



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnsc.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. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de SC ... SRL, cu sediul în ... județul ... CUI ... și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de proiectare și execuție de lucrări de reconstrucție ecologică în cadrul proiectului "Reconstrucția ecologică în polderul Zaghen din Rezervația Biosferei Transfrontaliere Delta Dunării România/Ucraina", cod SMIS-CSNR 36276, coduri CPV 45252124-3, 45112000-5 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 03.07.2014, organizată de Municipiul ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

La 22.09.2014, SC ... SRL, cu sediul în ... județul ... CUI ... a înaintat Consiliului cererea de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante nr. 5469/22.09.2014, prin care solicită respingerea ca neîntemeiată contestației.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 271 ind. 1 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge contestația SC ... SRL nr. ... în contradictoriu cu Municipiul ...

În conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., încuviințează în principiu cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 5469/22.09.2014, depusă de SC ... SRL, și o admite în baza art. 278 alin. (2) din ordonanța de urgență menționată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL, lider al asocierii SC ... SRL - Acciona Ingineria SA - SC Tib Cons SRL, reclamă decizia autorității contractante Municipiul ... de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale și de declarare câștigătoare a ofertei SC ... SRL, în cadrul procedurii de atribuire amintită în partea introductivă, învederând în motivare că rezultatul stabilit de autoritate este eronat, întrucât asocierea a îndeplinit cerințele de calificare, pe de o parte, iar pe de altă parte, cea care nu îndeplinește cerințele este chiar ofertanta câștigătoare.

În punctul său de vedere nr. 24933/19.09.2014 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 27690/23.09.2014, autoritatea contractantă susține, în apărare, că societatea contestatoare nu a constituit și depus garanția de bună conduită impusă de art. 271 ind. 1 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, împrejurare care determină respingerea contestației. Se aduc apărări și pe fondul cauzei.

Aceeași argumentație este regăsită și în cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 08.05.2014, autoritatea contractantă Municipiul ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de proiectare și execuție de lucrări de reconstrucție ecologică în cadrul proiectului "Reconstrucția ecologică în polderul Zaghen din Rezervația Biosferei Transfrontaliere Delta Dunării România/Ucraina", estimate valoric la 53.378.388 lei, fără TVA.

Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 08.05.2014, alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse două oferte, respectiv cea a SC ... SRL, care a fost declarată câștigătoare, și cea a asocierii SC ... SRL - Acciona Ingineria SA - SC Tib Cons SRL, care a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, SC ... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, în contextul în care atât autoritatea contractantă, cât și ofertanta intervenientă au invocat lipsa depunerii de către contestatoarele a dovezii constituirii garanției de bună conduită, potrivit art. 271 ind. 1 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, este necesară verificarea veridicității acestei afirmații. În acest scop, cu adresa nr. 15974/...-.../24.09.2014, Consiliul a solicitat SC ... SRL copia dovezii constituirii garanției, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă, potrivit art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță. Contestatoarele a răspuns cu adresa nr. 839/25.09.2014, în cuprinsul căreia arată că se află în imposibilitatea constituirii garanției, dat fiind cuantumul foarte mare al acesteia (100.000 euro).

Adaugă că plata unei garanții de bună conduită, de care să fie condiționată judecarea contestației, contravine "principiului" gratuității căilor administrativ-jurisdicționale statuat de Constituție, reprezentând o sancțiune aplicată operatorilor economici pentru formularea de contestații/cereri/plângeri neîntemeiate. Condiționarea contravine și art. 1 alin. (1) și (3) din Directiva 89/655/CEE privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea procedurilor privind căile de atac în ceea ce privește atribuirea contractelor de achiziții publice de bunuri și de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE, care trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei garanții de bună conduită, precum cea reglementată de art. 271 ind. 1 și 2 din ordonanță.

Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin încheierea din 19 septembrie 2014, pronunțată în dosarul nr. 5024/2/2014, a admis o cerere de sesizare a Curții de Justiție a Uniunii Europene cu următoarea întrebare preliminară, în temeiul dispozițiilor art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene: "*Dispozițiile art. 1 alin. (1) al treilea paragraf și alin. (3) din Directiva 89/655/CEE [...] trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care*

condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei garanții de bună conduită, precum cea reglementată de art. 271 ind. 1 și art. 271 ind. 2 din O.U.G. nr. 34/2006."

Astfel fiind, contestația solicită Consiliului să constate că dezlegarea dată contestației sale depinde de soluția ce va fi pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, motiv pentru care, în aplicarea art. 413 alin. (1) pct. 1 C. proc. civ., se impune suspendarea judecării prezentei cauze până la pronunțarea unei decizii de către Curtea Europeană de Justiție.

Din răspunsul precitat, Consiliul reține culpa SC ... SRL constând în formularea contestației sale fără a constitui și depune garanția de bună conduită prescrisă de legiuitorul delegat.

Conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în redactarea de la ... dată la care a fost formulată și transmisă contestația:

Art. 271¹. - (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) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel:

a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b);

b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției.

(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă.

(6) În cazul în care, în ultima zi de valabilitate a garanției de bună conduită, decizia Consiliului sau hotărârea instanței de judecată nu este rămasă definitivă, iar contestatorul nu a prelungit valabilitatea garanției de bună conduită în

aceleași condiții de la alin. (1)-(5), autoritatea contractantă va reține garanția de bună conduită. Prevederile art. 271² alin. (3)-(5) se aplică în mod corespunzător.

(7) Prevederile alin. (1)-(6) se aplică în mod corespunzător și în situația în care plângerea împotriva deciziei Consiliului este formulată de o altă persoană decât autoritatea contractantă sau contestator, conform art. 281.

Față de normele redată, în vigoare și cunoscute de SC ... SRL începând cu 30.06.2014, contestatoarea era debitoarea obligației legale de a constitui o garanție de bună conduită în echivalentul în lei al sumei de 100.000 euro, dat fiind că valoarea estimată a achiziției depășește pragul valoric de la art. 55 alin. (2) lit. c) din ordonanță. În pofida acestei obligații, SC ... SRL a formulat contestația fără să constituie garanția necesară, garanția nefiind constituită nici măcar la acest moment, după cum ea însăși recunoaște.

Existența pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene a unui eventual litigiu vizând compliance art. 271 ind. 1 și 2 din ordonanță cu directivele de remedii nu exonerează contestatoarea de obligația legală de a constitui garanția în discuție.

În atari condiții, chestiunea neonorării obligației de constituire a garanției fiind lichidată, Consiliul se vede nevoit să aplice normele obligatorii ale art. 271 ind. 1 alin. (2) evidențiate mai sus și, pe cale de consecință, să respingă contestația SC ... SRL. Văzând că normele supracitate au prevalență în aplicare și împiedică organul de jurisdicție să analizeze contestația pe fond sau din punct de vedere al excepțiilor, contestația este respinsă indiferent și independent de analiza pe fond a ei.

Relativ la solicitarea contestatoarei de suspendare a cauzei până la soluționarea de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene a cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene de Curtea de Apel București, prin încheierea din 19 septembrie 2014, în dosarul nr. 5024/2/2014, SC Star Storage SA, petentă, împotriva Institutului Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică, intimat, Consiliul remarcă faptul că litigiul ce formează obiectul dosarului nr. 5024/2/2014 nu numai că nu are nicio tangență cu licitația Municipiului ... pentru reconstrucția ecologică în Rezervația Biosferei Transfrontaliere Delta Dunării, ci se poartă între alte subiecte.

Simpla existență pe rolul Curții Europene de Justiție a cererii Curții de Apel București de pronunțare a unei hotărâri preliminare privind art. 271 ind. 1 și 2 din ordonanță nu este de natură să determine suspendarea soluționării contestației SC ... SRL sau a tuturor proceselor din România în care se pune problema constituirii unei garanții de bună conduită.

Prin demersul său, SC ... SRL urmărește să blocheze pe termen nedefinit investiția estimată la 53.378.388 lei, fără TVA, a

Municipiul ... consecința probabilă constând în pierderea finanțării europene a ei (prin Programul Operațional Sectorial "Mediu") și prejudicierea gravă a interesului public, ceea ce a dorit să prevină legiuitorul delegat prin adoptarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2014.

Contestatoarea invocă art. 413 alin. (1) pct. 1 C. proc. civ., conform căruia instanța poate suspenda judecata când dezlegarea cauzei depinde, în tot sau în parte, de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecări, însă acest text legal lasă la aprecierea instanței dacă se impune sau nu luarea măsurii, respectiv un caz de suspendare facultativă. Consiliul, în prezenta pricină, este de părere că nu se justifică suspendarea, întrucât dezlegarea nu depinde de existența ori inexistența unui "drept care face obiectul unei alte judecări". Curtea Europeană de Justiție nu este chemată să se pronunțe asupra unui drept al contestatoarei, ci asupra complianței normei legale interne cu cea europeană. În consecință, incidentul procedural al suspendării nu își găsește locul în litigiul de față, ceea ce face ca solicitarea contestatoarei să fie respinsă ca neîntemeiată.

Practic, prin solicitarea de oprire temporară a cursului soluționării contestației, reclamanta SC ... SRL, sub pretextul existenței cererii pe rolul Curții Europene de Justiție, își invocă propria culpă, întrucât nimic nu o oprea să constituie garanția de bună conduită și, astfel, Consiliul să poată proceda la soluționarea contestației. Cu alte cuvinte, dacă reclamanta s-ar fi achitat de obligația legală constând în depunerea garanției, Consiliul putea trece la soluționarea pe fond a cauzei, independent de cererea aflată pe rolul Curții Europene de Justiție. Însă, prin neconstituirea garanției, reclamanta și-a creat un motiv de stopare a cursului firesc al cauzei.

Mutatis mutandis, în sprijinul respingerii cererii de sistare a soluționării contestației, Consiliul are în vedere și considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 188 din 6 martie 2012, prin care Curtea a constatat că opțiunea legiuitorului în sensul abrogării măsurii suspendării de drept se întemeiază pe faptul că invocarea excepțiilor de neconstituționalitate de către părți a fost folosită de multe ori ca modalitate de a întârzia judecarea cauzelor. Curtea a observat că, în condițiile în care scopul măsurii suspendării de drept a judecării cauzelor la instanțele de fond a fost acela de a asigura părților o garanție procesuală în exercitarea dreptului la un proces echitabil și a dreptului la apărare, prin eliminarea posibilității judecării cauzei în temeiul unei dispoziții legale considerate a fi neconstituționale, realitatea a dovedit că această măsură s-a transformat, în majoritatea cazurilor, într-un instrument menit să tergiverseze soluționarea cauzelor aflate pe rolul instanțelor judecătorești. Curtea a subliniat faptul că reglementarea a încurajat

abuzul de drept procesual și arbitrariul într-o formă care nu poate fi sancționată, atâta vreme cât suspendarea procesului este privită ca o consecință imediată și necesară a exercitării accesului liber la justiție. Astfel, Curtea a conchis că scopul primordial al controlului de constituționalitate - interesul general al societății de a asana legislația în vigoare de prevederile afectate de vicii de neconstituționalitate - a fost pervertit într-un scop eminent personal al unor părți litigante, care au folosit excepția de neconstituționalitate drept pretext pentru amânarea soluției pronunțate de instanța în fața căreia a fost dedus litigiul. Or, Curtea a reținut că, prin adoptarea Legii nr. 177/2010, voința legiuitorului a fost aceea de a elimina posibilitatea invocării excepției de neconstituționalitate în alt scop decât cel prevăzut de Constituție și lege, preîntâmpinând, pentru viitor, exercitarea abuzivă de către părți a acestui drept procesual. Mai mult, Curtea a observat că măsura adoptată asigură echilibrul procesual între persoane cu interese contrare, fiind menită să garanteze egalitatea de arme a acestora, prin determinarea cadrului legal de exercitare a drepturilor lor legitime.

Relativ la cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de SC ... SRL, văzând că această societate comercială, ca ofertantă declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ. Consiliul o încuviințează în principiu. Totodată, față de cele stabilite mai sus, în baza art. 278 alin. (2) din ordonanță, va admite respectiva cerere de intervenție.

Vizavi de convocarea contestatoarei și a intervenientei la sediul Consiliului pentru studierea actelor cauzei, ea nu se impune, deoarece nu ar influența în niciun fel soluția asupra contestației, ci doar ar tergiversa adoptarea deciziei de soluționare a ei.

Redactată în cinci exemplare, conține șapte pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...