



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. 158/29.06.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11807/30.06.2015, depusă de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului din ..., ... sub nr. ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări "Stație de tratare a apei în municipiul Oltenița și conductă de aducțiune Chiciu - Călărași - firul nr. 2", anunț de participare nr. ...18.11.2014, cu data de deschidere a ofertelor 26.01.2015, organizată de ..., cu sediul în ..., CUI ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin decizia sa nr. ...S/.../.../..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

La 08.03.2015, ..., cu sediul în ..., CUI ..., a înaintat Consiliului cererea de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante nr. 6239/08.07.2015, prin care solicită respingerea contestației și menținerea actelor autorității.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1) și ale art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 nr. 158/29.06.2015, în contradictoriu cu ...

În conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., încuviințează în principiu cererea de intervenție accesorie nr. 6239/08.07.2015, depusă de ..., 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 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 ... reclamă decizia autorității contractante de respingere ca neconformă și inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că autoritatea, în urma primirii deciziei nr. .../.../.../...2015, i-a reevaluat oferta în mod formal, iar concluzia nedovedirii experienței similare și insuficienței răspunsurilor de clarificare furnizate, pe care s-a fundamentat respingere ofertei, este eronată. Contestatoarea aduce critici și în privința admiterii și declarării câștigătoare a ofertei

În punctul său de vedere nr. 2235/06.07.2015 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 12447/06.07.2015, autoritatea contractantă susține, în apărare, că a respectat decizia Consiliului nr. ..., decizie obligatorie. Motivele respingerii ofertei contestatoarei sunt cuprinse în raportul procedurii de atribuire nr. 2034/19.06.2015.

... a depus la Consiliu cererea incidentală de intervenție accesorie nr. 6239/08.07.2015, prin care solicită respingerea contestației ... și menținerea actualului rezultat al procedurii comunicat de autoritatea contractantă, arătând, în esență, că societatea contestatoare nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară și că răspunsurile date autorității nu au fost concludente. Criticile referitoare la oferta ... sunt inadmisibile și neîntemeiate.

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. 155651, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 18.11.2014, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de proiectare și lucrări de execuție a unei stații de tratare în localitatea ... și pentru reabilitarea unui fir al conductei de aducțiune între ... și ..., localitatea ..., estimate valoric la 40.061.720 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 18.11.2014, alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse patru oferte, între care și cea a ..., care a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă și neconformă, iar câștigătoare a fost declarată oferta ..., prin raportul procedurii de atribuire nr. 2034/ 19.06.2015. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, ... a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării pe fond a cauzei trebuie reținut că, în etapa de verificare a regularității garanției de bună conduită constituită de contestatoare, Consiliul a solicitat acesteia din urmă, prin adresa nr. .../...-C4/06.07.2015:

"1. explicații și mijloace de probă din care să reiasă că ... – emitenta garanției de bună conduită prezentată de dumneavoastră – este constituită ca societate bancară sau ca societate de asigurări. Potrivit art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță, 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;

2. declarația dumneavoastră, sub sancțiunea falsului, că documentele reprezentând garanția de bună conduită au fost depuse la autoritatea contractantă în original. Potrivit art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță, garanția de bună conduită se depune în original la sediul autorității contractante. Întrucât cele trei semnături din partea stângă a documentelor prezentate este identică, există suspiciunea că ea nu este o semnătură olografă;

3. numele și funcțiile în cadrul ...) ale persoanelor ale căror semnături apar în documentele garanției de bună conduită;

4. moneda asumată de ... întrucât un document indică 400.617,20 lei, iar altul 89.870,83 euro;"

În răspunsul său nr. 166/09.07.2015, contestatoarea precizează că ... este o societate de intermediari financiare, iar, în conformitate cu legislația italiană, astfel de societăți pot emite garanții la procedurile de achiziție publică, alături de societățile bancare și de asigurări.

Având în vedere acest răspuns, din care nu reiese că ... – emitenta garanției de bună conduită prezentată de ... – este constituită ca societate bancară sau ca societate de asigurări, astfel cum impune art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță, Consiliul a resolicitat contestatoarei, prin adresa nr. 7129/1197-C4/20.07.2015, să îi comunice explicații și mijloace de probă din care să reiasă că ... este constituită în Italia ca societate bancară

sau de asigurări ori copia dovezii constituirii unei alte garanții de bună conduită, cu respectarea art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului respectivei dovezi la autoritatea contractantă.

S-a atras atenția că textul art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță, conform căruia 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*, este în vigoare și deplin aplicabil pe teritoriul României. Garanția de bună conduită este supusă acestui text legal, iar nu legislației italiene invocate de Cu alte cuvinte, indiferent dacă legislația italiană permite acceptarea de garanții emise de intermediari financiari, cum afirmă că este cooperativa ..., și întrucât garanția de bună conduită aferentă contestației privind procedura de licitație deschisă organizată de ... este supusă Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și va fi utilizată pe teritoriul României, ... are obligația să respecte prevederile ordonanței și să constituie garanția în condițiile stabilite de aceasta.

Decretele legislative din Italia nu sunt acte normative cu forță juridică superioară legii române și nu pot înlătura/limita aplicarea acestora din urmă pe teritoriul României.

Consiliul a adăugat că ordonanța sancționează cu respingerea contestației neprezența dovezii de constituire a garanției de bună conduită în condițiile stabilite de legiuitorul român.

... a răspuns la 27.07.2015, în sensul că ... are dreptul legal de a emite garanții pentru participarea operatorilor economici asociați la procedurile de achiziție publică pe întreg teritoriul Uniunii Europene.

Prin prisma răspunsului și a documentelor furnizate de ..., Consiliul constată, în primul rând, că reclamanta nu a profitat de șansa de a prezenta o altă garanție de bună conduită, șansă ce i-a fost acordată de Consiliu. În al doilea rând, constată că ... este o persoană juridică străină, respectiv o cooperativă pe acțiuni de naționalitate italiană, înscrisă în lista intermediarilor financiari din Republica Italiană.

Potrivit "Decreto Legislativo n. 385/1993, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", intermediarii financiari sunt entități juridice diferite de societățile bancare, tratate separat în actul normativ. În același sens, "Decreto Legislativo n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", la art. 75 stabilește că garanția care însoțește oferta poate fi emisă de o societate bancară, de o societate de asigurări sau de o societate de intermediere financiară.

Așadar, inclusiv legislația italiană face distincție clară între societăți bancare, societăți de asigurări și societăți de intermediere

financiară. .. se încadrează în această din urmă categorie, după cum reiese din afirmațiile părților litigante și din înscrisurile de la dosar, respectiv nu este nici bancă și nici societate de asigurare, context în care rezultă că scrisoarea de garanție de bună conduită prezentată (nr. CC1215800367DF din 27.06.2015) nu corespunde prevederilor art. 271 ind. 1 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, conform căreia 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*. Contestatoarea nu a făcut o probă contrară prin răspunsurile la solicitările repetate transmise de Consiliu.

Astfel, deși i s-a pus în vedere explicit că scrisoarea de garanție de bună conduită trebuie să provină de la o societate bancară ori de o societate de asigurări, ... nu a reușit să producă în fața Consiliului vreo dovadă în sensul că numita ... este o astfel de societate și nici nu a depus o altă garanție în locul celei provenind de la

Textul art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță este în vigoare și trebuie să fie aplicat, ceea ce înseamnă că scrisoarea trebuia să provină, în mod exclusiv, de la o bancă sau de la un asigurător, indiferent că este de naționalitate română sau străină, însă în mod obligatoriu cu acest statut, recunoscut în baza legilor după care funcționează.

Prin decizia sa nr. 5 din 15 ianuarie 2015, pct. 1 din dispozitiv, Curtea Constituțională a constatat că dispozițiile art. 271 ind. 1 și cele ale art. 271 ind. 2 alin. (3)-(6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 sunt constituționale, deci și textul art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță, pe care ... a ales să îl ignore, cu toate că i s-a atras atenția de către Consiliu că garanția de bună conduită este supusă respectivului text legal, iar nu legislației italiene invocate de Cu alte cuvinte, indiferent dacă legislația italiană permite acceptarea de garanții emise de intermediari financiari și întrucât garanția de bună conduită aferentă contestației privind procedura de licitație deschisă organizată de ... este supusă Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și va fi utilizată pe teritoriul României, ... avea obligația să respecte prevederile ordonanței și să constituie garanția în condițiile stabilite de aceasta.

Este evident că o garanție de bună conduită care nu respectă condițiile imperative fixate de legiuitorul român, cum este și cea a emitentului bancă sau asigurător, nu este o garanție corespunzătoare legii, validă legal. După cum s-a arătat, nimic nu o oprea pe contestatoarea să furnizeze Consiliului o altă garanție, emisă de o bancă ori de o societate de asigurări sau constituită direct prin virament bancar, în condițiile art. 271 ind. 1 alin. (3), astfel încât să fie validă. Nicidecum nu i-a fost cerută contestatoarei o garanție provenind de la o bancă sau de la un asigurător din

România, cum eronat consideră aceasta, ci doar ca respectiva garanție să fie emisă de o bancă/un asigurător inclusiv din Italia, iar nu de o entitate de intermediari financiare, cum este cooperativa nebancară Cu alte cuvinte, presupunând, de pildă, că în Republica Italiană o unitate de alimentație publică poate emite legal garanții de participare la licitațiile naționale pentru operatorii economici din republică, nu înseamnă că o asemenea garanție trebuie acceptată și în România, unde legislația stabilește limitativ subiecții de la care trebuie să provină garanția de bună conduită.

Contestatoarea era datoare să manifeste o minimă diligență în îndeplinirea în termenul acordat a obligațiilor procesuale care îi reveneau, astfel încât Consiliul să primească până la această dată o garanție de bună conduită care să acopere toate condițiile stabilite de legiuitor.

Pe de altă parte, din explicațiile aduse de ... în adresa nr. 7807/26.08.2015, reiese că plângerea ... împotriva deciziei Consiliului nr. .../.../.../... a fost respinsă de Curtea de Apel ... ca inadmisibilă, prin decizia civilă nr. ... din 21 august 2015, chiar din cauza garanției de bună conduită prezentată de petentă, emisă tot de ... (nr. CC1215800257DF). Așadar, nici instanța de judecată nu a acceptat drept validă legal o garanție de bună conduită de la cooperativa nebancară ... (în dosarul instanței nr. .../2/2015).

Trebuie punctat că, prin decizia nr. ...S/.../.../..., Consiliul a suspendat soluționarea contestației ... nr. 158/29.06.2015 până la rămânerea definitivă a hotărârii care a fost pronunțată de Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. .../2/ 2015, iar întrucât hotărârea pronunțată de această Curte la 21.08.2015, în dosarul nr. .../2/2015, este definitivă, Consiliul constată încetarea cauzei de suspendare a soluționării contestației de față, drept pentru care o repune pe rolul său în vederea soluționării.

Separat de cele expuse, potrivit propriului statut, ... operează în interiorul statului italian (art. 2), deci nu pe teritoriul României, ceea ce face ca scrisoarea de garanție de bună conduită nr. CC1215800367DF din 27.06.2015 să contravină statutului cooperativei emitente.

Determinând culpa contestatoarei, care nu a reușit să furnizeze Consiliului o garanție de bună conduită corespunzătoare prevederilor legale în vigoare, deși i s-a acordat această oportunitate prin adresele nr. .../.../... și nr. .../.../..., organul administrativ-jurisdicțional va face aplicarea dispozițiilor imperative ale art. 271 ind. 1 alin. (2) din ordonanța de urgență amintită, potrivit căroră contestația va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției de bună conduită (emisă de subiecții calificați de lege), și va constata că ...

nu s-a conformat obligației de comunicare, în termenul fixat, a respectivei dovezi.

În atari condiții, chestiunea nedovedirii onorării obligației de constituire a unei garanții de către o societate bancară sau de asigurări 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 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.

Nu i se poate reproșa organului administrativ-jurisdicțional încălcarea dreptului contestatoarei la un proces echitabil câtă vreme acest organ este ținut de obligația de asigurare a respectării legii în vigoare în România (art. 269 din ordonanță și art. 7 C. proc. civ.) sau faptul că nu a avut rol activ, în condițiile în care a insistat și a acordat un termen mai mult decât suficient pentru ca societatea contestatoare să se poată conforma art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță. Este de presupus că o societate care aspiră la dobândirea unui contract estimat valoric la peste 40 de milioane de lei are capacitatea financiară și interesul de a constitui o garanție corespunzătoare, cazul contrar lăsând loc pentru eventuale îndoieli vizavi de seriozitatea și potențialul respectivei firmei. Este de prisos a se aminti că toate cheltuielile de obținere a unei noi garanții puteau fi recuperate de la autoritatea contractantă, în ipoteza în care contestatoarea ar fi avut câștig de cauză.

Constituirea conformă a garanției de bună conduită și depunerea dovezii în original la autoritatea contractantă (odată cu contestația) și în copie la Consiliu/instanța de judecată reprezintă condiții de admisibilitate a contestației/plângerii, lipsa garanției și/sau a dovezii ducând la respingerea contestației/plângerii - Curtea de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal, decizia nr. ... din 10 octombrie 2014.

Relativ la cererea de intervenție formulată de ..., 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 Consiliul va admite respectiva cerere de intervenție.

Redactată în cinci exemplare, conține opt pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...