CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. 9999/20.06..... și a adresei nr. 10118/20.06....., emise de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

SC ..... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire nr. 9999/20.06....., prin care oferta sa a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 3, în urma aplicării criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, iar oferta Asocierii .....SRL ..... - SC .....SRL . – SC .....SA . a fost declarată câștigătoare.

Contestatoarea consideră că oferta câștigătoare nu corespunde din punct de vedere al cerințelor stabilite prin documentația de atribuire, apreciind că membrii comisiei de evaluare au efectuat o analiză improprie a corespondenței propunerii financiare cu listele de cantități stabilite prin documentația de atribuire și clarificările formulate în etapa de depunere.

În justificarea acestei opinii, contestatoarea precizează că ofertantul declarat câștigător se află în conflict de interese fiind întrunite condițiile art.

60 alin. (d) și (e) din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește participarea la procedura din speță, aducând în sprijinul acestei afirmații următoarele:

a) Operatorul rețelei de apă-canal a orașului .. este SC ... SRL;

b) Administratorul SC ... SRL este dl. .., CNP 1690521293129;

c) Administratorul SC .....SRL (și principal asociat cu 95 părți sociale din 100) este același ....

De asemenea, contestatoarea consideră că oferta Asocierii .....SRL ..... - SC .....SRL ... – SC .....SA .. trebuia declarată inacceptabilă conform art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, încadrându-se în prevederile art. 137 alin. (2) lit. (c) din HG nr. 395/2016, deoarece prin modificările făcute față de listele de cantități postate în documentația de atribuire Asocierea a prezentat o ofertă alternativă la prevederile caietului de sarcini.

Totodată, contestatoarea arată că oferta Asocierii câștigătoare nu respectă listele de cantități și extrasele de resurse și trebuia declarată neconformă conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea invocă faptul că asocierea câștigătoare a prezentat o ofertă cu un preț neobișnuit de scăzut (prezentând în ofertă materiale cu un preț mult subevaluat) și consideră că autoritatea contractantă trebuia să o respingă, ca inacceptabilă și neconformă în baza art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. g) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea solicită Consiliului accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC în vederea depunerii de concluzii scrise.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 11239/07.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 27701/10.07....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, pe cale de excepție, ca lipsită de interes și ca inadmisibilă, în parte (criticile ce nu au făcut obiectul notificării prealabile), precum și respingerea ei pe fond.

În cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă subliniază că demersul inițiat de contestatoare este lipsit de interes având în vedere că oferta acestuia este clasată pe locul trei, iar prin contestația introductivă se critică doar oferta câștigătoare, nu și cea de pe locul doi, considerând că SC ..... SRL nu poate beneficia de un folos practic ca urmare a promovării contestației.

De asemenea, având în vedere criteriul de atribuire precizat în anunțul de atribuire, respectiv „prețul cel mai scăzut”, poziția contestatoarei, precum și criticile formulate prin contestație, care vizează exclusiv oferta situată pe locul 1, autoritatea contractantă susține că autoarea contestației nu face dovada existenței vreunui prejudiciu.

Un interes imediat nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerința actualității, iar în ipoteza admiterii contestației, respectiv stabilirea neconformității ofertei declarate câștigătoare, consecința ar fi declararea drept câștigătoare a ofertei clasate pe locul 2.

Autoritatea contractantă susține că acesta nu reprezintă un folos practic pentru petentă, care nu dobândește niciun beneficiu ca urmare a demersului său, nefiind în situația de a avea o șansă reală de atribuire a

contractului de achiziție, situație în care nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 27820/...../...../10.07....., Consiliul a solicitat contestatoarei opinia cu privire la excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 28371/12.07....., SC ..... SRL a transmis Completare prin care solicită respingerea excepției lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, susținând că la acest moment numai oferta aflată pe locul 1 conține toate documentele prevăzute în documentația de atribuire, acesta fiind și motivul pentru care a contestat numai ofertantul aflat pe primul loc.

De asemenea, contestatoarea arată că, urmare a admiterii contestației sale și dispunerea reevaluării ofertei declarate câștigătoare, autoritatea contractantă va constata inacceptabilitatea și neconformitatea acesteia (datorită argumentelor sale din cuprinsul contestației) și astfel, oferta aflată pe locul 2 se va afla în clasamentul intermediar pe locul 1 (conform art. 143 alin. (2) din HG nr. 395/2016) și, în acest moment, autoritatea contractantă îi va solicita documentele prevăzute prin documentația de atribuire și numai atunci oferta *va fi completă și va putea fi eventual studiată și contestată*.

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

În vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, ... a inițiat procedura simplificată, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., în cadrul căruia a postat și documentația de atribuire aferentă.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. 9999/20.06..... și a adresei nr. 10118/20.06....., SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față după îndeplinirea procedurii notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Văzând clasamentul ofertelor admisibile, stabilit de autoritatea contractantă prin raportul procedurii nr. 9999/20.06....., Consiliul constată că oferta SC ..... SRL, se situează pe locul 3, după ofertele (locul 1), Asocierea .....SRL ..... - SC .....SRL .. – SC .....SA .., (locul 2), SC . ... SRL.

Având în vedere că, prin contestația depusă, SC ..... SRL critică exclusiv decizia autorității contractante de a stabili oferta câștigătoare, fără a ataca și oferta clasată pe locul al doilea, Consiliul reține lipsa de interes a contestatoarei în demersul său, excepție invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere (ce a fost comunicat și contestatoarei). Astfel, presupunând că, prin decizia sa, Consiliul invalidează declararea câștigătoare a ofertei Asocierii .....SRL ..... - SC .....SRL ... – SC .....SA ., contestatoarea nu are niciun folos practic în urma acestei decizii, calitatea de ofertă câștigătoare urmând a fi preluată de cea aparținând SC .... SRL.

Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii*

contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi".

La art. 3 alin. (1) din lege sunt definite următoarele noţiuni:

„a) act al autorităţii contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire; […]

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(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 consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

Potrivit acestor dispoziții legale, calitatea procesuală activă a contestatorului este condiţionată de existenţa şi dovedirea interesului legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire.

De asemenea, Codul de procedură civilă, care reprezintă dreptul comun în privinţa litigiilor supuse Legii nr. 101/2016 (a se vedea art. 68 din această lege), stabileşte, la art. 32 alin. (1) lit. d) şi art. 33, că orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia justifică un interes, care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.

Hotărând că, legal, oferta contestatoarei, în acest caz, nu va putea fi declarată câştigătoare, este subînţeles că aceasta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii contractante de calificare şi de declarare câştigătoare a unei alte oferte.

Or, față de situația faptică a prezentei spețe, este evident că, prin contestarea ofertei câștigătoare, Asocierea .....SRL ..... - SC .....SRL– SC .....SA, nu preîntâmpină suferirea vreunui prejudiciu (necâștigarea contractului de achiziție publică), de vreme ce, chiar și în condițiile în care ar fi anulată decizia autorității contractante de stabilire câștigătoare a ofertei Asocierii .....SRL ..... - SC .....SRL– SC .....SA, aceasta tot nu ar câștiga competiția. Astfel, contestatoarea nu ar putea justifica demersul său pe apărarea unui interes aparținând altui ofertant, contracandidat al său.

În concluzie, Consiliul constată că atacarea numai a ofertei desemnată câştigătoare, fără a fi criticată și oferta clasată înaintea sa, în condițiile în care oferta contestatoarei s-a clasat pe locul 3, deci fără a exista posibilitatea modificării actualei finalități a procedurii de atribuire față de oferta depusă, reprezintă o acțiune fără interes.

În susținerea celor evocate, Consiliul reţine, în soluţionare, faptul că în hotărârea Curţii de Justiţie a Comunităţilor Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunţare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) şi Wiener

Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că 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 numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precizat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În această direcție este și precedentul dat de Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, care a pronunțat decizia nr. 434/CA/2016-R din 26 februarie 2016 (chiar dacă ofertele situate pe primele două locuri nu ar îndeplini cerințele impuse, se vor califica prioritar ofertele situate pe locurile trei și patru, nu oferta contestatoarei, aflată pe locul cinci).

De asemenea, în decizia civilă nr. 3033 din 10 septembrie 2012, Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a reţinut: „Pe fondul plângerii, Curtea va examina, în cele ce urmează, critica petentei referitoare la soluţia Consiliului de respingere a excepţiei lipsei de interes a contestatoarei.

Se impune precizarea că petenta invocă, în esenţă, în susţinerea lipsei de interes, împrejurarea că, prin contestaţia formulată, contestatoarea-intimată, situată pe locul al treilea în clasamentul ofertanţilor, critică doar oferta câştigătoare, nu și oferta de pe locul al doilea. Analizând această critică, Curtea apreciază că este întemeiată. (...) Prin urmare, Curtea constată că intimata-contestatoare nu îndeplineşte condiţiile cumulative pentru a avea calitatea de persoană vătămată în accepţiunea dispoziţiilor art. 255 alin. (1) din ordonanţă, întrucât, situându-se pe locul trei în clasament şi criticând numai oferta de pe locul întâi, nu ar putea fi declarată câştigătoare, neputându-se dovedi existenţa interesului său legitim născut și actual şi nici un eventual prejudiciu cauzat de actul autorităţii contractante.

Din aceste considerente, în temeiul dispoziţiilor art. 285 alin. (1) din ordonanţă, Curtea va admite plângerea formulată de petentă, în calitate de ofertant câştigător, va modifica decizia Consiliului, în sensul că va admite excepţia lipsei de interes a contestatoarei, și va respinge contestaţia formulată de aceasta ca lipsită de interes”.

În aceeași direcție a decis și Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, care a emis decizia nr. 485 din 8 martie 2016, din considerentele căreia citățm: „În situația în care prin contestație este criticat actul autorității contractante numai în legătură cu oferta câștigătoare, înlăturarea acesteia din urmă, dacă ar fi găsită ca întemeiată contestația, ar avea drept consecință declararea drept câștigătoare a ofertei aflate pe locul al doilea dintre ofertele declarate admisibile și menționate în rezultatul procedurii, or, petenta ocupă abia locul patru, demersul administrativ-jurisdicțional efectuat de aceasta urmând să profite doar ocupantei locului al doilea, condiția caracterului personal al interesului nefiind îndeplinită (...) Susținerea interesului întemeiat pe incidența dispozițiilor art. 35 din ordonanță și art. 36 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 nu poate fi primită, cele două oferte au fost declarate admisibile de către autoritatea contractantă, iar împotriva acestei hotărâri a autorității nu a fost formulată, în condițiile legii, contestație administrativă, astfel că acestea nu mai pot fi supuse, sub aspectul invocat de petentă, unei proceduri de verificare, reevaluarea ofertelor putând fi realizată doar sub aspectul criteriului de calificare, respectiv prețul cel mai scăzut, iar în raport de acest criteriu petenta situându-se pe locul al patrulea.

În acest context, elementele referitoare la condițiile de calitate și cantitate invocate de petentă prin plângere ca fiind neîndeplinite de cei doi competitori aflați pe locurile doi și trei sunt irelevante în soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei Consiliului, prin care s-a respins ca lipsită de interes contestația sa. Acestea puteau constitui motive ale contestației și, după ce ar fi

fost supuse verificării Consiliului, dacă soluția adoptată de organul administrativ-jurisdicțional ar fi nemulțumit-o, ar fi putut să constituie motive de susținere a fondului plângerii”.

Date fiind prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 („Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”), admițând excepția lipsei de interes a SC ..... SRL în formularea contestației sale, Consiliul nu va mai analiza fondul cauzei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă, ca lipsită de interes, contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă, ..., și respinge contestația depusă de SC ..... SRL, ca lipsită de interes.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

.....