



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

... Str.Stavropoleos, nr.6 sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www. cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 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, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în având adresa de corespondență în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.U.I. RO ... reprezentată legal prin în calitate de lider al asocierii formată din ... - ... împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. ... emis de către ... cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de salubritate”, cod CPV 90900000-6 - Servicii de curățenie și igienizare (Rev.2), 90511100-3 - Servicii de colectare a deșeurilor urbane solide (Rev.2), 90600000-3 - Servicii de curățenie și igienizare în mediu urban sau rural și servicii conexe (Rev.2), 90919300-5 - Servicii de curățare a școlilor (Rev.2), se solicită:

- anularea raportului procedurii, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. 1 lit.b) din H.G. nr. 925/2006 coroborat cu art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006, precum și anularea adresei susmenționată și a tuturor actelor subsecvente;

- să se constate acceptabilitatea ofertei asocierii ... - ... „nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006 coroborat cu art. 36 alin. 1 lit.b) pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă”;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, precum și „deemnarea unei oferte câștigătoare dintre cele participante în cadrul procedurii de atribuire”.

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

DECIDE:

Admite excepția lipsei garanției de bună conduită, invocată de către ... și, pe cale de consecință, respinge contestația formulată de către ... cu sediul în în contradictoriu cu ... cu sediul în pentru neconstituirea garanției de bună conduită în conformitate cu prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

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 nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... din critică rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. , de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de salubritate”, cod CPV 90900000-6 - Servicii de curățenie și igienizare (Rev.2), 90511100-3 - Servicii de colectare a deșeurilor urbane solide (Rev.2), 90600000-3 - Servicii de curățenie și igienizare în mediu urban sau rural și servicii conexe (Rev.2), 90919300-5 - Servicii de curățare a școlilor (Rev.2), solicitând:

- anularea raportului procedurii, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 36 alin. 1 lit.b) din H.G. nr. 925/2006 coroborat cu art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006, precum și anularea adresei susmenționată și a tuturor actelor subsecvente;

- să se constate acceptabilitatea ofertei asocierii ...-... „nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006 coroborat cu art. 36 alin. 1 lit.b) pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă”;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, precum și „desemnarea unei oferte câștigătoare dintre cele participante în cadrul procedurii de atribuire”.

Contestatorul arată că, prin adresa nr. autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. 1 lit. b) din H.G. nr. 925/2006 coroborat cu art. 181 lit. c¹)

din O.U.G. nr. 34/2006, întrucât ... (fostă S.C. S.R.L.) a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale aferente acordului-cadru de furnizare produse nr. 9982/28.06.2012 pentru „Dulciuri, uleiuri, lactate și băuturi racoritoare”, potrivit Notificării nr. , precum și obligațiile aferente contractului de prestări servicii nr. , semnat pentru un număr de 7 proiecte POSDRU, pentru care trebuia să publice, câte 3 anunțuri în presa scrisă și câte 6 anunțuri online.

Ca un prim aspect, arată contestatorul, autoritatea contractantă invocă îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor aferente unor contracte din anul , încheiate cu ... deși, în anul , aceeași autoritate contractantă a declarat oferta sa admisibilă în două proceduri de achiziție publică (într-una fiind declarată chiar câștigătoare), fără a invoca neîndeplinirea/îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor aferente contractelor din anul (potrivit contractului de achiziție publică nr. semnat în , cât și comunicarea nr. prin care oferta sa a fost declarată admisibilă în cadrul unei alte proceduri, tot în anul). Astfel, contestatorul arată că nu înțelege ce a determinat autoritatea contractantă să invoce, după doi ani, nerespectarea unor clauze contractuale, deși, în urmă cu un an (în), ulterior contractelor din , cu aceeași autoritatea a fost încheiat un contract de achiziție publică.

În ceea ce privește motivul de respingere a ofertei sale, raportat la dispozițiile art. 36 alin. 1 lit. b) din H.G. nr. 925/2006, contestatorul arată că, în fișa de date a achiziției, la cap.III.2.1.a) „Situția personală a candidatului sau ofertantului”, s-a solicitat prezentarea Formularului 2, respectiv „Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006”, astfel că nu există condiționarea excluderii din procedură a ofertanților care se află sub incidența prevederilor art. 181 alin. 1 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006 (ca cerință minimă de calificare).

Includerea, în fișa de date, a unei „exprimări” ca, „încadrarea ofertantului în situația prevăzută la art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, atrage excluderea ofertantului din procedura de atribuire”, în opinia contestatorului ar fi eliminat orice dubiu cu privire la criteriile minime de calificare din procedura în cauză, contestatorul apreciind că, în lipsa unei astfel de mențiuni, nu există cerința expresă ca ofertantul să nu se încadreze în situația prevăzută la art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, sens în care se invocă jurisprudența C.N.S.C., respectiv Decizia nr. /... din

Contestatorul apreciază că cele două motive invocate de autoritatea contractantă, nu sunt reale și nu corespund (nu se încadrează) condițiilor impuse de art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/ 2006 coroborat cu art. 36 alin. 1 lit. b), care, ar justifica, respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă.

Referitor la motivul de respingere a ofertei sale privind îndeplinirea, în mod defectuos, a obligațiilor contractuale aferente acordului-cadru nr.9982/28.06.2012, având ca obiect „Furnizare de dulciuri, uleiuri, lactate și băuturi racoritoare”, potrivit Notificării nr. , „fapt ce a produs grave prejudicii Universității ... contestatorul arată că părțile acordului-cadru menționat (anexat) au fost Universitatea

Politehnica ... și S.C. S.R.L. (actuala ...), în calitate de promitent-furnizor.

În ceea ce privește Notificarea de Reziliere unilaterală a acordului-cadru nr. (anexată), comunicată de autoritatea contractantă prin adresa nr. , apreciată ca fiind actul care ar proba executarea defectuoasă a obligațiilor contractuale, contestatorul consideră că aceasta „nu are absolut niciun efect juridic în privința” sa, fiind neîntemeiată.

Astfel, invocând dispozițiile art. 1553, art. 1550, art. 1552, art. 1538 din N.C.C., contestatorul apreciază că nu se poate vorbi nici despre reziliere unilaterală pe bază de Notificare, nici despre prejudiciu (cuanum, gravitate) pentru partea presupusă în culpă, și susține că autoritatea contractantă nu a făcut dovada îndeplinirii defectuoase a obligațiilor contractuale și a întinderii presupuselor prejudicii.

Mai mult, susține contestatorul, și-a îndeplinit obligațiile asumate prin acordul-cadru nr. , a livrat cantitatea de marfă achitată de autoritatea contractantă, epuizând stocul mărfurilor contractante, astfel că nu există vreun motiv imputabil în sarcina sa, în sensul art. 181 alin. 1 lit. c¹ din O.U.G. nr. 34/2006. În acest sens, după cum se arată, acordul-cadru menționat a încetat, la un moment dat, în temeiul art. 1271 C.proc.civ., din motive care nu-i sunt imputabile.

Invocând practica Curții Europene de Justiție, raportat la dispozițiile art. 181 lit. c¹ - care a transpus art. 45 Secțiunea 2, cap. VII, alin. 2 „Situația personală a ofertantului” din Directiva Europeană nr. 18/2004/CE, care prevăd întrunirea cumulativă a trei condiții (neexecutare, culpă și prejudiciu), contestatorul apreciază că acestea nu sunt îndeplinite cumulativ pentru ca oferta sa să fie respinsă ca inadmisibilă.

De asemenea, contestatorul arată, raportat la dispozițiile art. 179 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, că procedura în cauză are ca obiect servicii de curățenie și igienizare, iar acordul-cadru din 2012 avea ca obiect furnizarea de dulciuri, uleiuri, lactate, băuturi răcoritoare, astfel cele două contracte având obiecte cu totul diferite, privind alte domenii de activitate.

Totodată, susține contestatorul, conform art. 11 din H.G. nr. 925/2006, îndeplinirea criteriilor de calificare poate fi probată cu mijloace edificatoare, în categoria mijloacelor edificatoare intrând și orice site oficial al unei instituții publice sau al unei alte entități abilitate de lege în acest scop, în speță, A.N.R.M.A.P. - instituția abilitată să centralizeze toate informațiile referitoare la incidentele apărute în executarea contractelor de achiziție publică.

Autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 97¹ din H.G. nr. 925/2006, susține contestatorul, întrucât nu a eliberat vreun document constatator care să conțină informații referitoare la îndeplinire/neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către societatea sa, în calitate

de prestator, A.N.R.M.A.P. nefiind sesizat cu privire la vreun incident privind executarea acordului-cadru nr. .

Mai mult, se arată că, în cazul furnizării de produse, „se poate întâmpla” ca prețul produselor să fie majorat în termen foarte scurt, apărând astfel cazul de impreviziune prevăzut de art. 1271 C.civ., în cazul prestării serviciilor de curățenie, fiind mai puțin probabil ca acestea să nu poată fi efectuate din cauze ce țin de teoria impreviziunii.

Contestatorul arată că, deși, în cazul în care, prejudiciul ar fi fost unul real, autoritatea contractantă avea posibilitatea reținerii garanției de bună execuție, raportat la dispozițiile art. 91 din H.G. nr. 925/2006, totuși nu i-a fost reținută garanția de bună execuție, constituită în temeiul art. 89 alin. 1 din același act normativ. Prin urmare, susține contestatorul, simpla afirmație a autorității contractante a existenței unui presupus prejudiciu, nu reprezintă o dovadă relevantă în acest sens.

În ceea ce privește motivul de respingere privind neîndeplinirea obligațiilor prevăzute în contractul de prestări servicii nr. pentru un număr de 7 proiecte POSDRU, câte 3 anunțuri în presa scrisă și câte 6 anunțuri online, contestatorul susține că a executat întocmai obligațiile contractuale, apreciind că nici această situație nu se încadrează în cazurile limitative prevăzute de dispozițiile art. 181 alin. 1 lit. c¹ din O.U.G. nr. 34/2006, pentru considerentele anterior arătate respectiv autoritatea contractantă nu a probat îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute în dispozițiile art. 181 alin. 1 lit. c¹).

Precizează că S.C. S.R.L.) a publicat informațiile de presă cu privire la cele 7 proiecte finanțate din fonduri europene și care fac obiectul contractului de prestări servicii nr. , integral online, la următoarele agenții de presă: MEDIAFAX, RADAR MEDIA, AMOSNEWS, AGERPRES, NEWSIN, iar articolele scrise au apărut, conform prevederilor contractuale, în cotidianul CURENTUL.

De asemenea, contestatorul arată că a efectuat comunicatele de presă, în conformitate cu prevederile contractului, care au apărut integral, online, la următoarele agenții de presă: MEDIAFAX, RADAR MEDIA, AMOSNEWS, AGERPRES, NEWSIN.

În continuare, contestatorul reiterează criticile cu privire la încălcarea prevederilor art. 97¹ din H.G. nr. 925/2006 de către autoritatea contractantă, A.N.R.M.A.P. nefiind sesizat cu privire la derularea contractului nr. 6002 din 18.04.2012.

În concluzie, contestatorul apreciază, „chiar și în situația în care ar fi fost aduse nu ne-am fi îndeplinit obligațiile”, că acestea nu pot fi încadrate în art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006, acestea nefiind de natură să producă prejudicii grave sau să perturbe activitatea autorității contractante.

În susținere, se invocă, jurisprudența C.N.S.C. (Decizia nr. /... din data de 16.05.2014), precum și practica Curții de Apel Constanța - Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr.295/CA/2012,

dar și decizia nr. 2068/2014, pronunțată de Curtea de Apel ... - Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal.

Contestatorul apreciază ambele motive de descalificare a ofertei sale neîntemeiate, având în vedere că autoritatea contractantă nu a dovedit neîndeplinirea acestora din motive imputabile societății sale, culpa sau vreun prejudiciu suferit în derularea respectivului contract, în conformitate cu dispozițiile art. 181 alin. 1 lit. c¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente.

În drept, se invocă dispozițiile art. 255, 256, 256², 266, 270, 271, 278, 280 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu adresa nr. /.../. Consiliul a solicitat ... să prezinte dovada constituirii garanției de bună conduită conform art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, conform art. 271¹ alin. 3 din același act normativ.

Prin adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , ... a depus actul adițional nr. /... la polița nr. , depusă la sediul autorității contractante.

Cu privire la noile reglementări legislative, contestatorul precizează următoarele aspecte:

- nu a avut posibilitatea blocării sumei de 25.000 de euro într-un cont al autorității contractante,

- autoritatea contractantă nu i-a precizat un anume cont sau o modalitate anume de a constitui această garanție,

- societățile de asigurare - reasigurare, „nu au încă” o ofertă pentru un produs denumit „garanție de bună conduită”, deși, conform prevederilor legislative, orice produs financiar nou are nevoie de aprobarea ASF, care, după cum se susține, nu a fost obținută de nicio societatea de asigurare - reasigurare până la momentul întocmirii adresei în cauză.

- astfel, dând dovadă de bună-credință, contestatorul apreciază că a făcut toate demersurile necesare în vederea obținerii unui document de natură să acopere riscurile autorității contractante, prevăzute în O.U.G. nr. 51/2014.

- solicitarea Consiliului privind dovada constituirii garanției de bună conduită, susține contestatorul, încalcă principiul fundamental al neretroactivității legii civile, întrucât a participat în cadrul procedurii în luna ianuarie, astfel, apreciind că legislația după care se desfășoară procedura în cauză este legislația aplicabilă care era în vigoare la data respectivă (anterior datei de 30 iunie 2014). În fișa de date, după cum se arată, este specificat că, în cazul depunerii unei contestații, dacă aceasta va fi respinsă de C.N.S.C., se vor aplica prevederile art. 278¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Astfel, contestatorul arată că societatea sa și-a asumat depunerea ofertelor în condițiile legislative de la momentul depunerii ofertelor (legea veche).

În privința efectelor viitoare ale situațiilor juridice trecute, se invocă Codul civil din 2009 care a preferat, ca regulă, soluția ultraactivității legii în vigoare la data nașterii situației juridice. Efectele produse în timp ale unei situații juridice, arată contestatorul, vor fi cele stabilite de legea în vigoare în momentul în care se realizează fiecare efect în parte, deci, legea nouă nu se poate aplica efectelor produse de aceste situații juridice înainte de intrarea ei în vigoare, deoarece, ar însemna o aplicare retroactivă a legii noi. De asemenea, în cazul în care legea nouă ar suprima o situație juridică, în opinia sa, ea poate fi aplicată numai efectelor viitoare, nu însă și efectelor produse de acea situație juridică înainte de intrarea în vigoare a legii noi.

Așadar, contestatorul consideră că îndeplinirea condițiilor impuse de prevederile art. 278¹ din OUG 34/2006 este suficientă și corectă pentru depunerea contestației.

În mod firesc, susține contestatorul, ordonanța ar fi trebuit „înțeleasă” cu referire la Contestațiile/Cererile/Plângerile depuse în cadrul unor proceduri de atribuire demarate ulterior datei de .

Actul adițional nr. ... la polița nr. , arată contestatorul, reprezintă, în fapt, un instrument de garantare emis în condițiile legii, în care se menționează că polița de asigurare acoperă și garanția aferentă situației de respingere a unei contestații conform O.U.G. nr. 34/2006, la suma asigurată de 109.695,00 lei, echivalentul a 25.000 euro. Mai mult, în cuprinsul acestui document sunt specificate, după cum se arată, toate informațiile asigurării riscului prevăzut la art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv:

- Suma asigurată, de 109.695,00 lei, echivalentul a 25.000 euro la cursul de 4.3878 lei pentru 1 euro (cursul din data de ...), respectând cerința prevăzută la alin. 4 lit. c);

- Perioada de valabilitate, de 120 de zile, respectiv până la data de 31.10.2014, respectând cerința prevăzută la alin. 5;

- În cuprinsul poliței de asigurare este specificat că, aceasta este „irevocabilă și prevede plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă ca inadmisibilă, precum și în situația în care asiguratul renunță la contestație, cu excepția cazului în care renunțarea s-a datorat adoptării de către BENEFICIAR a măsurilor de remediere necesare, conform art. 256³ alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, respectând cerința prevăzută la art. 271¹ alin. 1 și alin. 5 și la art. 271² alin. 3 din ordonanță.

Cu privire la eventuala excepție de tardivitate care ar putea fi invocată din cauza faptului că dovada constituirii garanției de bună conduită a înaintat autorității contractante în data de 08.07.2014, contestatorul apreciază, raportat la dispozițiile art. 271 alin. 1 coroborate

cu art. 270 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, că lipsa înaintării către autoritatea contractantă a dovezii constituirii garanției de bună conduită nu atrage respingerea contestației ca tardivă, cu atât mai mult cu cât instrumentul de garantare este în măsură să acopere riscurile pentru care a fost emis.

De asemenea, contestatorul precizează că garanția de bună conduită a fost constituită în termenul prevăzut de lege, fiind emisă la data de ... data înaintării contestației, conform art. 271¹ alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, iar autorității contractante i-a fost prezentată dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1), respectiv actul adițional nr. 4/... la polița nr. 0103707/14.012014.

Înscrisurile depuse, susține contestatorul, „serveau într-un total scopului menționat la art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006”, acoperind integral riscurile prevăzute de lege și de documentația de atribuire, apreciind că nu există niciun inconvenient pentru autoritatea contractantă de a executa garanția de participare, în cazurile prevăzute de art. 271¹ și 271² din OUG nr. 34/2006.

Invocând principiul proporționalității, prevăzut de art. 2 alin. 2 din ordonanță, „cărui îi trebuie dat un înțeles mai cuprinzător”, contestatorul consideră ca „fiind evident disproporționată o respingere a unei contestații pentru o scăpare minoră”, cum ar fi netransmiterea unui document, deși acesta există și este întocmit în condițiile legii. În opinia sa, trebuie să existe o corelare rezonabilă între fapta „incriminantă” și sancțiunea care îi poate fi aplicată.

Totodată, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligațiile ce îi revin conform art. 26 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006, astfel „In cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial”, respectiv nu a transmis, spre publicare, un anunț de tip erată cu privire la suma reținută în cazul formulării unei contestații conform noilor prevederi și nici modalitățile de constituire a acestor instrumente. Mai mult, arată contestatorul, autoritatea contractantă nu a răspuns solicitării exprese de a-i comunica aceste informații, respectiv adresei nr. , înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. ...

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele la care s-a făcut trimitere.

Prin adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , ... a invocat excepția neconstituționalității dispozițiilor art. 271¹ și art. II, introduse prin O.U.G. nr.51/2014 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind „garanția de bună conduită” și nereetroactivitatea legii civile, norme care, în opinia sa, sunt neconstituționale raportat la prevederile art. 21 alin. 1, alin. 2, art. 15 alin. 2, art. 53, art. 56 și art. 115 alin. 5 și alin. 6 din Constituția României, art. 6 alin. 1 teza a II-a C.civ., precum și art. 6 din C.E.D.O., solicitând Consiliului să soluționeze această excepție, conform art. 146 lit. d) din Constituție și art. 29-33 din

Legea nr. 47/1992, sens în care prezintă, pe larg, argumente în susținerea caracterului neconstituțional al dispozițiilor criticate.

Cu adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , ... a transmis punct de vedere cu privire la contestația depusă de către S.C. ... solicitând, pe cale de excepție, respingerea acesteia, ca inadmisibilă, iar, pe fond, ca netemeinică și nelegală, precum și continuarea procedurii.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca inadmisibilă, raportat la prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 51/2014, întrucât contestatorul nu a depus garanția de bună conduită, la sediul său, și nici o copie a acesteia, la C.N.S.C., la momentul depunerii contestației, astfel cum reiese din adresa nr. /.../... prin care i s-a solicitat dovada constituirii acesteia.

Autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. contestatorul i-a solicitat transmiterea informațiilor referitoare la constituirea garanției de bună conduită, de unde, în opinia sa, reiese fără echivoc faptul că, la momentul depunerii contestației, aceasta nu era constituită.

În data de arată autoritatea contractantă, contestatorul, prin adresa nr. , a transmis Actul adițional nr. la Polița nr. , reprezentând garanția de participare, „întocmit retroactiv”, prin care se specifică faptul că polița în valoare de 160.000 lei acoperă și cuantumul valorii de 109.000 lei, valoarea garanției de bună conduită.

Prin urmare, susține autoritatea contractantă, având în vedere că legislația în domeniu prevede ca garanția de participare să fie distinctă de garanția de bună conduită, actul adițional nr. 4 la Polița nr. , depus în data de , în opinia sa, conduce la concluzia că ... a transformat o parte din garanția de participare, în garanție de bună conduită, astfel că garanția de participare nu mai acoperă suma solicitată de autoritatea contractantă. Se arată că garanția de participare rămâne în valoare de 51.000 lei, deși conform specificațiilor fișei de date, valoarea acesteia este de 160.000 lei, fapt care, arată autoritatea contractantă, conform dispozițiilor 36 alin. 1 din H.G. 925/2006, ar conduce la declararea ofertei ca inacceptabilă.

Autoritatea contractantă susține că ... nu a făcut dovada constituirii garanției de bună conduită, în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 51/2014, ci a depus doar un act adițional întocmit retroactiv, care transformă o parte a garanției de participare în garanție de bună conduită.

Având în vedere aspectele prezentate, autoritatea contractantă solicită admiterea excepției de formă, invocată și respingerea contestației ca inadmisibilă.

În situația în care se va trece peste excepția invocată, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca netemeinică și nelegală, pentru următoarele aspecte:

Arată că a respins oferta Asocierii ... – S.C. ... în conformitate cu prevederile art. 181 alin. 1 lit. c¹ din O.U.G. nr. 34/2006, deoarece, în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos

obligatiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia, acest lucru, în opinia sa, nu reprezintă o cerință de calificare, astfel cum eronat susține contestatorul. Susținerile contestatorului, precum și referirile la art. 1550, art. 1552, art. 1553, art. 1558 din Noul cod de procedura civilă, arată autoritatea contractantă, nu sunt relevante și, cu atât mai mult, nu au legătură cu fondul cauzei, atâta timp cât procedura de atribuire a contractului s-a finalizat cu acordul-cadru, astfel cum este acordul - cadru definit la art. 3 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006.

În baza acordului-cadru, după cum se arată, s-au făcut comezi care nu au fost onorate, iar cele care au fost furnizate și facturate, nu au respectat prețurile oferite în cadrul procedurii, prin urmare, susține autoritatea contractantă, rezilierea unilaterală a contractului, a fost temeinică și legală. De altfel, arată autoritatea contractantă, prejudiciul creat nu poate fi determinat, iar justificarea făcută de către ... prin adresa nr. privind creșterea prețurilor nu putea fi acceptată, având în vedere prevederile art. 145 din O.U.G. nr. 34/2006

Referitor la cel de-al doilea contract neîndeplinit de către contestator (fostă S.C.), respectiv contractul de prestări servicii nr. pentru organizarea a 7 conferințe în cadrul a 7 proiecte POSDRU, autoritatea contractantă arată că neexecutarea contractului reiese și din rapoartele depuse în cadrul conferințelor, conform cărora s-au prestat doar serviciile de catering și realizarea documentelor suport, fără a face dovada, conform punctului 9.3 din contract, a publicării a cel puțin 3 anunțuri în presa scrisă și 6 anunțuri on-line pentru fiecare proiect, prin urmare, nu a publicat 21 anunțuri în presa scrisă și 42 anunțuri în presa on-line, încălcând astfel obligațiile contractuale asumate. Documentele atașate contestației, susține autoritatea contractantă, reprezintă anunțuri publicate pe site-urile proiectelor de către aceasta, raportul de presă - astfel cum îl denumeste contestatorul, nu face dovada publicării anunțurilor, atâta timp cât publicațiile nu au fost puse la dispoziția sa și nu au fost facturate.

Prin urmare, autoritatea contractantă susține că, nu și-a putut asigura în cele 7 proiecte, informarea și publicitatea proiectului, acest lucru făcând imposibil de îndeplinit obiectivele asumate prin cele 7 contracte de finanțare, astfel că, aceste încălcări repetate, i-au creat prejudicii și i-au perturbat grav activitatea.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de ... ca netemeinică și nelegală, precum și continuarea procedurii.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită să se constate „excepția de formă și netemeinicia contestației” și, pe cale de consecință, să se respingă contestația, dispunându-se continuarea procedurii.

Ca mijloc de probă, a fost depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , ... a răspuns cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, precizând următoarele:

Cu privire la afirmația autorității contractante referitoare la faptul că, la momentul depunerii contestației, aceasta nu ar fi fost constituită, contestatorul susține că este complet nejustificată, apreciind că dovada fără echivoc, stă în actul adițional nr. 4 - întocmit în data de ... data înaintării contestației.

Referitor la afirmația autorității contractante că „legislația în domeniu prevede ca garanția de participare să fie distinctă de garanția de bună conduită”, contestatorul susține că, „nicăieri” în legislația achizițiilor publice nu există, în mod expres, o astfel de precizare, sens în care, a invocat „deja” excepția de neconstituționalitate față de prevederile O.U.G. nr. 51/2014.

Contrar susținerilor autorității contractante care a apreciat că, prin întocmirea actului adițional nr. 4 la polița de asigurare care reprezenta garanția de participare la licitație, aceasta nu ar mai acoperi garanția de participare, contestatorul consideră, și această afirmație, nefondată, sens în care, precizează următoarele:

- Garanția de participare este de 160.000 lei, astfel, prin întocmirea actului adițional, a asigurat autoritatea contractantă că îi poate reține suma de 109.695,00 lei, în cazul respingerii contestației.

- Până la momentul respingerii contestației, garanția de participare rămâne de 160.000 lei. Abia după o eventuală respingere a contestației (și numai în cazul în care nu va semna un alt act adițional având ca obiect mărirea sumei, cu garanție colaterală - un nou bilet la ordin), autoritatea contractantă ar putea considera că garanția de participare rămâne de doar 51.000 lei. Până la momentul respectiv, autoritatea contractantă nu poate considera *a priori* că garanția sa de participare rămâne de doar 51.000 lei.

- Mai mult decât atât, în cazul respingerii contestației, oferta sa ar rămâne inacceptabilă, iar autoritatea contractantă nu s-ar mai afla în situația de a-i reține garanția de participare, cazurile în care garanția de participare se poate reține, în cazul unui acord-cadru, fiind reglementată de art. 87 din H.G. nr. 925/2006, respectiv: „Ofertantul...a) își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia sau c) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuza să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei”.

- Până la momentul unei eventuale respingeri a contestației, actul adițional nr. 4 semnat de către asigurător și de către societatea sa, contestatorul susține că acoperă întru-totul riscurile pentru care a fost întocmit, respectiv prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006. Mai mult decât atât, aceasta a fost întocmită în aceeași zi în care a fost înaintată și contestația, și respectă și celelele prevederi, respectiv: are o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, este irevocabilă și prevede plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în

măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă ca inadmisibilă”.

Ca mijloc de probă, a fost depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , ... ca urmare a studierii dosarului cauzei, a transmis „Concluzii scrise”, prin care a precizat următoarele:

Referitor la afirmațiile autorității contractante privind existența unui document constatator care ar atesta neîndeplinirea obligațiilor contractuale privind contractul nr. , în valoare de 46.015 lei, respectiv documentul constatator nr. , aflat la pagina 45 din dosarul aflat la C.N.S.C., despre care a luat la cunoștință în urma studierii dosarului, contestatorul susține că nu i-a fost comunicat, astfel că au fost încălcate prevederile art. 97¹ din H.G. nr. 925/2006, potrivit cărora autoritatea contractantă are obligația de a emite documentul constatator în trei exemplare, din care unul este remis operatorului economic, sens în care, arată că-l va contesta.

De asemenea, contestatorul precizează că va formula și o plângere penală împotriva domnului Mihai Corocaesu, care a semnat respectivul document.

Mai mult, arată contestatorul, acest document constatator face referire la un anumit contract având nr. , deși societatea sa nu a avut vreun contract în cu

Referitor la suma de 46.015 lei, contestatorul arată că, „nu se știe de unde rezultă”, cele 2 contracte din pentru care autoritatea contractantă a ales să-l descalifice făcând referire la cu totul alte sume. Astfel, susține contestatorul, chiar dacă ar fi existat un contract derulat necorespunzător în anul 2011, au trecut mai mult de 2 ani până în prezent, motiv pentru care, în opinia sa, documentul nu poate reprezenta o dovadă în sprijinul respingerii ofertei sale în temeiul art. 181 lit.c¹) din O.U.G. nr. 34/2006.

Având în vedere că, din documentul constatator nr. , nu se identifică quantumul presupusului prejudiciu, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a interpretat corect textul legal incident și nu a acordat valoarea convenită faptului că din documentul în discuție nu rezultă crearea, în patrimoniul beneficiarului, a vreunui prejudiciu rezultat dintr-o abatere profesională gravă a societății sale.

De asemenea, invocând dispozițiile art. 7 din H.G. nr. 925/2006 și art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul apreciază că scopul emiterii unui document constatator, de către o autoritate contractantă, este acela de a proteja în viitor, atât pe aceasta, cât și pe celelalte autorități contractante de un comportament necorespunzător al acestui operator economic, în sensul eventualei excluderi de la o altă procedură.

Ori, în speță, susține contestatorul, documentul constatator prezentat de către autoritatea contractantă nu are legătură cu societatea sa, iar pentru cele 2 contracte invocate în cuprinsul adresei nr. de

comunicare a rezultatului evaluării (contractele nr. și nr.), autoritatea contractantă nu a emis nici un certificat constatator negativ.

Precizează că, cu privire la contractele nr. și nr. , autoritatea contractantă nu a emis nici un document constatator, în condițiile legii și nu a făcut dovada îndeplinirii condițiilor impuse de lege.

Simpla afirmație că societatea sa a facturat mai mult decât oferta financiară, susține contestatorul, nu demonstrează culpa sa sau prejudiciul creat, deoarece autoritatea contractantă avea libertatea de a nu accepta la plată respectivele facturi, deși, ulterior, au fost emise facturile corecte care au fost și plătite de către ... sens în care, au fost anexate, atât facturile corecte, cât și dovada achitării acestora.

Contestatorul consideră că, cele două motive invocate de autoritatea contractantă pentru respingerea, ca inadmisibilă, a ofertei sale, „nu sunt legale”, apreciindu-le neîntemeiate, sens în care, reiterează criticile privind lipsa dovezii neîndeplinirii acestora din motive imputabile societății sale, culpa sau vreun prejudiciu suferit în derularea respectivului contract, în conformitate cu dispozițiile art. 181 alin. 1 lit. c¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

În susținere, au fost depuse, în copie, situația facturilor și încasărilor față de clientul Universitatea Politehnica ... precum și facturile fiscale acceptate la plata (însușite de beneficiar) și dovada achitării.

În drept, se invocă dispozițiile art. 255, art. 256, art. 256², art. 266, art. 270, art. 271, art. 278, art. 280 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006.

În aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza, mai întâi, excepția nedepunerii, de către ... a garanției de bună conduită, pe care autoritatea contractantă a invocat-o.

Constată, cu privire la respectiva excepție, că, la solicitarea Consiliului, ... a depus Actul adițional nr. /... la polița nr. , în care se menționează că polița de asigurare acoperă și “riscul de contestație”, la suma asigurată de 109.695,00 lei, echivalentul a 25.000 euro, “în cazul respingerii ca inadmisibilă de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (...) a unei eventuale contestații formulate de ASIGURAT, în conformitate cu art. 2711 din Ordonanța de urgență nr. 34/2006 (...)”. Se mai precizează în actul susmenționat, că suma se va plăti și în situația în care asiguratul renunță la contestație, cu excepția cazului în care renunțarea intervine ca urmare a adoptării unor măsuri de remediere, de către autoritatea contractantă.

În soluționare, Consiliul se raportează la dispozițiile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare conform căroră: „(1) *În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de*

*soluționare a acesteia. (2) **Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).** (3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii. (4) În situația în care Consiliul admite contestația, respectiv instanța competentă admite plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului de respingere a contestației, autoritatea contractantă are obligația de a restitui contestatorului garanția de bună conduită, în cel mult 5 zile de la momentul rămânerii definitive a deciziei/hotărârii. (5) În situația în care contestatorul se adresează direct instanței de judecată și aceasta admite cererea introdusă, prevederile alin. (4) se aplică în mod corespunzător. (6) Sumele încasate de autoritatea contractantă din executarea garanției de bună conduită reprezintă venituri ale autorității contractante”*

Totodată, se raportează la dispozițiile art. 43¹ din ordonanța de urgență, în conformitate cu care: “(1) **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 derulată până la încheierea contractului”.**

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că ... a constituit o singură garanție, prin polița de asigurare nr. 0103707/14.01.2014, adiționată cu actul nr. 4, urmând ca aceasta să funcționeze fie ca garanție de bună conduită, fie ca garanție de participare, funcție de caz, ceea ce este, în mod evident prohibit de dispozițiile legale invocate mai sus.

Prin urmare, ofertantul are obligația constituirii garanției de participare, care se depune odată cu oferta, pe de-o parte, în condițiile menționate de autoritatea contractantă și conform dispozițiilor legale, iar, pe de altă parte, la depunerea contestației trebuie să depună o garanție distinctă, de bună conduită, astfel cum impun dispozițiile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006 astfel cum a fost modificată prin ordonanța de urgență nr. 51/2014.

Consiliul constată, față de cele prezentate, că ... nu a constituit garanția de bună conduită în condițiile impuse prin lege astfel încât va admite excepția lipsei garanției de bună conduită, contestația urmând a fi respinsă ca atare.

Consiliul nu poate primi solicitarea autorității contractante de a respinge contestația ca inadmisibilă, deoarece prevederile O.U.G. nr. 51/2014, a căror aplicare o face, nu prevăd astfel, în situația în speță.

Nu pot fi reținute susținerile contestatorului potrivit cărora prevederile O.U.G. nr. 51/2014 nu sunt aplicabile procedurilor de atribuire inițiate înainte de apariția acesteia, deoarece, la articolul II al

Ordonanței se precizează expres: **“Contestațiile/Cererile/Plângerile aflate în curs de soluționare la Consiliu/Instanța de judecată la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să fie soluționate în condițiile și cu procedura prevăzută în legea în vigoare la data la care au fost depuse”**, ori, la data depunerii prezentei contestații, ... actul normativ susmenționat era în vigoare, fiind publicat în Monitorul Oficial din **30.06.2014**.

În ceea ce privește soluționarea, de către Consiliul a excepției neconstituționalității dispozițiilor art. 271¹ și art. II, introduse prin O.U.G. nr.51/2014 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind „garanția de bună conduită” și nerecoactivitatea legii civile, solicitată de către contestator, Consiliul o apreciază, ca inadmisibilă, pentru următoarele considerente:

Potrivit art. 146 lit. d din Constituția României, republicată, Curtea Constituțională are atribuția de a hotărî asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial. Conform art. 29 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată:

“(1) Curtea Constituțională decide asupra excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial privind neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță în vigoare, care are legătură cu soluționarea cauzei în orice fază a litigiului și oricare ar fi obiectul acestuia.

(2) Excepția poate fi ridicată la cererea uneia dintre părți sau, din oficiu, de către instanța de judecată ori de arbitraj comercial. De asemenea, excepția poate fi ridicată de procuror în fața instanței de judecată, în cauzele la care participă.

(3) Nu pot face obiectul excepției prevederile constatate ca fiind neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale.

(4) Sesizarea Curții Constituționale se dispune de către instanța în fața căreia s-a ridicat excepția de neconstituționalitate, printr-o încheiere care va cuprinde punctele de vedere ale părților, opinia instanței asupra excepției, și va fi însoțită de dovezile depuse de părți. Dacă excepția a fost ridicată din oficiu, încheierea trebuie motivată, cuprinzând și susținerile părților, precum și dovezile necesare.

(5) Dacă excepția este inadmisibilă, fiind contrară prevederilor alin. (1), (2) sau (3), instanța respinge printr-o încheiere motivată cererea de sesizare a Curții Constituționale. Încheierea poate fi atacată numai cu recurs la instanța imediat superioară, în termen de 48 de ore de la pronunțare. Recursul se judecă în termen de 3 zile.”

Așadar, unica autoritate de jurisdicție constituțională, se pronunță asupra excepțiilor de neconstituționalitate ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial, iar nu a organismelor administrativ-jurisdicționale, cum este cazul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (art.257 din Ordonanța de urgență a

Guvernului nr.34/2006). Atât Constituția, cât și legea de organizare și funcționare a instanței constituționale, stabilesc competența exclusivă a instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial de a sesiza Curtea Constituțională cu excepțiile de neconstituționalitate ridicate în fața lor. Relevantă în speță este și Decizia Plenului Curții Constituționale nr. II din 15 februarie 1995 privind înțelesul noțiunii de "instanță judecătorească" în cadrul controlului de constituționalitate pe cale de excepție, în care s-a concluzionat că sesizările Curții nu pot proveni decât de la instanțele judecătorești care, în sensul constituțional al termenului, sunt cele prevăzute la art.125 alin.1 din Constituție și de Legea nr.92/1992 pentru organizarea judecătorească, respectiv Curtea Supremă de Justiție, judecătoriale, tribunalele și curțile de apel (actuala Lege nr.304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, cu instanțele acolo prevăzute).

Pentru toate acestea, în temeiul art. 278 alin. 1 și 5 coroborat cu art. 271¹ alin. 2 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite excepția lipsei garanției de bună conduită, invocată de către ... și, pe cale de consecință, va respinge contestația.

Fără pronunțare asupra celorlalte excepții și asupra fondului cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 alin.3 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...