



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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 3478/05.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 495/05.01.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin director general ..., împotriva anunțului de atribuire nr. ..., publicat în SEAP de către ..., cu sediul în ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire, într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Combustibil pentru încălzire”, cod CPV 09200000-1 - Petrol, cărbune și produse petroliere (Rev.2), anunț de participare nr. ..., se solicită admiterea contestației și anularea procedurii de atribuire.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... contestă anunțul de atribuire nr. ..., publicat în SEAP de către ..., prin care s-a atribuit contractul de furnizare antemenționat ofertantului ..., prin contractul nr. 15160/22.12.2016 în valoare de 386.250 lei.

Contestatorul menționează că ofertantul declarat câștigător a oferat drept combustibil lichid uțor tip III un produs fabricat de OMV PETROM, Combustibil Termic Lichid și, de fapt, urmează să livreze un alt produs (cel mai probabil contrafăcut) deoarece prețul de vânzare de la

OMV PETROM la ... este mult mai mare decât cel din propunerea financiară din cadrul procedurii.

În fapt, ... contestă anunțul de atribuire nr. ... prin prisma propunerii financiare și propunerii tehnice ale ofertantului declarat câștigător, prin care ... se angajază să furnizeze Combustibil Termic Lichid (CLU tip III) fabricat de OMV PETROM la prețul de 2.075,00 lei/tonă + TVA pe o perioadă de 3 luni, în condițiile în care ... este în imposibilitate de a livra combustibilul oferat ca provenind de la OMV PETROM, întrucât prețul de achiziție este mult mai mare decât prețul oferat în cadrul procedurii.

Contestatorul precizează că, în conformitate cu notificarea prealabilă nr. 1223/07.10.2016 a ..., formulată la procedura simplificată nr. 392482/22.09.2016, inițiată de Spitalul de Pneumoftiziologie Izvoru, publicată de autoritatea contractantă în SEAP în data de 12.10.2016, ora 14:16, ... achiziționează Combustibil Termic Lichid (CTL) de la OMV PETROM Marketing, în calitate de distribuitor, în baza unui contract, iar prețul de achiziție este conform următoarei formule:

Preț LISTĂ OMV PETROM - ACCIZĂ (71,07 lei/tonă) - 149 euro (la curs BNR de la data facturii) + TVA.

Rezultă că, începând cu data de 20.12.2016, ... poate achiziționa CTL de la OMV PETROM cu următorul preț (conform listei de prețuri OMV Petrom publicată pe site-ul www.petrom.ro):

$(3513.97 \text{ lei/tona} : 1,20) - 71.07 \text{ lei/tonă} - (149 \text{ euro} \times 4,5409 \text{ lei}) = 2180,64 \text{ lei/tonă} + \text{TVA}.$

Luând în considerare cele mai sus menționate, rezultă că ... nu poate furniza Combustibil Termic Lichid fabricat de OMV PETROM la prețul oferat de 2.075,00 lei/tonă + TVA.

Drept urmare, oferta financiară nu se referă la produsul fabricat de OMV PETROM, așa cum declară ... în propunerea tehnică, iar autoritatea contractantă are obligația, în conformitate cu art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016, să verifice și să excludă din procedură un astfel de ofertant. Mai mult, faptele pe care legea le consideră acte de concurență neloială sunt cele prevăzute la art. 4 și art. 5 din Legea nr. 11/1991 actualizată, respectiv art. 5 lit. b) cu referire la punerea în vânzare sau vânzarea unor mărfuri purtând mențiuni false privind originea și caracteristicile mărfurilor, precum și cu privire la numele producătorului sau comerciantului, în scopul de a induce în eroare beneficiarii.

Contestatorul precizează că există concurență ilicită și în situația în care, din dorința de a pătrunde rapid sau a câștiga o cotă cât mai mare de piață, o firmă prejudiciază direct și, de cele mai multe ori, intenționat, activitatea concurenților, apelând la practici ilegale.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației și anularea procedurii.

În drept, contestatorul invocă prevederile legale nominalizate în contestație.

Prin adresa nr. ISR DSI 425/10.01.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 995/10.01.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, prin care arată că își menține hotărârea privind anunțul de atribuire.

Autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității transmiterii contestației, pentru următoarele considerente:

În fapt, ... a inițiat procedura de achiziție pentru atribuirea contractului de furnizare - „Combustibil pentru încălzire” și a publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice anunțul de participare nr. ... la care a atașat documentația de atribuire nr. ..., criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”. Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 08.11.2016 ora 15.00.

Valoarea estimată, exclusiv TVA, a contractului de furnizare - „Combustibil pentru încălzire” este de 598.750 lei.

Operatorul economic ... a înaintat Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor contestația nr. 3368/11.11.2016, înregistrată cu numărul 34.649/11.11.2016, care viza fișa de date, parte a documentației de atribuire nr. 250830/25.10.2016.

În urma soluționării contestației mai sus menționată, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a emis Decizia nr. ..., prin care respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ...

Având în vedere calitatea operatorului economic de participant la procedură și nu cea ce ofertant, autoritatea contractantă a considerat că sunt aplicabile prevederile art. 2 coroborat cu art. 3 litera f) din Legea 101/2016.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de ..., ca nefondată, tardivă și lipsită de interes, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea 101/2016.

În drept, autoritatea contractantă invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a pus în discuție contestatorului, excepția lipsei de interes în formularea contestației, excepție invocată și de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere nr. 425/10.01.2017.

Prin adresa nr. 3496/18.01.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 2148/18.01.2017, ... solicită comunicarea punctului de vedere al autorității contractante, în vederea formulării unui răspuns cu privire la excepția lipsei de interes în formularea contestației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată de atribuire, într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Combustibil pentru încălzire”, cod CPV

09200000-1 - Petrol, cărbune și produse petroliere (Rev.2), sens în care a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, valoarea estimată a contractului este de 598.750 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Consiliul constată că autoarea contestației critică anunțul de atribuire nr. ..., publicat în SEAP de către ..., prin care s-a atribuit contractul de furnizare antementionat ofertantului ..., prin contractul nr. 15160/22.12.2016 în valoare de 386.250 lei, în condițiile în care ... nu a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire în cauză.

Preliminar oricărei discuții asupra fondului contestației, Consiliul este ținut să analizeze existența interesului contestatoarei în demersul său, în condițiile în care, acesta nu a depus ofertă în cadrul procedurii.

Cercetând cu prioritate excepțiile de procedură și de fond, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, respectiv „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, Consiliul va examina cu prioritate excepția lipsei de interes a societății contestatoare în promovarea contestației, invocată de către autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere.

Potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016: *„(1) Orice persoană care se consideră **vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim** printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, **recunoașterea dreptului pretins** sau a **interesului legitim**, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

Art. (3) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

(...)

f) persoană care se consideră vătămată – orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.”

Astfel cum rezultă din textul menționat, depunerea unei contestații este condiționată de existența interesului personal al contestatoarei, or, așa cum s-a arătat, ... nu a depus ofertă în cadrul procedurii. Mai mult, contestatoarea nu motivează vreo vătămare în cuprinsul contestației, ci

critică faptul că *"ofertantul declarat câștigător a oferat drept combustibil lichid ușor tip III un produs fabricat de OMV PETROM, Combustibil Termic Lichid și, de fapt, urmează să livreze un alt produs (...) deoarece prețul de vânzare de la OMV PETROM la ... este mult mai mare decât cel din propunerea financiară din cadrul procedurii"*.

În mod similar, Codul de procedură civilă stabilește, la art. 32 și 33 următoarele:

„Articolul 32 Condiții de exercitare a acțiunii civile

(1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Articolul 33 Interesul de a acționa

Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara."

În analiza criticilor de mai sus, este necesară identificarea existenței interesului determinat, legitim, personal, născut și actual al autoarei. Consiliul constată că aceasta nu are un interes în promovarea lor, deoarece actul atacat, respectiv anunțul de atribuire nr. ... nu o prejudiciază în niciun fel pe contestatoare, din moment ce a ales din propria voință să nu participe la procedură de atribuire în cauză.

Calea de atac a contestației nu este deschisă oricărei persoane, ci doar acelor care fac dovada că au calitatea de persoană vătămată, în sensul art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Contestația nu poate servi ca mijloc de blocare cu rea-credință a investiției autorității contractante sau ca prilej de dezbateri teoretice pe marginea legalității actelor întreprinse de autoritatea contractantă. Totodată, prin declanșarea demersului jurisdicțional trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese ale contestatoarei, nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici care ar avea acces la procedura de atribuire. Interesul reprezintă folosul urmărit de către cel care a pus în mișcare acțiunea și el trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie legitim, să fie născut și actual, să fie personal și direct. Interesul este legitim atunci când nu contravine legii și normelor sociale; născut și actual atunci când există în momentul în care se exercită acțiunea și pe întreg parcursul exercitării acesteia; este personal și direct atunci când folosul practic îl vizează pe cel care

recurge la această formă procedurală și nu pe altcineva. Folosul urmărit prin cerere trebuie să aparțină titularului acesteia, prin aceasta justificându-se caracterul de interes direct și personal, admitându-se unanim că prin declanșarea unui demers procesual trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese și nu interesul general de respectare a legii ori al altor persoane, străine de cauză.

Consiliul constată că jurisprudența în materia achizițiilor publice este constantă, practica statornică fiind în sensul celor antemenționate.

Art. 8 alin. (1) ind. 1 din Legea nr. 554/2004 își găsește pe deplin aplicabilitatea și în contenciosul achizițiilor publice, sens în care persoanele fizice sau juridice pot formula capete de cerere prin care invocă apărarea unui interes legitim public numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

Atât în materia contenciosului administrativ, astfel cum este reglementat de dreptul comun, cât și în materia contenciosului special în domeniul achizițiilor publice, reglementat de Legea nr. 101/2016, este consacrată concepția contenciosului subiectiv, criticile referitoare la încălcarea unor prevederi legale putând fi reținute numai în măsura în care au produs o vătămare persoanei care le invocă (decizia civilă nr. 2862 din 16 august 2012 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal).

În Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt, în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), Curtea de Justiție a Comunităților Europene a statuat că, în conformitate cu art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, statele membre sunt obligate să se asigure că procedurile de revizuire stabilite de directivă sunt disponibile „cel puțin” oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract public și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare a dreptului comunitar privind contractele de achiziții publice sau normele interne de aplicare a legii. Este, așadar, evident că prevederea nu obligă statele membre să instituie căile de atac disponibile pentru orice persoană care dorește să obțină un contract de achiziție publică, ci le permite să solicite ca persoana în cauză să fi fost sau să riște să fie lezată de încălcarea pe care o invocă. Prin urmare, art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public decât dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă.

Consiliul nu poate reține în soluționare solicitarea contestatorului de comunicare a punctului de vedere al autorității contractante, în vederea formulării unui răspuns cu privire la excepția lipsei de interes în

formularea contestației, având în vedere că solicitarea Consiliului transmisă prin adresa nr. ... este foarte clară în sensul exprimării poziției vizavi de excepția lipsei de interes în formularea contestației, având în vedere că ... nu a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, și nu cu referire la fondul cauzei și la argumentația autorității contractante. Nu în ultimul rând, termenul dat contestatorului pentru a răspunde solicitării a fost data de 13.01.2017 ora 14.00, iar acesta a transmis răspunsul la solicitarea amintită, în data de 18.01.2017, ora 1.59 PM, prin email.

Practica Consiliului este constantă în sensul că acesta nu pune la dispoziția părților documente din dosarul cauzei către părți. Dacă dorea să studieze răspunsul autorității contractante, contestatorul putea formula o cerere de studiu a dosarului cauzei la Consiliu.

Ținând seama de probatoriul aflat la dosar, de considerentele expuse și de practica judiciară statornică, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., având a cerceta cu precădere existența interesului (procesual al) contestatoarei în cauză, Consiliul constată că reclamanta nu are interes în a solicita anularea procedurii de atribuire în baza criticilor aduse anunțului de atribuire antemenționat. Este evident că reclamanta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a actului autorității contractante pe care îl atacă.

Luând în considerare cele ce preced, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., vizând anularea procedurii de atribuire.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca lipsită de interes contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

...

...