CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 alin. (2) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația 209/02.03.2018, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 8628/02.03.2018, respectiv, sub nr. 8956/06.03.2018, SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., a contestat rezultatul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă" online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal", Lot 1 – „Oxigen medicinal + Închiriere instalație stocare oxigen medicinal", coduri CPV 24111500-0, 44612200-5 (Rev.2), organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat, în principal, „anularea rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, incluzând dar fără a se limita la comunicarea rezultatului procedurii", reevaluarea, în condiții de legalitate, a ofertei sale și constatarea faptului că oferta sa este câștigătoare, iar oferta depusă de SC ...GAZ SRL, este inacceptabilă și neconformă, iar în subsidiar, în măsura în care capetele de cerere mai sus menționate nu sunt admise, anularea procedurii de atribuire întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

SC ...GAZ SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de Director General și convențional prin av. ..., în calitate de ofertant câștigător pentru lotul nr. 1, a formulat cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 1717/15.03.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 10693/15.03.2018, respectiv sub nr. 11069/19.03.2018, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de SC ...SRL, ca fiind tardiv formulată.

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

În preambulul contestației sale, SC ...SRL susține că, la data de 04.12.2017, a transmis autorității contractante adresa nr. 2006, având anexate toate documentele de calificare actualizate cu excepția certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...S.R.L, făcând totuși dovada solicitării de emitere a acestuia, cu mențiunea că acesta va fi eliberat până la data de 07.12.2017. În data de 05.12.2017, în urma analizei documentelor primite, autoritatea contractantă a transmis comunicarea intermediară nr. 33180/1/2 prin care a revenit cu solicitarea de a fi depuse o serie de documente, printre care și certificatul de atestare fiscală pentru subcontractantul ...S.R.L., până la data de 08.12.2017.

Contestatoarea susține că a depus documentele solicitate cu excepția certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...S.R.L., încă neeliberat de către instituția publică competentă, solicitând autorității contractante acordarea unui termen suplimentar pentru depunerea certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...S.R.L. până la data de 14.12.2017. SC ...SRL susține că la data de 12.12.2017, a transmis, prin fax, certificatul de atestare fiscală pentru subcontractantul ...S.R.L., eliberat de ANAF la data de 11.12.2017 sub nr. 817196, fără ca autoritatea contractantă să-l ia în considerare, întrucât, în data de 14.12.2017, aceasta a transmis comunicarea privind rezultatul procedurii înregistrată sub nr. 34382/1/2 prin care a declarat oferta SC ...SRL inacceptabilă, motivat de lipsa certificatului de atestare fiscală pentru subcontractantul ...S.R.L.

Contestatoarea observă că, între data solicitării de prelungire a termenului pentru depunerea documentului solicitat (data de 12.12.2017) și data la care a fost emisă Comunicarea privind rezultatul procedurii (data de 14.12.2017), autoritatea contractantă nu a transmis nicio comunicare în sensul că este de acord sau, dimpotrivă, refuză prelungirea termenului de depunere a documentului, conform solicitării exprese a SC ...SRL.

Contestatoarea face precizarea, totodată, că la data de 07.02.2018, a luat cunoștință, din SEAP, despre declararea ofertei ... ca fiind câștigătoare, fapt pentru care, la data de 12.02.2018 s-a prezentat la sediul autorității contractante în vederea studierii dosarului achiziției publice, ulterior formulând notificarea prealabilă, la care, prin răspunsul nr. 4985/21.02.2018, autoritatea contractantă a invocat excepția tardivității formulării acesteia. Contestatoarea susține că, în mod eronat, autoritatea contractantă a apreciat că societatea sa ar fi avut acces la comunicarea nr. 34382/1/1 din data de 14.12.2017 privind oferta ..., postată în SEAP în data de 15.12.2017.

Astfel, contestatoarea învederează că nu poate fi reținută excepția tardivității notificării prealabile dat fiind faptul că societatea sa nu ar fi putut constata faptul că ofertantul ... nu deține autorizațiile și avizele necesare pentru efectuarea unor eventuale revizii, reparații, verificări, exploatarea instalației precum și întreținerea instalației de stocare a

oxigenului medicinal, altfel decât cu ocazia studierii tuturor documentelor din dosarul achiziției.

În ceea ce privește oferta depusă de SC ...Gaz SRL, contestatoarea arată că aceasta ar fi trebuit să fie autorizată în conformitate cu prevederile Prescripției Tehnice PT C4/2010 pentru efectuarea de lucrări la recipiente metalice stabile sub presiune și cu prevederile Prescripției Tehnice PT C6/2010 pentru efectuarea de lucrări la conducte metalice sub presiune sau, după caz, să indice subcontractantul care va realiza astfel de lucrări.

Un alt aspect adus în discuție de către contestatoare vizează faptul că în sprijinul ofertei depusă de ... s-a menționat ca subcontractant - ...SRL, fiind completat un formular DUAE și pentru acesta, proporția de subcontractare fiind de 19,68% și acoperind numai activitatea de transport iar nu și executarea de lucrări asupra instalației de stocare oxigen, autoritatea contractantă neverificând aceste aspecte.

Contestatoarea subliniază și faptul că ... nu va putea susține prețul ofertat prin propunerea financiară, autoritatea contractantă având posibilitatea să solicite clarificări în acest sens.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante din răspunsul la notificarea prealabilă, potrivit căreia ofertantul ... a depus Avizul eliberat de ANMDM în data de 15.12.2016, contestatoarea învederează că avizul ANMDM nu este suficient, ofertantul având obligația să se conformeze legislației în vigoare și să obțină toate autorizațiile obligatorii pentru efectuarea reviziilor, reparațiilor și întreținerii instalației de stocare oxigen.

Contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației sale, SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 6295/06.03.2018, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 9422/08.03.2018, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestația formulată de SC ...SRL, prin care invocă inadmisibilitatea contestației, întrucât notificarea prealabilă formulată de contestatoare a fost formulată tardiv. Astfel, se arată că atât comunicarea nr. 34382/1/1 din 14.12.2017, cât și raportul procedurii au fost postate în SEAP la data de 15.12.2017, astfel încât termenul pentru depunerea unei notificări prealabile a început să curgă la data de 15.12.2017 și nu la data de 12.02.2018.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în raportul procedurii nr. 34381/15.12.2017 se regăsesc mențiuni cu privire la oferta SC ...Gaz SRL, contestatoarea neputând invoca necunoașterea declarării ofertei acesteia ca fiind câștigătoare.

Autoritatea contractantă aduce în atenția Consiliului un aspect semnificativ care justifică reorientarea criticilor contestatoarei în ceea ce privește anularea procedurii pentru lotul 1: prin decizia nr. 272/C5/72/ 30.01.2018, CNSC a respins ca inadmisibile criticile SC ...SRL referitoare la ofertantul declarat câștigător și la anularea procedurii de atribuire ca urmare a faptului că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă pe motiv că nu a fost îndeplinită procedura notificării prealabile, la momentul formulării plângerii împotriva deciziei sus menționate, contestatoarea

necriticând și soluția de respingere ca inadmisibile a celor două capete de cerere de către CNSC.

De asemenea, se mai arată că termenul de 10 zile prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 nu curge de la data de 07.02.2018, în condițiile în care, la această dată a publicat în SEAP decizia CNSC nr. ... și a bifat doar lista câștigătorilor în baza comunicărilor emise în data de 14.12.2017, neavând loc o nouă comunicare a rezultatelor procedurii. Astfel, în data de 07.02.2018, nu a fost postat niciun act de natură să poată forma obiectul vreunei notificări sau contestații.

Referitor la criticile aduse de către contestatoare privind oferta depusă de SC ...Gaz SRL, autoritatea contractantă le consideră inadmisibile, în condițiile în care obiectul dosarului nr. 81/32/2018 îl constituie anularea raportului procedurii de atribuire în ceea ce privește respingerea ofertei SC ...SRL ca inacceptabilă și anularea comunicării nr. 34382/1/2 din 14.12.2017 privind rezultatul procedurii de atribuire, publicată în SEAP în data de 15.12.2017 și a tuturor actelor subsecvente acesteia, respectiv tardive, având în vedere că autoarea contestației a luat cunoștință despre declararea propunerii tehnice a SC ... România Gaz SRL ca fiind conformă cu cerințele documentației de atribuire încă din data de 27.11.2017.

Față de cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea ca inadmisibilă a contestației, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației ca fiind nefondată.

Prin adresa nr. 7245/14.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 10672/15.03.2018, ... a comunicat documentele necesare soluționării contestației formulată de SC ...SRL.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 1717/15.03.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 10693/15.03.2018, respectiv sub nr. 11069/19.03.2018, formulată de SC ...GAZ SRL, în calitate de ofertant câștigător pentru lotul nr. 1, reprezentantă convențional prin av. ..., prin care s-a solicitat respingerea contestației formulată de SC ...SRL, ca fiind tardiv formulată.

Intervenienta consideră contestația ca fiind tardivă, întrucât contestatoarea a luat la cunoștință de actele atacate încă din data de 15.12.2017, când acestea au fost postate în SEAP de către autoritatea contractantă.

Mai mult, intervenienta observă că în conținutul prezentei contestații sunt formulate aceleași critici ca și în cea care a făcut obiectul dosarului nr. 72/2018, tardivitatea acesteia fiind, prin urmare, evidentă.

Intervenienta subliniază că decizia CNSC nr. ... cu privire la inadmisibilitatea criticilor contestatoarei privind oferta sa cât și cu privire la anularea procedurii de atribuire, a rămas definitivă, întrucât, prin plângerea formulată la Curtea de Apel Bacău, contestatoarea nu a atacat decizia și cu privire la inadmisibilitatea constatată de către Consiliu.

În consecință, SC ...GAZ SRL solicită respingerea contestației ca tardiv formulată.

Prin adresele nr. 10913/714 C5/16.03.2018 și nr. 10916/714 C5/16.03.2018, Consiliul a înștiințat părțile că au posibilitatea de a transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de SC ...GAZ SRL.

Autoritatea contractantă ... a răspuns prin adresa nr. 7711/19.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 11151/19.03.2018, prin care a comunicat faptul că este de acord cu admiterea cererii de intervenție.

Contestatoarea SC ...SRL a răspuns prin adresa nr. 240/19.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 11163/19.03.2018, prin care a solicitat respingerea excepției tardivității contestației, invocată de intervenientă, reiterând susținerile prezentate în contestație cu privire la acest aspect.

În vederea soluționării contestației formulată de SC ...SRL, Consiliul, prin adresele nr. 11146/714 C5/19.03.2018, nr. 11148/714 C5/19.03.2018 și nr. 11149/714 C5/19.03.2018, a pus în discuţia părţilor, din oficiu, excepţia lipsei de interes a contestatoarei, motivat de faptul că plângerea formulată de SC ...SRL împotriva deciziei nr. ..., prin care CNSC a menținut decizia autorității contractante de respingere a ofertei depusă de SC ...SRL, a fost respinsă de către Curtea de Apel Bacău, prin Hotărârea nr. 361/15.03.2018, astfel că decizia CNSC a devenit definitivă și irevocabilă, prin urmare autoarea contestației nu mai justifică un interes legitim, născut şi actual în formularea prezentei contestații de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire.

Totodată, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită susțineri finale referitoare la excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 6295/06.03.2018, înregistrat la CNSC sub nr. 9422/08.03.2018.

SC ...GAZ SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 11149/714 C5/19.03.2018, prin adresa nr. 1755/20.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 11412/20.03.2018, prin care a solicitat admiterea excepției invocată de Consiliu și respingerea contestației ca fiind formulată de o persoană care nu justifică un interes.

Prin adresa nr. 7811/20.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 11456/20.03.2018, autoritatea contractantă ... a răspuns la solicitarea CNSC, comunicând că este de acord cu admiterea excepției invocată din oficiu și arătând că în condițiile menținerii deciziei de respingere a ofertei SC ...SRL, contestatoarea este, în fapt, descalificată din cursa pentru atribuirea contractului.

Întrucât contestatoarea a epuizat pârghiile legale care îi permiteau să solicite anularea unor acte emise în cursul unei proceduri de achiziție sau adoptarea de către autoritatea contractantă a unor măsuri de remediere menite să îndrepte atingerile aduse unui drept sau interes al acesteia, autoritatea contractantă învederează că SC ...SRL nu mai este îndreptățită, ulterior acestui moment al folosirii tuturor căilor legale, de a repune în discuție aceleași aspecte, nemaiputând face dovada unui interes legitim, așa cum prevede art. 2 din Legea nr. 101/2016.

SC ...SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 11148/714 C5/19.03.2018, prin adresa nr. 244/21.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 11574/21.03.2018.

În ceea ce priveşte excepţia lipsei de interes a contestatoarei, SC ...SRL consideră că societatea sa justifică un interes legitim, actual şi direct pentru formularea contestaţiei, interesul său fiind născut de la data depunerii ofertei în cadrul procedurii de atribuire şi fiind lezat prin adoptarea, de către autoritatea contractantă, a unor măsuri care încalcă dispoziţiile legale aplicabile în materia achiziţiilor publice, măsuri care au fost menţinute chiar şi după formularea notificării prealabile din moment ce autoritatea contractantă nu a considerat necesară adoptarea unor măsuri de remediere.

În acest sens, contestatoarea invocă art. 3 alin. (1) lit. f), alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016 și susține că nu se poate aprecia că societatea sa a fost exclusă definitiv din procedura, deoarece nu s-a aflat în niciuna dintre motivele de excludere prevăzute expres de legislaţia achiziţiilor publice (Secțiunea a 6 – a, Paragraful 2).

Mai mult, contestatoarea învederează că, deşi dosarul aflat pe rolul Curţii de Apel Bacău a fost soluţionat în data de 15.03.2018, societatea sa nu a primit încă motivarea hotărârii, iar termenul pentru o eventuală cale extraordinară de atac (revizuire sau contestaţie în anulare) se calculează de la comunicarea hotărârii, ori, potrivit prevederilor mai sus amintite, „o excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu /instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”. Având în vedere că legea nu distinge între căile ordinare şi căile extraordinare de atac, iar potrivit adagiului latin „Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, contestatoarea apreciază că au fost avute în vedere de legiuitor şi căile extraordinare de atac.

În ceea ce priveşte excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 6295/06.03.2018, SC ...SRL solicită respingerea acesteia, arătând în acest sens că prin prezenta contestație au fost aduse critici referitoare la neconformitatea şi inacceptabilitatea ofertei SC ... ROMÂNIA GAZ SRL, spre deosebire de contestaţia anterioară, prin care au fost criticate aspecte cu privire la modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat oferta sa. Cu toate acestea, în măsura în care Consiliul, în urma analizei documentelor de la dosarul cauzei, va aprecia că susţinerile SIAD cu privire la nelegalitatea ofertei ... sunt fondate şi în consecinţă, va dispune anularea raportului procedurii şi a actelor subscevente şi reevaluarea ofertelor, această reevaluare va profita tuturor ofertanţilor.

Prin urmare, contestatoarea solicită respingerea celor două excepții invocate.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără fază finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Oxigen medicinal”, cod CPV 24111500-0, 44612200-5 (Rev.2), divizat în 2

loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 12.10.2017, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată cuprinsă între 70.331 lei și 4.456.000 lei.

Prezenta contestație vizează lotul 1 – „Oxigen medicinal – Închiriere instalație stocare oxigen medicinal”.

În cadrul prezentei proceduri de atribuire au depus oferte, pentru lotul 1, 3 ofertanți, printre care și contestatoarea din prezenta speță, aspect consemnat în „Procesul verbal de deschidere a ofertelor” înregistrat sub nr. 27980/13.10.2017.

După evaluarea ofertelor autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului 1, consemnat în raportul procedurii înregistrat sub nr. 34381/15.12.2017, potrivit căruia, a stabilit câștigătoare oferta depusă de SC ...GAZ SRL, în timp ce oferta depusă de SC ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Potrivit documentelor depuse la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a publicat în SEAP la data de 15.12.2017, sub denumirea „Raport final”, raportul procedurii, comunicând, totodată, ofertanților SC ...SRL și SC ...GAZ SRL, prin adresele nr. 34382/1/2/14.12.2017 și nr. 34382/1/1/14.12.2017, rezultatul stabilit, respectiv ofertantului SC ...SRL decizia de respingere a ofertei, iar ofertantului SC ...GAZ SRL faptul că este declarat câștigător.

Nemulțumit de rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 34382/1/2/14.12.2017, respectiv de decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ofertantul SC ...SRL a depus contestația care a făcut obiectul dosarului nr. 72/2018. Prin actul de sesizare a Consiliului SC ...SRL a criticat decizia de respingere a ofertei sale dar și oferta depusă de ...Gaz S.R.L. susținând că aceasta este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, deși, în cadrul notificării prealabile transmisă autorități contractante a sesizat acesteia doar aspecte care vizau oferta sa.

Contestația a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. ..., prin care au fost dispuse următoarele: *„Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă. Admite cererea de intervenție formulată de SC ...GAZ SRL. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare*”. În ceea ce privește criticile formulate cu privire la oferta declarată câștigătoare Consiliul le-a respins ca inadmisibile (paginile 10-12 din Decizia nr. 272/C5/72 din 30.01.2018).

Această decizie a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel Bacău, formându-se dosarul nr. 81/32/2018, iar, prin Hotărârea nr. 361/15.03.2018 emisă de instanță, plângerea a fost respinsă, ca nefondată, situație în care, Consiliul va respinge criticile autoarei contestației care vizează decizia de respingere a ofertei sale, precum și capătul de cerere privind „reevaluarea, în condiții de legalitate, a ofertei sale și constatarea faptului că oferta sa este câștigătoare”, acestea bucurându-se de autoritate de lucru judecat.

În ceea ce privește cererea de intervenție în interesul autorității contractante, formulată de SC ...GAZ SRL transmisă Consiliului, prin e-mail, la data de **15.03.2018** și prin poștă, la data de 16.03.2018, CNSC constată că a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [„(*3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație*”], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SC ...SRL la data de 06.03.2018, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de **16.03.2018**. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 şi art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, SC ...GAZ SRL are calitatea de ofertant câștigător al lotului 1, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată în legătură cu acest lot, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție.

Prezenta contestație, vizează rezultatul procedurii, contestatoarea formulând critici atât în ceea ce privește decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, cât și decizia autorității contractante de stabilire a ofertantului câștigător ca fiind SC ...GAZ SRL, despre a cărui ofertă susține că este inacceptabilă și neconformă.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă și de intervenientă, precum și excepția lipsei de interes, invocată din oficiu.

Analizând excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă și de intervenientă, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, așa cum rezultă din considerentele care urmează.

Din documentele transmise de autoritatea contractantă la dosarul cauzei rezultă că, pe parcursul evaluării, membrii comisiei de evaluare au elaborat 2 rapoarte intermediare, respectiv raportul intermediar nr. 28220/17.10.2017 și nr. 32448/27.11.2017, rezultatul procedurii fiind stabilit în raportul procedurii, înregistrat sub nr. 34381/15.12.2017, în cadrul căruia au fost consemnate deciziile membrilor comisiei de evaluare în legătură cu ofertele depuse pentru lotul 1, respectiv faptul că oferta declarată câștigătoare a fost cea depusă de SC ...GAZ SRL. Toate

cele trei rapoarte au fost publicate în SEAP în 17.10.2017, 27.11.2017 și, respectiv, 15.12.2017.

În prezenta contestație, SC ...SRL își exprimă nemulțumirea în legătură cu decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SC ...GAZ SRL, despre care autoarea contestației susține că ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă și neconformă, decizie consemnată în raportul procedurii întocmit și publicat în SEAP la data de 15.12.2017, astfel că termenul de parcurgere a etapei de notificare prealabilă, stabilit la art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 [*„(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de:* a*) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii*"], incident în speță, începe să curgă din 16.12.2017 și se împlinește la data de **27.12.2018** (în condițiile în care 25 și 26 decembrie 2017 au fost străbători legale).

Verificând respectarea de către contestatoare a termenului anterior calculat pentru transmiterea notificării prealabile către autoritatea contractantă, Consiliul constată că acesta nu a fost respectat, în condițiile în care, din documentele transmise către contestatoare în legătură cu prezenta cauză, rezultă că SC ...SRL a transmis autorității contractante, în legătură cu decizia contestată, notificarea prealabilă nr. 165/**19.02.2018**, cu mult în afara termenului legal anterior calculat.

Consiliul nu poate reține, ca moment al luării la cunoștință despre decizia atacată, data de 07.02.2018, așa cum susține contestatoarea, în condițiile în care, mesajul generat automat de către operatorul SEAP, la data de 07.02.2018, în cadrul căruia este indicat ofertatul stabilit câștigător pentru lotul 1, nu reprezintă un document emis de autoritatea contractantă, deci un act al autorității contractante, așa cum este acesta definit de art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 (*„act al autorităţii contractante - orice act administrativ, 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 unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii*"), astfel că, acesta nu poate face obiectul vreunei contestații. În speță, așa cum s-a

reținut în paragrafele anterioare, actul autorității contractante în care a fost consemnat rezultatul procedurii este raportul procedurii publicat în SEAP la data de 15.12.2017, despre care părțile au luat cunoștință la această dată.

Consiliul nu poate reține nici susținerea contestatoarei referitoare la faptul că ar fi luat la cunoștință despre aspectele reclamate la data de 12.02.2018 când a avut acces, la autoritatea contractantă, la dosarul achiziției.

Astfel, potrivit art. 217 alin. (4), (5) și (6), (4) din Legea nr. 98/2016, *„(4) Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziţiei publice are caracter de document public. (5) Accesul persoanelor la dosarul achiziţiei publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.* (*6) Prin excepţie de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum şi la informaţiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”.*

Din documentele transmise de autoritatea contractantă rezultă că, deși comunicarea rezultatului procedurii, respectiv adresa nr. 34382/1/2/ 14.12.2017, a fost publicată în SEAP la data de **15.12.2017,** solicitarea de acces la dosarul achiziției, a fost formulată de către contestatoare la data de **08.02.2018** (înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 4128/09.02.2018), deci după aproape două luni de zile, fiind întemeiată pe prevederile art. 271 alin. (6) din legea anterior amintită. Ori, lipsa de diligență a contestatoarei în vederea accesului la dosarul achiziției la autoritatea contractantă într-un termen care să-i permită acesteia respectarea termenelor stabilite de legiuitor pentru parcurgerea etapelor premergătoare depunerii unei eventuale contestații nu poate conduce la stabilirea unui alt termen de când începe să curgă termenul de transmitere a unei notificări prealabile, SC ...SRL având posibilitatea de a solicita accesul la dosarul achiziției publice încă de la 15.12.2017.

Procedând de această manieră, contestatoarea și-a asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor, respectiv respingerea contestației ca inadmisibilă.

Analizând excepția invocată din oficiu, privind lipsa de interes a contestatoarei în formularea prezentei contestații, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Așa cum s-a reținut într-un paragraf anterior, contestația formulată de către SC ...SRL împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă a fost respinsă, ca nefondată, de Consiliu, prin Decizia nr. ..., iar plângerea formulată de contestatoare împotriva acestei decizii a fost respinsă de instanța competentă, ca nefondată. În aceste condiții,

decizia adoptată de către autoritatea contractantă în legătură cu oferta contestatoarei și-a dobândit caracterul definitiv, oferta contestatoarei fiind respinsă în mod definitiv. Astfel, la data formulării prezentei contestații oferta depusă de contestatoare a fost respinsă, în mod definitiv, ca inacceptabilă [în temeiul prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016], câștigătoare fiind declarată oferta depusă de SC ...GAZ SRL, aspect consemnat în raportul procedurii nr. 34381/15.12.2017.

Verificând interesul contestatoarei în promovarea prezentei contestații, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„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 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din același act normativ, conform căruia *„În sensul prezentei legi, termenii şi 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; şi

(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";

(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

- art. 2a alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achizițiilor publice, potrivit căruia *„Se consideră că ofertanţii sunt interesaţi dacă nu au fost încă excluşi definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanţilor interesaţi şi fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluţionarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac".*

Aşadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o entitatate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes

legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al entităţii contractante.

Deşi, nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie ca cea de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța analizată, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

În consecință, având în vedere că:

- oferta depusă de SC ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, această hotărâre a autorității contractante făcând obiectul deciziei nr. ..., emisă anterior de Consiliu;

- decizia nr. ..., emisă de Consiliu, a fost atacată cu plângere la instanța competentă, iar plângerea a fost respinsă ca nefondată, oferta contestatoarei fiind respinsă în mod definitiv,

Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea deciziei de declarare câștigătoare a ofertei depusă de SC ...GAZ SRL, de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire.

Un interes eventual (care ar putea conduce la anularea procedurii de atribuire ca urmare a reevaluării ofertei câștigătoare), nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerinţa actualităţii, iar solicitarea de anulare a procedurii de atribuire conduce la un interes eventual şi nu imediat. În acest sens este relevantă Decizia nr. 251/R/2017 a Curții de Apel Brașov în dosarul nr. 92/64/2017.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod definitiv respinsă, SC ...SRL nu are, în legătură cu această procedură, interesul legitim necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul nu poate reține nici susținerea contestatoarei referitoare la faptul că sintagma „persoană (...) exclusă”, face referire doar la cazurile prevăzute de Legea nr. 98/2016 în cadrul Secțiunii a 6 – a „Criterii de calificare”, Paragraful 2 „Motive de excludere”, în condițiile în care art. (3) alin. (3) din Legea nr. 101/2016, este o preluare a prevederilor art. 2a alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului Europei,

potrivit căruia *„Se consideră că ofertanţii sunt interesaţi dacă nu au fost încă excluşi definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanţilor interesaţi şi fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluţionarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac*”.

Este evident faptul că sintagma „persoană exclusă”, vizează, de fapt, ofertanții ale căror oferte au fost respinse în mod definitiv, o interpretare contrară conducând la imposibilitatea aplicării tuturor prevederilor legale. Pe de altă parte, din conținutul raportului procedurii rezultă că oferta depusă de către SC ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, ca urmare a nedepunerii certificatului de atestare fiscală eliberat de ANAF al subcontractantului ...SRL, deci pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută la art. 165 din Legea nr. 98/2016, prevăzută în cadrul „Motivelor de excludere”.

Susținerea contestatoarei referitoare la faptul că decizia emisă de Curtea de Apel București nu ar fi definitivă nu poate fi reținută de Consiliu în condițiile în care, potrivit art. 35 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, „(2) *Hotărârea prin care instanţa soluţionează plângerea este definitivă”.* Potrivit informațiilor publicate pe portalul justiției, în legătură cu cauza nr. 81/32/2018, în cadrul căreia instanța a emis Hotărârea nr. 361/2018, există următoarele mențiuni: „Soluția pe scurt: respingerea plângerii ca nefondată. **Definitivă**. (...)”. Exercitarea de către contestare a vreunei căi extraordinare de atac (revizuire sau contestație în anulare) nu este de natură să înlăture caracterul definitiv al deciziei/hotărârii Curții de apel Bacău, în speță fiind incidente dispozițiile art. 503 alin. (1) din codul de procedură civilă [„(...) Hotărârile definitive pot fi atacate cu contestație în anulare (...)].

În aceste condiții, Consiliul stabileşte că, în cauza supusă soluţionării, SC ...SRL nu deţine calitatea de persoană vătămată în înţelesul legii, motiv pentru care Consiliul va admite excepţia invocată din oficiu.

În ceea ce privește cererea de studiere a dosarului, aceasta va fi respinsă, având în vedere faptul că, în speță, cauza a fost soluționată pe excepție, Consiliul neanalizând pe fond susținerile contestatoarei, situație în care, eventuale argumente prezentate prin concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului, nu ar fi putând conduce la schimbarea soluției pronunțată.

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepțiile inadmisibilității, invocată de autoritatea contractantă și intervenientă/lipsei de interes, invocată din oficiu, și va respinge, ca inadmisibilă/lipsită de interes contestația formulată SC ...SRL, iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de SC ...GAZ SRL.

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

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepțiile inadmisibilității/lipsei de interes, invocate de către autoritatea contractantă și intervenientă, respectiv, din oficiu, și respinge, ca inadmisibilă/lipsită de interes, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritatea contractantă.

Admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de SC ...GAZ SRL.

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

PREŞEDINTE COMPLET

....

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **...**

Redactat în 5 exemplare originale, conține 14 pagini.