

Contencios administrativ

Prescripția dreptului la acțiune în situația existenței unui refuz nejustificat de a soluționa o cerere

Nu există un refuz nejustificat de a soluționa o cerere dacă s-au înregistrat mai multe cereri având același obiect, soluționate de către autoritatea administrativă în sensul că a transmis răspunsuri motivate privind nesoluționarea favorabilă a acestora, motive considerate rezonabile de către petiționar. Prin urmare termenul de prescripție prevăzut de art.11 alin.1 lit. b și alin. 2 raportat la art.8 alin.1, fraza a doua, din Legea nr. 554/2004 nu curge.

Termenul de prescripție menționat va începe să curgă de la data expirării termenului legal, așa cum este definit de art.2 alin.1 lit.h, privind cererea pentru care autoritatea administrativă nu a transmis nici un răspuns petiționarului. (Dosar nr. 2058/100/2007,decizia civilă nr. 272/2008/31 Ianuarie 2008, judecător D. Marusciac)

Prin sentința civilă nr. 3.196 din 2.10.2007 a Tribunalului s-a respins acțiunea în contencios administrativ formulată de către reclamantul I. F. S., în contradictoriu cu pârâții CONSILIUL LOCAL ...-COMISIA DE APLICARE A LEGII NR. 15/2003 și PRIMARUL..., ca urmare a admiterii excepției tardivității acțiunii formulate de reclamant.

Pentru a hotărî astfel, instanța de fond a constatat că reclamantul și-a exercitat dreptul la acțiune după expirarea termenului de un an prev. de art. 11 alin. 2 din Legea nr. 554/2004.

A constatat instanța de fond că reclamantul s-a adresat cu cerere pârâților la data de 7.08.2003, cerere înregistrată sub nr. 17.203/2003, astfel încât acțiunea înregistrată în 5.04.2007 nu a respectat termenul de un an menționat anterior.

Împotriva acestei hotărâri a declarat recurs reclamantul, solicitând casarea hotărârii atacate, cu consecința trimiterii cauzei spre rejudecarea aceleiași instanțe.

Analizând recursul formulat din prisma motivelor invocate, Curtea l-a apreciat ca fiind fondat din următoarele considerente.

Reclamantul se află în situația reglementată de art. 8 fraza a II-a din Legea nr. 554/2004. „De asemenea, se poate adresa instanței de contencios administrativ și cel care se considera vătămat într-un drept sau interes legitim al sau prin nesoluționarea în termen sau **prin refuzul nejustificat de soluționare a unei cereri**, precum și prin refuzul de efectuare a unei anumite operațiuni administrative necesare pentru exercitarea sau protejarea dreptului sau interesului legitim.”

Astfel, se poate constata că reclamantul se află în situația refuzului nejustificat de soluționare a unei cereri.

Prima cerere a reclamantului a fost cea din 22 august 2003 (f. 44. dos. fond). Aceasta a primit o soluție favorabilă din partea autorității publice, respectiv reclamantul a fost înscris pe lista persoanelor ce pot beneficia de disp. Legii nr. 15/2003, privind sprijinul acordat tinerilor pentru construirea unei locuințe proprietate personal (f. 25, dos. fond).

Acest din urmă act normativ prevede o procedură cu o desfășurare pe un interval de timp mai lung și care nu poate fi determinat cu precizie, față de tăcerea legii.

Procedura implică, în principal, activități din partea autorității publice și nu în sarcina petiționarului, beneficiar al legii. Astfel, doar autoritatea publică are obligații ce decurg din lege și care, odată îndeplinite, vor produce rezultatul așteptat de beneficiarii legii, care s-au manifestat activ doar în prima fază a procedurii, când au investit autoritatea cu o cerere inițială de aplicare a Legii nr. 15/2003.

Modul de desfășurare a procedurii reglementate legal este lăsat la latitudinea autorității publice, solicitantul fiind prea puțin implicat și având, în această situație, prea puține mijloace de a influența desfășurarea ei.

După investirea ei, cu cererea din 7 aug. 2003, autoritatea publică a parcurs mai multe etape din procedura instituită de lege și la solicitarea reclamantului de finalizare a rezolvării favorabile a cererii sale, autoritatea publică i-a răspuns reclamantului că soluționarea cererilor întemeiate pe Legea nr. 15/2003 se va realiza numai după finalizarea procedurilor instituite de Legea nr. 18/1990 și Legea nr. 10/2001.

La data comunicării lui, răspunsul autorității apare ca fiind rezonabil. Atât Legea nr. 18/1991 a fondului funciar, cât și Legea nr. 10/2001, privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989, care se referă, ambele, la restituirea bunurilor imobile sunt anterioare Legii nr. 15/2003 și, în mod evident, excedentul de teren ce ar fi putut fi atribuit solicitanților în baza Legii nr. 15/2003, putea fi cunoscut numai după finalizarea aplicării celor două legi.

Sub acest aspect, refuzul exprimat de pârâtă în adresele cu nr. 5.004 și 4.580 (f. 12) nu apare ca fiind nejustificat. Dimpotrivă, autoritatea publică a exprimat motive ce pot fi apreciate ca rezonabile în justificarea refuzului de soluționare a cererii reclamantului de aplicare a Legii nr. 15/2003.

Față de data cererii inițiale, respectiv 7 august 2003, nesoluționarea acestei cereri, nici până în anul 2007, apare însă ca nejustificată.

Justificarea refuzului nu poate fi apreciată ca putând să aibă loc pentru aceleași motive, pe un interval de timp nelimitat. În acest caz contrar, s-ar putea aprecia că autoritatea publică este îndreptățită să ignore la nesfârșit un act normativ, iar particularul nu ar putea invoca niciodată refuzul nejustificat ca temei al formulării cererii de chemare în judecată.

În tot intervalul cuprins între data cererii inițiale, data răspunsurilor cuprinse în adresele nr. 5.004 și 4.580 și chiar ulterior, pe parcursul soluționării litigiului, față de reclamant s-a întreținut aparența din partea autorității publice, a posibilității soluționării cererii sale în viitor, fără însă o limitare temporală.

Față de cele menționate, în mod greșit a apreciat instanța că punctul de început al prezentului litigiu este cererea reclamantului din 7 august 2003, întrucât a omis să constate că, în anii următori, 2004, 2005, autoritatea publică a exprimat motive ce pot fi apreciate ca parțial justificate, astfel încât cerința art. 8 alin. 1 fraza a II-a (refuz nejustificat) nu a fost îndeplinită în cauză.

În speță, nu suntem în prezența unui act administrativ, în sensul definiției legale cuprinsă în art. 2 alin. 1 lit. c din Legea nr. 554/2004, ci pentru motivele prezentate anterior, se reclamă refuzul nejustificat de soluționare a unei cereri (cea de acordare a drepturilor prev. de Legea nr. 15/2003).

Reclamantul a formulat mai multe cereri cu același obiect (august 2003, etc., ultima fiind din 28.02.2007 – f. 7).

În contextul regulilor instituite de Legea nr. 554/2004, acea cerere poate constitui momentul de început al unui contencios administrativ.

Considerând că se află în prezența unui refuz nejustificat de soluționare a unei cereri, motivat de intervalul mare de timp dintre data formulării cererii inițiale și

data actuală, reclamantul a înțeles să se adreseze din nou autorității publice și apoi instanței de judecată pentru ca aceasta să constate refuzul nejustificat și să-i acorde satisfacția urmărită.

La această ultimă solicitare , cea din 28.02.2007 (fila. 7, dos. fond), nu i s-a mai răspuns astfel încât tăcerea pârâtului poate fi apreciată ca un refuz nejustificat de soluționare a unei cereri.

În consecință, în baza art. 22 alin. 3 din Legea nr. 554/2004 se va admite recursul declarat de reclamantul I. F. S. împotriva sentinței civile nr. 3.196 din 2 octombrie 2007 pronunțată în dosarul nr. 2.058/100/2007 al Tribunalului pe care o casează și va trimite cauza spre rejudecare pe fond aceleiași instanțe.

Urmează ca instanța de fond să analizeze care sunt motivele actuale pentru care autoritatea publică competentă nu a făcut aplicarea dispozițiilor Legii 15/2003 față de reclamant, dacă motivele de întârziere exprimate prin adresele 5004/2003 și 4580/2004 mai pot fi găsite și în prezent ca fiind justificate sau nu.

Achiziții publice

Certificatul de atestare a obligațiilor fiscale ale ofertanților implicați în procedura reglementată de OUG nr. 34/2006, prezentat de ofertant în baza art.32 alin.2 lit. c din OUG nr.34/2006 sau solicitat de autoritatea contractantă în baza art.182 alin. 2 din același act normativ, ca document pentru dovada îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, poate constitui temei pentru respingerea ofertei numai dacă atestă existența unor obligații fiscale neachitate către bugetul de stat și a căror scadență era anterioară declanșării procedurii de achiziție publică. Obligațiile fiscale a căror scadență este după data declanșării procedurii nu pot constitui temei pentru respingerea ofertei.

(Dosar nr. 4.912/100/2007, decizia civilă nr. 734/ 20 Martie 2008, judecător D. Marusciac)

Prin sentința civilă nr. 3.852 din 17.12.2007 pronunțată în dosarul nr. 4.912/100/2007 al Tribunalului Maramureș au fost respinse excepțiile invocate de către pârâtul CONSILIUL LOCAL AL COMUNEI R. și s-a respins și cererea de chemare în judecată formulată de către reclamanta S.C....S.A.

Pentru a hotărî astfel, instanța de fond a respins excepția lipsei competenței materiale de soluționare a cauzei în primă instanță de către tribunal, în considerarea disp. art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006, raportat la art. 10 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, iar excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtului CONSILIUL LOCAL AL COMUNEI R...a fost respinsă, justificat de faptul că acest pârât are calitate procesuală în cauză fiind autoritatea contractantă și ordonator de credit.

Cu privire la fondul cauzei, instanța a constatat că reclamanta, în calitate de ofertant, nu a îndeplinit toate criteriile de calificare prevăzute de lege, respectiv are datorii la bugetul local, nefiind astfel respectate disp. art. 181 lit. c din O.U.G. nr. 34/2006.

A mai arătat instanța de fond că reclamanta nu a făcut dovada înregistrării vreunei plângeri penale vizând infracțiunea de fals cu privire la înscrisul care atestă obligațiile sale fiscale.

Împotriva acestei hotărâri a formulat plângere petiționara S.C....S.A. B..., solicitând modificarea hotărârii atacate în sensul admiterii în întregime a contestației și a anulării deciziei de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică. Recurenta a mai solicitat și continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Analizând recursul formulat din prisma motivelor invocate, Curtea l-a apreciat ca fiind fondat din următoarele considerente.

În condițiile art. 77 al. 1 din OUG nr. 34/2006, recurenta, în calitate de operator economic în domeniu a înțeles să participe la licitația deschisă inițiată de către intimată, solicitând documentația de atribuire (art. 77 al. 1 *“Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita și de a obține documentația de atribuire.”*)

Potrivit art. 33 al. 2 lit. c) din același act normativ documentația de atribuire cuprinde și :” *documentele care urmează să fie prezentate de ofertanți/candidați pentru dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție;*”. Se poate observa din sublinierea efectuată anterior, că actele ce atestă îndeplinirea cerințelor de calificare la licitația ce se va desfășura urmează a fii depuse de către fiecare participant, pentru propria sa ofertă.

În faza prealabilă a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică pentru lucrarea „Rețea de canalizare și stație de epurare în comuna R..., jud. ... recurenta, în calitate de ofertant participant, a depus la autoritatea contractantă documentele de calificare la procedura de achiziție publică aflată în curs de desfășurare.

Au relevat probele administrate în fața instanței de fond că recurenta a depus în cadrul dosarului ce cuprinde documentele de calificare, certificatul de atestare fiscală nr. 7.693/19.07.2007, din care rezultă că acel participant la licitație nu figurează cu datorii restante la bugetul local (f. 19, dosar fond).

În condițiile art. 182 al. 2 din OUG nr. 34/2006, cu referire la disp. art. 182 al. 1 , art. 180 și art. 181 din același act normativ, autoritate contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații, însă doar în situația în care există incertitudini în ceea ce privește situația personală a unui candidat. (art. 182 al. 2 :”În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește situația personală a respectivilor candidați/ofertanți, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente care emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1).”. Solicitarea de informații suplimentare trebuie deci justificată obiectiv de existența unor incertitudini cu privire la anumite aspecte cuprinse în oferta depusă de către participant.

În speță intimata, în calitate de autoritate contractantă și titulară a dreptului de a solicita informații, nu a prezentat justificările obiective ce au determinat decizia de a mai solicita încă un certificat de atestare fiscală a obligațiilor fiscale ale recurente.

Certificatul nr. 7693/10.07.2007 (f. 19, dos. fond) atestă, sub semnătura autorității competente să emită un astfel de act, că recurenta nu avea, la data constatării, datorii restante la bugetul local.

În privința certificatului nr. 8.321 din 19.07.2007 (f. 29, dosar fond), emis la solicitarea autorității contractante, după cum rezultă chiar din conținutul actului, Curtea constată că din însăși conținutul actului rezultă că la data întocmirii procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, respectiv 9 iulie 2007,

obligățiile fiscale ale recurenței către bugetul local nu erau încă de actualitate, data scadenței fiind 30 septembrie 2007.

Existența obligației de plată a unei sume certe poate fi analizată doar prin raportare la data scadenței, întrucât înainte de acest moment, debitorul nu poate fi obligată la efectuarea plății de către creditorul său, creanța nefiind exigibilă.

Obligațiile de plată a unor taxe și impozite locale, generate de existența unor bunuri mobile și imobile în patrimoniul său, nu sunt obligații pure și simple ci sunt afectate de un termen suspensiv, stabilit prin actele normative incidente, ce reglementează taxele și impozitele locale.

Termenul suspensiv nu afectează existența obligației, ci numai exigibilitatea ei. Existența termenului de plată amână executarea obligației până la data scadenței.

Art. 181 lit c) indicat de către autoritatea contractantă ca temei al excluderii recurenței prevede următoarele: *"nu și-a îndeplinit obligațiile de plata a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit;"*

Se poate observa, din chiar modul de redactare a normei legale, că legiuitorul a avut în vedere faptul neîndeplinirii anterioare participării la licitație a obligațiilor de plată bugetare, deci pentru obligații trecute, ajunse la scadență dar neachitate.

Reclamanta nu poate fi obligată la plata unor taxe sau impozite înainte de scadență deoarece este beneficiara unui termen de plată prevăzut legal care stabilește data scadenței.

Autoritatea contractantă a interpretat greșit norma legală incidentă, respectiv art. 181 lit. c), fără a observa că textul legal are în vedere obligații neachitate al căror termene de scadență au fost depășite și că, pentru obligațiile de plată menționate în ambele certificate, recurența este beneficiara unui termen suspensiv al executării obligației, stabilit legal, și la al cărui beneficiu nu poate fii obligată să renunțe.

Întotdeauna pentru persoanele fizice sau juridice vor exista, în viitor, obligații de plată rezultând din faptul deținerii unor bunuri mobile sau imobile în patrimoniu. În interpretarea autorității contractante, în această situație, proprietarii bunurilor supuse impozitării nu vor mai putea niciodată participa la o procedură de achiziție publică pentru că vor avea întotdeauna obligații de plată. Aceste obligații există, însă fiind afectate de un termen de plată, stabilit legal, nu sunt actuale și deci nu pot constitui un motiv de excludere de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, decât numai atunci când s-a depășit termenul de scadență și nu a fost efectuată plata.

Considerațiile recurenței referitoare la inaplicabilitatea disp. art. 181 lit. c din O.U.G. nr. 34/2006 pentru existența obligațiilor de plată a taxelor și impozitelor locale, nu pot fi primite din următoarele considerente:

Textul legal menționat anterior face referire la bugetele componente ale bugetului general consolidat.(„Art. 181 lit c): *nu și-a îndeplinit obligațiile de plata a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit;"*).

Potrivit art. 2 pct. 7 din Legea nr. 500/2002, privind finanțele publice, bugetul general consolidat reprezintă ansamblul bugetelor componente ale sistemului bugetar, agregate și consolidate, pentru a forma un întreg, iar potrivit art. 2 pct. 38 din același act normativ, sistemul bugetar reprezintă sistemul unitar de bugete care cuprinde bugetele prev. la art. 1 alin. 2 din Legea nr. 500/2005 și bugetele locale.

Se constată așadar că noțiunea de buget general consolidat este definită prin referirea la sistemul bugetar în care sunt incluse atât bugetele prev. la art. 1 alin. 2 (bugete ale instituțiilor centrale) cât și bugetele locale.

În consecință, față de cele menționate anterior, în temeiul art. 20 alin. 3 din Legea nr. 554/2004, se va admite recursul formulat și se va modifica hotărârea atacată, în sensul că se va admite în parte acțiunea în contencios-administrativ formulată și se va dispune anularea deciziei nr. 67 din 25 iulie 2007 emisă de către pârâta Consiliul Local al Comunei R.

Reclamanta a solicitat atribuirea contractului de achiziție publică însă, așa cum a arătat și pârâta, această atribuție aparține autorității contractante, motiv pentru care se va dispune continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Achiziții publice

Participarea la licitația organizată pentru achiziții publice a două societăți comerciale dintre care una a adjudecat pachetul majoritar de acțiuni al celei de-a doua, vândut de statul român în procedura de privatizare a societăților comerciale, în condițiile în care contractul de vânzare-cumpărare de acțiuni nu este încă semnat, nu constituie o încălcare a principiilor prevăzute de art.2 din OUG nr. 34/2006 și nici a dispozițiilor art.46 din același act normativ.

(Dosar nr. 482/33/2007 decizia civilă nr.190/ 24 ianuarie 2008, judecător D. Marusciac)

Prin decizia nr. 201/C6/596 din 13.02.2007 emisă de către CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR BUCUREȘTI s-a respins ca nefondată contestația formulată de către petiționara S.C. ...S.A... și s-a respins ca inadmisibil capătul de cerere privind declararea drept câștigătoare a ofertei contestatoarei.

Pentru a hotărî astfel, consiliul a avut în vedere faptul că în 25.09.2006 autoritatea contractantă, respectiv Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România S.A. – Direcția Regională de Drumuri și Poduri ...a transmis spre publicare în Monitorul Oficial anunțul de participare privind licitația deschisă a contractului de lucrări „Covoare asfaltice pe DN 1 km. 412 + 000 – 422 + 500, DN 1, km. 402 + 500 – 433 + 000, DN 14 B Km. 0 + 000 – 11 + 000, DN 14 B km. 11 + 000 – 22 + 500, DN 75, km. 29 + 000 – 39 + 500”.

Din procesul-verbal nr. 17.724 din 31.10.2006 întocmit cu prilejul deschiderii ofertelor, rezultă că pentru loturile 1 și 2 a fost declarată câștigătoare S... BUCUREȘTI, în timp ce contestatoarea s-a situat pe locul 2.

Referitor la contestația contestatoarei S.C. S.A., Consiliul a arătat următoarele:

La data depunerii ofertelor precum și la data deschiderii plicurilor și evaluării ofertelor, S.C. ... S.A. ... se afla în portofoliul Ministerului Transporturilor, Construcțiilor și Turismului, unic acționar fiind Statul Român, iar declararea ca adjudecatoră a acelor acțiuni a S... nu a coincis și cu transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor deținute de Statul Român, întrucât acest transfer urma să aibă loc doar după data încheierii contractului de vânzare-cumpărare de acțiuni și nici la data emiterii deciziei de către consiliu, acel contract nu a fost încă semnat.

A concluzionat Consiliul că cele două societăți au participat la procedura de atribuire organizată de autoritatea contractantă în nume propriu, depunând oferte distincte una față de cealaltă nefiind încălcate disp. art. 5 alin. 1 din Legea nr. 21/1996.

Nu a reținut Consiliul aplicabilitatea disp. art. 2 și 46 din O.U.G. nr. 34/2006 susținând că cei 2 operatori economici S... și S.C. ...S.A. nu se află în nici una din situațiile vizate de art. 46 din O.U.G. nr. 34/2006.

În ceea ce privește capătul de cerere privind declararea drept câștigătoare a contestatoarei, consiliul a susținut că în condițiile art. 200 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă este cea care stabilește ofertantul câștigător pe baza criteriului de atribuire și cu îndeplinirea criteriilor de selecție și calificare impuse.

Împotriva acestei decizii a formulat plângere contestatoarea S.C. ... S.A. ... solicitând admiterea contestației formulate, cu consecința anulării deciziei de atribuire a licitației, descalificarea S... și S.C. ...S.A. ...OCA și declararea drept câștigătoare a ofertei depuse de către CONSORTIU ... și, pe cale de consecință, atribuirea contractului de achiziție publică acestuia.

În motivarea plângerii, contestatoarea a reiterat susținerile cuprinse în contestația adresată Consiliului.

Analizând plângerea formulată, Curtea constată următoarele:

Atât în contestația adresată Consiliului cât și în prezenta plângere, contestatoarea a susținut că participarea S... și S.C. ... S.A. la aceeași procedură de achiziție publică încalcă principiul liberei concurențe și a determinat o fixare concentrată a prețurilor.

Justificarea principală a susținerilor contestatoarei este generată de faptul că S... și-a adjudecat pachetul majoritar de acțiuni vândut de către statul român în procedura de privatizare a S.C. ... S.A. ...

Cu privire la acest aspect, Curtea constată că în data de 17.05.2006, Ministerul Transporturilor, Construcțiilor și Turismului a organizat o licitație cu ofertă în plic pentru vânzarea pachetului integral de acțiuni al S.C. ... S.A. ..., iar S... a fost declarată adjudecatară. Conform adresei întocmite de către Ministerul Transporturilor, Construcțiilor și Turismului și până la data de 12.02.2007, nu a fost încă semnat contractul de vânzare-cumpărare de acțiuni.

Au relevat probele administrate atât în fața Consiliului cât și în instanță că procedura de privatizare a S.C. S.A. a fost contestată de către un alt participant la aceea procedură, respectiv S.C. B. B... S.A. în dosarul nr. 18.985/3/2006 al Tribunalului B....

Nici la data prezentei hotărâri nu s-a confirmat semnarea contractului.

Susținerile contestatoarei referitoare la cele două aspecte sesizate nu sunt fondate.

Adjudecarea reprezintă actul ce conferă aptitudinea adjudecatarului de a încheia contractul la a cărui atribuire prin licitație a participat. Calitatea de acționar îi va fi conferită lui S... doar în momentul în care va încheia contractul de vânzare-cumpărare de acțiuni, dată de la care va putea și să exercite dreptul de vot în cadrul adunărilor generale ale S.C. ...S.A., și dată de la care prin intermediul consiliului de administrație se va putea implica efectiv în gestionarea activității comerciale desfășurată de către această persoană juridică.

Dispozițiile legale incidente nu permit o concluzie contrară și nu permit deci nici concluzia că anterior acestui moment S...ar avea putere de decizie în cadrul S.C. ..S.A., atât timp cât nu a devenit în urma semnării contractului de vânzare-cumpărare de acțiuni, acționarul majoritar al acelei persoane juridice.

Astfel art. 4 al. 3, art. 43 și art. 44 al. 6 din Normele metodologice din 13 iunie 2002 de aplicare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 88/1997 privind privatizarea societăților comerciale, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii nr. 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării prevăd obligativitatea încheierii contractului de vânzare-cumpărare de acțiuni, ca fază ulterioară desemnării ofertei câștigătoare.

De asemenea, art. 5 al. 1 din Legea nr. 137 din 28 martie 2002, privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării, stabilește dreptul instituției publice implicată de a decide asupra oportunității încheierii contractului de vânzare-cumpărare de acțiuni, având în vedere pe lângă preț și celelalte elemente care compun oferta de cumpărare, decizie ce nu poate fi luată decât numai într-o etapă ulterioară adjudecării. Relevante sub acest aspect sunt și dispozițiile art. 98 din Legea 31/1990 precum și art. 41 din Legea nr. 137 din 28 martie 2002, privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării, care de asemenea, desemnează ca fiind ulterior adjudecării momentul obținerii calității de acționar de către adjudecatar.

Neoperând transferul acțiunilor de la statul român la S..., nici nu a putut avea loc preluarea prerogativelor de acționar majoritar din partea S... la S.C. ... S.A.

Nu pot fi primite nici susținerile contestatoarei referitoare la fixarea concentrată a prețurilor întrucât S... nu are pârghia legală de a influența activitatea economică desfășurată de către S.C....S.A., în lipsa încheierii contractului de vânzare-cumpărare de acțiuni, singurul ce îi poate conferi calitatea de acționar la S.C... S.A.

Oferta de vânzare a acțiunilor S.C. ... S.A. având caracter public a făcut posibilă cunoașterea unor informații de natură economică referitoare la activitatea și bunurile persoanei juridice aflată în proces de privatizare, însă accesul la datele și informațiile privind activitatea și situația patrimonială a acesteia se face pe baza semnării unui *angajament de confidențialitate*.

În lipsa altor elemente nu se poate aprecia că oferta a fost stabilită prin încălcarea principiilor liberei concurențe, în condițiile în care cele două participante la licitație sunt două persoane juridice distincte, fără o legătură de natură a determina o influență covârșitoare a uneia asupra celeilalte.

Curtea apreciază astfel, pentru cele arătate anterior, că nu se poate reține aplicabilitatea disp. art. 46 din OUG 34/2006.

Referitor la desemnarea contractului de către S..., Curtea constată următoarele:

Art. 33 al. 2 din OUG 34/2006 prevede următoarele : *“Documentația de atribuire trebuie să cuprindă, fără a se limita la cele ce urmează, cel puțin:*

a) informații generale privind autoritatea contractantă, în special cu privire la adresa - inclusiv telefon, fax, e-mail -, persoane de contact, mijloace de comunicare etc.;

b) instrucțiuni privind date limita care trebuie respectate și formalități care trebuie îndeplinite în legătura cu participarea la procedura de atribuire;

c) dacă sunt solicitate, cerințele minime de calificare, precum și documentele care urmează să fie prezentate de ofertanți/candidați pentru dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție;

d) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv sau de negociere;

e) instrucțiuni privind modul de elaborare și de prezentare a propunerii tehnice și financiare;

f) informații detaliate și complete privind criteriul de atribuire aplicat pentru stabilirea ofertei câștigătoare, corespunzător prevederilor cap. V - secțiunea a 3-a;

g) instrucțiuni privind modul de utilizare a căilor de atac;

h) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii.”

Actul normativ incident nu prevede sub sancțiunea nulității absolute necesitatea depunerii formularului de contract semnat de către participantul la licitație. Necesitatea depunerii acestuia este lăsată de către legiuitor la libera manifestare de voință a autorității contractante. Nedepunerea contractului semnat nu poate fi deci apreciată ca un motiv de nulitate absolută întrucât în favoarea autorității contractante nu a fost recunoscut dreptul de a pretinde participanților la procedură să semneze contractul de achiziție publică în etapa anterioară deschiderii ofertelor.

Aceasta trebuie să pună la dispoziția ofertanților “***informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii***”, conf art. 33 al. 2 lit. h) iar potrivit art. 204 al. 1) din același act normativ :”***Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui oferta a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva oferta.***”.

Drept comercial

Sechestrul judiciar

Bunurile unei societăți comerciale nu pot constitui obiectul unui sechestrul judiciar în raport cu dispozițiile art. 598 Cod pr. civilă, atunci când acțiunea este formulată împotriva societății de un asociat care și-a cesionat părțile sociale, întrucât procesul ce se poartă asupra legalității actului juridic prin care reclamantul și-a cesionat părțile sociale în favoarea actualului asociat unic al pârâtei nu poate fi asimilat unui proces asupra proprietății bunurilor imobile ce alcătuiesc fondul de comerț, patrimoniul pârâtei.

(Dosar nr. 111/1285/2008 ,decizia civilă nr. 799/6 martie 2008, judecător S. Szabo)

Prin încheierea comercială nr. 409/2008 s-a respins cererea formulată și precizată de reclamantul G. O. E. în contradictoriu cu pârâta SC ...SRL, având ca obiect instituire sechestrul judiciar, reclamantul fiind obligat să plătească pârâtei cheltuieli de judecată în sumă de 4325,53 lei.

Pentru a dispune în acest sens, prima instanță a reținut că cererea de instituire a sechestrului asigurator asupra bunurilor ce alcătuiesc patrimoniul pârâtei nu este admisibilă cât timp procesul ce se poartă între părți nu are ca obiect tranșarea dreptului de proprietate sau a unui alt drept real asupra acestor bunuri, dreptul de creanță ce s-a născut odată cu cesiunea părților sociale neputând fi confundat cu dreptul de proprietate asupra imobilelor ce alcătuiesc patrimoniul persoanei juridice.

Prima instanță a reținut că procesul ce se poartă în dosarul nr. 108/1285/2008 nu vizează proprietatea asupra bunurilor imobile ce se doresc a fi sechestrate, ci părțile sociale și calitatea de asociat pe care reclamantul le-a deținut anterior încheierii contractului.

Împotriva acestei hotărâri judecătorești a declarat recurs recurentul G. O. E. , solicitând reformarea încheierii nr. 409/2008 în sensul admiterii cererii așa cum a fost formulată și precizată.

Deliberând asupra cererii de recurs, Curtea reține următoarele:

Reclamantul a solicitat să se dispună instituirea sechestrului asigurator asupra bunurilor proprietatea pârâtei până la soluționarea irevocabilă a dosarului nr. 108/1285/2008 al Tribunalului..., bunuri identificate în mai multe cărți funciare după cum urmează.....

S-a arătat că la data cesiunii pârâta era proprietara bunurilor identificate în acțiune, urmare declarării sale ca adjudecatară a acestora în cadrul falimentului societății inițial deținătoare a bunurilor. Prin cesiune, unic asociat al pârâtei a rămas numitul A. M. Pentru dovedirea admisibilității cererii reclamantul a anexat copia acțiunii ce formează dosarul nr. 108/1285/2008 al Tribunalului ..., precum și extinderea și completarea acesteia, din cuprinsul cărora ar rezulta aparența de nelegalitate a cesiunii în discuție. De asemenea, reclamantul arată că se impune admiterea cererii raportat la faptul că în dosarul nr. 108/1285/2008 se pune în discuție însăși dreptul de proprietate asupra bunurilor a căror indisponibilizare se solicită și prin prisma faptului că dreptul de dispoziție asupra acestora aparține în mod exclusiv unicului asociat al pârâtei, persoană care în orice moment poate înstrăina aceste bunuri, aspect care ar conduce la grava prejudiciere a reclamantului cu privire la drepturile aferente părților sociale discutate.

Reclamantul susține că asociatul unic al pârâtei a înstrăinat deja o mare parte a bunurilor mobile preluate către o societate germană al cărui asociat este. De altfel, asociatul unic al pârâtei este și administratorul cu puteri depline, fapt care îi permite să efectueze orice act de înstrăinare, iar odată efectuate astfel de acte, având în vedere că asociatul unic și administratorul pârâtei este cetățean german cu domiciliul în străinătate, reclamantului i-ar fi foarte greu să obțină eventuale hotărâri judecătorești de desființare a acestor posibile acte. Mai mult, dacă aceste potențiale înstrăinări ar fi făcute de către pârâtă în favoarea societății care a cumpărat și bunurile mobile, societate ce aparține tot asociatului unic al pârâtei, reclamantul s-ar găsi în aceeași situație a citării unei persoane juridice cu sediul în străinătate.

Potrivit prevederilor art. 598 C.pr.civ., „ori de câte ori există un proces asupra proprietății sau a altui drept real principal (...) sau administrării unui bun proprietate comună, instanța competentă pentru judecarea cererii principale, va putea să încuviințeze la cererea celui interesat punerea sub sechestrul judiciar a bunului, dacă această măsură este necesară pentru conservarea dreptului respectiv”.

Reclamantul a justificat luarea măsurii privind indisponibilizarea elementelor corporale ale fondului de comerț al pârâtei, prin aceea că a contestat valabilitatea contractului de cesiune, act juridic prin care și-a pierdut calitatea de asociat, solicitând repunerea sa în situația anterioară.

În opinia reclamantului, procesul ce are ca obiect desființarea actului juridic al cesiunii și restabilirea situației anterioare, trebuie asimilat unui proces asupra proprietății bunurilor ce alcătuiesc fondul de comerț, fiindcă numai în acest mod ar deveni aplicabil principiul *restitutio in integrum* ca mijloc de asigurare a eficienței practice a unui alt principiu cum este cel al retroactivității efectelor nulității.

Conform alegățiilor recurentului prin indisponibilizarea elementelor corporale care alcătuiesc fondul de comerț al entității în care a avut calitatea de asociat se asigură premisa aplicării efective și reale a principiului retroactivității efectelor nulității, precum și a principiului legalității în sensul restabilirii legalității încălcate la încheierea actului juridic contestat în dosar nr. nr. 108/1285/2008.

Curtea constată însă că aceste apărări nu pot fi primite.

Procesul ce se poartă asupra legalității actului juridic prin care reclamantul și-a cesionat părțile sociale în favoarea actualului asociat unic al pârâtei nu poate fi

asimilat unui proces asupra proprietății bunurilor imobile ce alcătuiesc fondul de comerț, patrimoniul pârâtei.

Deși argumentele invocate de recurent, privind conservarea dreptului subiectiv dedus judecării în dosar nr. 108/1285/2008 din perspectiva principiilor care guvernează efectele nulității și a mijloacelor de asigurare a eficienței lor practice, sunt seducătoare, ele nu pot fi primite.

Nu se poate face abstracție în rezolvarea acestei probleme de elementele definitorii ale personalității juridice a societății comerciale.

Societatea comercială din momentul constituirii dobândește personalitate juridică.

Ea are elemente constitutive impuse de lege, organizare de sine stătătoare, un patrimoniu propriu și un scop determinat.

Grație personalității sale juridice, participă în nume propriu la raporturile juridice și răspunde pentru obligațiile asumate.

Legea atribuie persoanei juridice voința persoanelor fizice care o compun în măsura în care aceste acționează pentru realizarea scopului persoanei juridice.

Dar voința persoanei juridice nu este suma voințelor persoanelor fizice, ci este o calitate nouă.

La baza formării voinței sociale stă principiul majorității.

Prin excepție, la baza formării voinței sociale a unei societăți comerciale cu răspundere limitată, cu asociat unic, stă voința asociatului unic.

Dar hotărârile luate de asociatul unic trebuie să se înscrie în limitele legii și să corespundă scopului social, să nu fie contrare statutului societății.

Cauzele de nulitate absolută pot fi invocate de părțile interesate.

Un alt element distinctiv îl constituie caracterul autonom al patrimoniului societății, iar autonomia patrimoniului față de patrimoniile proprii ale asociaților determină anumite consecințe juridice.

Bunurile aflate în patrimoniul social constituie proprietatea entității. Asociații nu au nici un drept asupra acestora, deținătorii părților sociale sunt titularii unui drept de creanță împotriva societății, de o natură specială, cu caracter social, printre care și dreptul la împărțirea activului social în caz de lichidare, precum și dreptul la dividende.

Răspunderea societății pentru obligațiile sociale este asigurată grație patrimoniului propriu asupra căruia creditorii sociali au un drept de gaj.

Din toate acestea rezultă fără putință de tăgadă că un proces purtat între asociați privitor la constatarea nelegalității unui contract de cesiune a părților sociale, nu poate fi asimilat unui proces asupra proprietății bunurilor ce alcătuiesc patrimoniul societății, întrucât deținătorii părților sociale au doar un drept de creanță împotriva entității.

Or, efectele nulității ce se solicită a fi constatată prin procedura înregistrată sub nr. 108/1285/2008 s-ar concretiza tocmai în redobândirea de către reclamant a calității sale de asociat, fapt care i-ar conferi un drept de creanță împotriva societății și un drept la împărțirea activului social în caz de lichidare.

Nu aceasta este modalitatea în care reclamantul poate conserva dreptul său de creanță asupra societății, drept pe care l-a invocat în dosar nr. 108/1285/2008 și pentru a cărui realizare a declanșat acea procedură.

S-a încercat să se inducă ideea că prin neînstituirea acestei măsuri conservatorii demersul judiciar inițiat în dosar nr. 108/1285/2008, ar putea deveni teoretic și iluzoriu, ar putea fi golit de conținut câtă vreme nu s-ar lua toate măsurile de asigurare a eficienței practice în ceea ce privește principiul retroactivității efectelor nulității și principiul *restitutio in integrum*.

Cu alte cuvinte, dacă la momentul constatării nulității și repunerii părților în situația anterioară, situația patrimonială a societății ar fi alta, reclamantul ar fi grav prejudiciat.

Veritabila garanție a creditorilor societății o reprezintă patrimoniul societății, fondul social. Reclamantul însă nu este singurul dintre creditorii sociali, iar regimul elementelor corporale ale fondului de comerț nu poate fi stabilit funcție numai de interesul unuia din potențialii creditorii sociali.

Exploatarea fondului de comerț trebuie hotărâtă ce factorii îndreptățiți să exercite voința socială.

Iar politica managerială a acestora nu poate fi fixată funcție de interesul unui singur creditor.

Singurele condiții care trebuie să fie prezente în actele juridice privind fondul de comerț sunt condiția legalității acestora, precum și condiția circumscrierii lor necesității realizării obiectului social.

Într-un astfel de proces s-ar putea discuta despre oportunitatea instituirii sechestrului judiciar.

Dată fiind natura juridică a dreptului subiectiv dedus judecății în dosar nr. nr. 108/1285/2008, reclamantul ar putea să asigure conservarea acestuia printr-o altă măsură asiguratorie cum este cea reglementată de art. 591 alin. 2 C.pr.civ.

De asemenea, o conservare eficientă a dreptului său de creanță ar putea fi realizată prin notarea în cartea funciară a procesului ce se poartă între părți asupra părților sociale, precum și în legătură cu factorii îndreptățiți să exercite puterea de reprezentare pe seama entității.

Chiar menționarea în registrul de publicitate a existenței procesului declanșat în legătură cu părțile sociale și cu puterea de reprezentare poate avea aptitudinea de a atrage atenția terților care intenționează să intre în raporturi juridice cu societatea.

Numai despre aceste mijloace preventive de conservare poate fi vorba pentru ca reclamantul să aibă posibilitatea de a-și realiza dreptul de creanță invocat