul executantului în culpă și să pretindă plata prejudiciului produs.

De asemenea, și în condițiile de derulare a Contractului nr. .../08.11.2010, potrivit prevederilor art. 11.4 lit. (a) din Partea „Condiții generale”, în cazul în care Contractantul nu remediază defectul până la data notificată, Angajatorul poate să execute lucrarea personal sau să o dea în execuție altora, pe cheltuiala Contractantului.

În ceea ce privește stabilirea valorii estimate a contractului în procedura contestată, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu Referatul nr. 6.163/22.04.2014 al Direcției Programe de Dezvoltare din cadrul ..., aceasta a fost efectuată pe baza Raportului de expertiză tehnică - Sistem de management integrat a deșeurilor solide în județul ... - 2013, întocmit de SC SRL, prin care a fost determinat restul de executat, prin inventarierea tuturor lucrărilor efectuate în baza Contractului nr. .../08.11.2010, incluzând și remedierile, expertiză ale cărei concluzii nu au fost înlăturate în vreun fel, nefiind încălcate prevederile art. 25 din OUG nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă menționează că valoarea estimată de 7.476.100,66 lei, inclusiv TVA, aferentă Contractului de lucrări pentru proiectul „....” a fost aprobată prin art. 1 din Hotărârea ... nr. 112/25.04.2014.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei privind încălcarea prevederilor OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă susține că procedura contestată este licitația deschisă, o procedură competitivă, iar prin contestația formulată nu au fost aduse critici asupra criteriilor de calificare și selecție sau asupra altor elemente din documentația de atribuire care să poată fi considerate a fi restrictive sau în contradicție cu prevederile legislației achizițiilor publice și nici nu au fost prezentate fapte de natură a fi considerate abateri, pentru a putea fi admisă solicitarea de anulare a procedurii de achiziție publică demarată de ... prin anunțul de participare numărul ...

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .../04.07.2014, SC ... SA formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului, în care menționează că prin punctul de vedere formulat de către autoritate, aceasta urmărește acreditarea unei teze surprinzătoare, lipsită de substanță, conform căreia procedura de achiziție ar putea continua nestingherită de problemele litigioase, fără însă a prezenta argumentele unei asemenea teze.

Față de această susținere contestatoarea afirmă că autoritatea însăși recunoaște existența problemelor sesizate, admitând chiar și că ele nu sunt încă soluționate. Or, în această situație, susținerile ... de continuare a procedurii, sunt contrazise de propriile lui apărări.

Cu privire la situația juridică a contractului nr. 14573/08.11.2010, contestatoarea precizează că incertitudinea situației contractului indicat, se referă, cu precădere, la lucrările executate în baza acestuia, respectiv lucrările recunoscute ca fiind executate, plățile care mai trebuie efectuate în baza contractului, situația garanțiilor constituite și încheierea unui proces-verbal de recepție care să consemneze exact lucrările executate și preluate de autoritatea contractantă.

În acest sens, contestatoarea învederează că nici măcar în ceea ce privește încheierea acestui contract, părțile nu au o opinie conciliabilă. Deși autoritatea contractantă face trimitere la adresa SC ... SA de reziliere a contractului, în realitate nu susține acest punct de vedere ci, în opinia sa, contractul a încetat prin ajungere la termen, opinie eronată însă, care nu ține cont de suspendarea îndelungată a lucrărilor generată de propria culpa.

Rezilierea contractului intervenind din culpa exclusivă a autorității contractante, contestatoarea redă câteva prevederi contractuale din contractul depus de CJA la dosarul achiziției publice:

Sub-Clauza 16.2. - "Alegerea Contractantului de a rezilia Contractul nu va prejudicia nici un alt drept al acestuia, potrivit contractului sau altfel."

Sub-Clauza 16.3. - "După ce înștiințarea de reziliere a intrat în vigoare [...], Contractantul, în mod prompt: [...]"

b) va preda Documentele Contractului, Instalațiile și Materialele și alte lucrări pentru care a fost plătit. [...]"

Sub-Clauza 16.4 - "După ce înștiințarea de reziliere a intrat în vigoare [...] Angajatorul, în mod prompt:

a) Va restitui Contractorului Garanția de Bună Execuție,

b) Va plăti Contractantul potrivit Sub-Clauzei 19.6 și va plăti Contractantului valoarea oricăror pierderi de profit sau a oricăror pierderi sau daune suferite de Contractant ca o consecință a acestei rezilieri".

Or, nu s-a realizat predarea-primirea lucrărilor executate, părțile nu au convenit cu privire la lucrările efectuate și nici nu s-a procedat la plata către SC ... SA a pierderilor de profit, respectiv daune suferite, dovada în acest sens fiind inclusiv dosarul nr. .../108/2013 aflat pe rolul Tribunalului ..., pe care autoritatea contractantă îl trece complet sub tăcere.

Contestatoarea afirmă că în acest sens este relevantă poziția sa cuprinsă în adresa de reziliere nr. 6473/12.09.2012 la finele căreia se menționează: "Vă solicităm ca în aplicarea prevederilor și drepturilor noastre contractuale să asigurați îndeplinirea și achitarea tuturor sarcinilor care vă revin, astfel încât îndeplinirea obiectului contractului să poată beneficia de o posibilitate de realizare ulterioară", însă nici până în prezent ... nu a procedat la reglementarea restului de obligații financiare pe care le are față de SC ... SA, motiv pentru care există o situație echivocă în ceea ce privește dreptul de proprietate asupra lucrărilor, fazele realizate deja etc.

Astfel, contestatoarea susține că în prezent, nu există o situație reală clară și necontestată cu privire la restul lucrărilor de executat, lucrările

care au intrat în proprietatea autorității contractante și de care ar putea dispune și obligațiile de plată pe care le mai are față de SC ... SA. Consecința acestui fapt, asupra procedurii și interesului public servit doar prin soluția de admitere a contestației este faptul că, nefiind corect determinate lucrările pe care Consiliului Județean le poate licita, se va angaja cheltuirea banilor publici comunitari pentru lucrări care în realitate nu trebuie făcute și care nu ar trebui nici angajate.

Referitor la pretensele remedieri care trebuie efectuate asupra lucrărilor executate, contestatoarea afirmă că raportul de expertiză la care autoritatea face trimitere a fost realizat fără implicarea SC ... SA și este neasumat de către aceasta. Fără a contrazice capacitatea ... de a contracta orice fel de servicii și de a emite orice acte interne, demersul de a realiza această lucrare este cel puțin discutabil, având în vedere că elementele reținute în cadrul lucrării nu corespund realității. Este de esența expertizării unei stări de fapt prezența tuturor părților interesate, tocmai pentru ca respectivul raport de expertiză să conducă la concluzii corecte și opozabile tuturor părților.

Contestatoarea menționează că deși, așa cum reiese din adresa ... SPRL nr. 942/20.12.2013, la data de 28.10.2013, părțile au stabilit de comun acord realizarea unei expertize comune, autoritatea nu a ținut seama de acest acord, și a demarat o procedură de expertizare în lipsa sa.

În ceea ce privește valoarea estimată a procedurii și modul de stabilire a criteriilor de calificare și selecție, nefiind recepționate lucrările efectuate, contestatoarea își exprimă nedumerirea față de cum poate stabili un terț în numele autorității contractante restul lucrărilor de executat și valoarea reală a acestora.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect "...»" elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. ... conform căruia valoarea estimată este de 6.029.113,43 lei, la care se adaugă TVA.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

În urma publicării anunțului și documentației de atribuire, a formulat contestație SC ... SA, în calitate de executant al contractului al cărui rest de executat se licitează prin prezenta procedură, arătând că:

- prin sentința civilă nr. ...03.05.2013, autoritatea contractantă a fost obligată să plătească executantului suma de 12.658.597,8 lei reprezentând lucrări executate în baza ordinelor de variație în temeiul respectivului contract;
- prin aceeași sentință civilă s-a reținut că societatea contestatoare și-a executat obligațiile conform contractului, situațiile de lucrări fiind însușite de reprezentantul beneficiarului;
- în documentația de atribuire redactată cu ocazia procedurii a cărei anulare se solicită, autoritatea contractantă a întocmit caiete de

sarcini conținând cantități de lucrări incerte, stabilind cerințe de calificare în consecință, fapt de natură să contravină principiilor achizițiilor publice;

- autoritatea contractantă a refuzat preluarea șantierului, prin urmare nu poate stabili cu certitudine, obiectul contractului, respectiv restul lucrărilor de executat;
- valoarea estimată nu a fost stabilită conform reglementărilor legale, din moment ce nu se cunoaște exact necesarul lucrărilor;
- procedura în referință se interferează cu un proces aflat pe rol, respectiv dosarul nr. .../108/2013, care trebuie să stabilească situația juridică a contractului nr. .../08.11.2010, deci autoritatea trebuia să aștepte reglementarea situației juridice a acestui contract, iar apoi să demareze o nouă procedură;
- valoarea estimată coincide cu valoarea garanției de bună execuție reținută, ceea ce trădează intenția autorității de a finanța lucrările care urmează a fi contractate din banii contestatoarei.

În replică, autoritatea contractantă susține că situația juridică a contractului nr. .../08.11.2010 este clară, chiar societatea contestatoare notificându-i rezilierea prin adresa nr. .../12.09.2012 din culpa beneficiarului, în temeiul art. 16.2. lit. a, b, c și d, urmată de părăsirea lucrărilor în data de 11.02.2013, conform adresei nr. 451/05.02.2013. De asemenea, autoritatea mai arată că prin adresa nr. 7.436/23.10.2012, SC ... SA a notificat asiguratorului SC SA rezilierea Contractului nr.../ 08.11.2010, iar acesta din urmă a procedat prin adresa nr. 3.623/09.11.2012 la înștiințarea autorității contractante în sensul încetării obligațiilor de garantare pe care și le-a asumat, invocând rezilierea contractului de lucrări din culpa ... În urma rezilierii, autoritatea a contractat servicii de expertiză tehnico-economică, în urma cărora prestatorul S.C. ... S.R.L. a întocmit Raportul de expertiză tehnică - Sistem de management integrat a deșeurilor solide în județul ... - 2013, în baza căruia prin adresa ... nr. 12.496/16.09.2013, a fost transmisă SC ... SA lista remedierilor ce se impun la lucrările de construire executate în baza Contractului nr. .../08.11.2010, cu precizarea că până la data de 18.09.2013, aceasta să comunice răspunsul cu privire la execuția acestor remedieri. Prin adresa nr. 942/20.12.2013, ... SPRL, în calitate de ... judiciar al SC ... SA, arată faptul că nu își însușește concluziile raportului de expertiză realizat de SC ... SRL și solicită realizarea unei expertize comune, sub condiția aprobării realizării acesteia de către Comitetul creditorilor SC ... SA, aprobare care ar putea fi obținută în următoarea ședință a acestuia din luna ianuarie 2014.

Din cuprinsul documentelor de la dosar și din susținerile părților, Consiliul reține că, într-adevăr, între părți a existat un contract intitulat „Sistem de management integrat a deșeurilor solide în județul ...”, lucrările a căror atribuire se urmărește prin prezenta procedură având ca obiect „rest de executat” al lucrărilor executate parțial de contestatoare în baza contractului respectiv. Pe parcursul executării

acestui contract, între părți au apărut o serie de neînțelegeri legate de cuantumul sumelor solicitate în baza ordinelor de variație, fapt ce a dus la nașterea unor litigii, unul soluționat irevocabil în favoarea contestatoarei, autoritatea fiind obligată la plata sumei de 12.658.597,8 lei, sumă achitată de autoritatea contractantă până la momentul prezentei. În prezent, pe rolul Tribunalului Județean ... se află dosarul nr. .../108/2013, cu termen în data de 22.07.2014, având obiect, conform portalului instanței respective, „litigiu privind achizițiile publice”. Deși din cuprinsul contestației nu rezultă că înțelegerea contractuală anterioară ar fi fost reziliată, potrivit documentelor depuse la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, însăși contestatoarea a notificat, prin adresa nr. 6473/12.09.2012, rezilierea contractului din culpa beneficiarului, în temeiul art. 16.2. lit. a, b, c și d, urmată de părăsirea lucrărilor în data de 11.02.2013, conform adresei nr. 451/05.02.2013. Prin urmare, în situația în care chiar contestatoarea a notificat rezilierea, așa cum rezultă din documentele aflate la dosar, nu poate susține în acest moment că acel contract ar avea o situație incertă. Totodată, este de remarcat și faptul că autoritatea contractantă, deși i s-a notificat rezilierea contractului și părăsirea șantierului, deși își însușește faptul că la acest moment nu mai există raporturi juridice între părți, în urma rezilierii de către executantul lucrărilor, nu a făcut dovada convocării comisiei de recepție în urma adresei nr. 451/05.02.2013, prin care contestatoarea îi notifică părăsirea șantierului, fapt ce ar fi fost de natură să scurteze litigiul dintre părți. Chiar dacă lucrările nu erau finalizate, exista posibilitatea recepționării parțiale a lucrărilor, astfel încât să se cunoască exact situația de fapt la finalul contractului, caracterul conflictual al raporturilor dintre părți reieșind cu prisosință din documentele întocmite de părți.

Chiar dacă între părți are loc un litigiu cu privire la contractul anterior, nu există nicio dispoziție legală potrivit căreia autoritatea contractantă să nu finalizeze lucrările executate parțial, cu atât mai mult cu cât chiar contestatoarea a notificat rezilierea contractului, din culpa autorității contractante. Indiferent de situația decontărilor în contractul anterior, nimic nu o împiedică pe autoritate să inițieze o nouă procedură. Dimpotrivă, interesul public impune ca investiția demarată să fie finalizată operativ, tocmai pentru a se evita degradarea lucrărilor deja executate.

Contestatoarea își justifică interesul în prezenta cauză prin necesitatea menținerii situației de fapt existente, astfel încât, în cadrul procesului aflat pe rol, să se administreze probatoriul necesar. O asemenea solicitare, deși din punct de vedere a litigiului aflat pe rolul instanței poate fi justificată, în ceea ce privește procedura de achiziție în analiză, ea nu este fundamentată. Astfel, deși contestatoarea ar putea fi vătămată de atribuirea contractului și executarea unor lucrări care ar schimba situația în șantier, o expertiză în situația dată, nefiind de natură să lămurească starea șantierului la momentul rezilierii

contractului, deci, sub acest aspect, interesul său nu poate fi pus la îndoială, ea nu invocă un interes de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant, ci, dimpotrivă, nu dorește realizarea lucrărilor, interesul său fiind diametral opus de interesul autorității, care dorește finalizarea investiției. Pe de altă parte, fondurile europene deja consumate în cadrul acestui proiect, impun realizarea investiției, tocmai pentru a se evita situația impunerii unor corecții financiare sau chiar pierderea sumelor alocate în cadrul programului european FEDR POS MEDIU, deci interesul public reclamă realizarea urgentă a investiției.

În cazul de speță, contestatoarea supune analizei Consiliului situația juridică a contractului anterior, și doar tangențial critică documentația de atribuire, în ceea ce privește anumite consecințe care ar rezulta din modul în care s-a derulat respectivul contract. Contestatoarea nu invocă o anumită vătămare în legătură cu o eventuală imposibilitate de participare la procedură din cauza unor prevederi restrictive, ci, dimpotrivă, invocă o anumită grabă în demararea procedurii, considerând-o inoportună până la finalizarea litigiului existent între părți, oportunitate care nu poate forma obiectul analizei Consiliului, o asemenea atribuție revenind exclusiv autorității contractante.

Consiliul nu poate lega cursul procedurii aflată în analiză de situația contractului anterior sau a litigiului aflat pe rolul instanței, posibilitățile de verificare potrivit competențelor legale limitându-se la verificarea documentației de atribuire criticată de contestatoare.

Demn de remarcat este faptul că societatea contestatoare nu invocă un eventual caracter restrictiv al documentației de atribuire care i-ar restricționa accesul la procedură, ci interesul public, în sensul că o parte din lucrările rest de executat care apar în caietul de sarcini, ar fi deja executate, or autoritatea contractantă ar putea să le deconteze de două ori, iar în ceea ce privește interesul său, arată că între valoarea estimată a contractului a cărui atribuire se urmărește și valoarea garanției de bună execuție reținută există identitate perfectă, fapt de natură a genera suspiciuni în legătură cu sursa de finanțare a noului contract. Autoritatea contractantă nu neagă posibilitatea realizării lucrărilor din banii reținuți drept garanție de bună execuție, dimpotrivă, în punctul de vedere formulat, arată că potrivit contractului nr./08.11.2010, în cazul în care Contractantul nu remediază defectele până la data notificată, Angajatorul poate să execute lucrarea personal sau să o dea în execuție altora, pe cheltuiala Contractantului. Astfel, ambele părți ale litigiului de față supun analizei Consiliului elemente ale vechiului contract, în legătură cu care singura care are competența de a se pronunța, este instanța de judecată.

Potrivit anunțului de participare nr. ... sursa de finanțare este FEDR POS MEDIU, Bugetul de stat, Bugetul local. Deci, în documentația de atribuire atacată de contestatoare, nu există nicio dispoziție din care să rezulte că sursa de finanțare ar fi doar bugetul local, respectiv din executarea garanției de bună execuție, astfel cum își exprimă temerea și surprinderea societatea contestatoare. Mai mult, chiar și în situația în

care autoritatea ar trece la executarea garanțiilor pentru plata lucrărilor pe care le va executa în baza contractului a cărui atribuire o urmărește, așa cum susține în punctul de vedere autoritatea, teama contestatoarei că un asemenea eveniment s-ar produce, este nejustificată, în condițiile în care, dată fiind situația juridică a societății contestatoare, respectiv insolvența, compensarea garanției de bună execuție cu contravaloarea lucrărilor executate pe cheltuiala contractantului trebuie să urmeze procedura prevăzută de Legea nr. 85/2006, situație care permite ...ului judiciar să îi apere interesele printr-o cale mai eficientă decât prezenta contestație. Astfel, Consiliul nu poate fi chemat să apere pe contestatoare împotriva unei eventuale executări abuzive ori justificate a garanției de bună execuție, contestatoarea, prin administrator judiciar, având la dispoziție o multitudine de alte mijloace juridice. Prin urmare, identitatea sumei reprezentând valoarea estimată cu garanția de bună execuție reținută în contractul anterior nu este un motiv pentru Consiliu să anuleze prezenta procedură de atribuire. Riscul de a nu avea cu ce finanța lucrarea, în situația în care se bazează exclusiv pe sumele provenite din garanția de bună execuție, aparține autorității contractante, or, demarând o procedură de atribuire și semnând un contract, aceasta trebuie să aibă în vedere obligativitatea decontării lucrărilor.

În acest sens, dispozițiile art. 4 din HG nr. 925/2006 stabilesc în sarcina autorității contractante stabilirea programului anual al achizițiilor și a fondurilor aferente, Consiliul neavând atribuții de control în ceea ce privește existența sursei de finanțare. Dispozițiile amintite stabilesc următoarele: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a stabili programul anual al achizițiilor publice.

(2) Programul anual al achizițiilor publice se elaborează într-o primă formă până la sfârșitul ultimului trimestru al anului în curs și cuprinde totalitatea contractelor/acordurilor-cadru pe care autoritatea contractantă intenționează să le atribuie/încheie în decursul anului următor.

(3) Autoritatea contractantă are obligația, atunci când stabilește programul anual al achizițiilor publice, de a ține cont de:

- a) necesitățile obiective de produse, de lucrări și de servicii;
- b) gradul de prioritate a necesităților prevăzute la lit. a);
- c) anticipările cu privire la fondurile ce urmează să fie alocate prin bugetul anual.

(4) După aprobarea bugetului propriu, autoritatea contractantă are obligația de a-și definitiva programul anual al achizițiilor publice în funcție de fondurile aprobate și de posibilitățile de atragere a altor fonduri”.

Nici temerea contestatoarei legată de imposibilitatea executării viitorului contract nu este justificată, din moment ce nu ea va fi cea vătămată de acel contract, fiind lipsită de interes o asemenea susținere.

Potrivit dispozițiilor art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, „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, prin contestație, 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”. Prin temerile legate de viitorul contract, societatea contestatoare nu invocă o vătămare proprie, ci o vătămare a operatorului economic ce va fi declarat câștigător. Este posibil ca viitorul contract să genereze situații litigioase, dar o asemenea probabilitate teoretică, ce poate să apară în orice raport contractual, nu este de natură să conducă la blocarea investițiilor prin anularea procedurilor de atribuire.

Și în ceea ce privește caracterul incert al cantităților de lucrări, Consiliul nu poate accepta susținerile contestatoarei. Este adevărat că un asemenea risc este posibil, dar, chiar și în situația contractului anterior, în care contestatoarea a semnat contractul pentru totalitatea lucrărilor, practica a dovedit că variațiile acceptate și de instanță au fost semnificative, deci cantitățile nu au fost exacte. Și în această situație, societatea contestatoare nu are niciun interes în ceea ce privește conținutul și întinderea viitorului contract, din moment ce nu se arată interesată în a deveni contractant.

În concluziile scrise depuse, societatea contestatoare face, de asemenea, apel la clauzele contractului anterior, or, așa cum s-a arătat mai sus, singura în măsură să analizeze raportul juridic în cauză și consecințele sale, este instanța de judecată, și nu Consiliul.

Potrivit dispozițiilor art. 278 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, „Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate pronunța o decizie prin care îl anulează în parte sau în tot, obligă autoritatea contractantă să emită un act sau dispune orice altă măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire”.

Drept urmare, Consiliul nu observă în contestația formulată critici concrete legate de documentația de atribuire, respectiv prevederi considerate nelegale care ar impune remedieri ale actului atacat, ci, dimpotrivă, contestatoarea critică însăși organizarea procedurii, considerând-o inoportună în acest moment, deoarece se interferează cu procesul pe rol, or un asemenea motiv de anulare a procedurii de atribuire nu este reglementat de ordonanța de urgență.

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 SC ... SA, prin ... judiciar ... SPRL, în contradictoriu cu

Redactată în 4 exemplare, cuprinde cinsprezece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...