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 Consiliu sub nr. ...../....., formulată de ..... SA, cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Reprezentant Vânzări, împotriva comunicărilor privind rezultatul procedurii în privința lotului 1, emise de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, inițiată cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la 15.06....., s-a solicitat Consiliului .....

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., ... SA atacă decizia de desemnare a .....câștigătoare a lotului 1, de către ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura amintită, considerând că autoritatea contractantă a declarat câștigător un operator cu un preț mai mic decât cel ofertat de ea, dar care nu respectă Regulamentul UE 531/2012, modificat și completat de Regulamentul UE 2016/2286.

În primul rând, contestatoarea învederează că, prin intermediul unei solicitări de clarificări, a solicitat autorității contractante să confirme dacă pentru serviciul de date mobile se dorește aplicarea Regulamentului de

roaming UE 531/2012, modificat și completat de Regulamentul UE 2016/2286, iar prin răspunsul său, nr. 9245/02.07....., autoritatea contractantă i-a comunicat că Regulamentul UE 531/2012 privind roamingul în rețelele publice de comunicații mobile în interiorul Uniunii, modificat și completat de Regulamentul UE 2016/2286, este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în toate statele membre.

În al doilea rând, în ceea ce privește Lotul nr. 1 - Servicii de telefonie mobilă și internet, contestatoarea susține că, în cuprinsul caietului de sarcini, la pagina 3, paragraful A.3 - Cerințe minime obligatorii pentru maximum 62 utilizatori și cartele SIM, care vor forma 3 tipuri de abonamente, se menționează:

- TIPUL I pentru maxim 20 abonamente de telefonie mobilă și internet, respectiv: Rețea cu acoperire națională; Nelimitat minute și SMS-uri în orice rețea națională și Spațiul Economic European (SEE); Minim 6 GB internet pe mobil în Spațiul Economic European (SEE); Minim 60 de unități de roaming incluse (apeluri efectuate și primite, mesaje trimise) în afara Spațiului Economic European (SEE); Minim 500 MB internet pe mobil în roaming în afara Spațiului Economic European (SEE); Minim 500 minute internațional incluse (apeluri efectuate și primite, mesaje trimise), în orice zonă a lumii.

- TIPUL II pentru maxim 25 abonamente de telefonie mobilă și internet, respectiv: Rețea cu acoperire națională; Nelimitat minute și SMS-uri în orice rețea națională și Spațiul Economic European (SEE); Minim 5 GB internet pe mobil în Spațiul Economic European (SEE); Minim 40 de unități de roaming incluse (apeluri efectuate și primite, mesaje trimise) în afara Spațiului Economic European (SEE); Minim 250 MB internet pe mobil în roaming în afara Spațiului Economic European (SEE); Minim 400 minute internaționale incluse (apeluri efectuate și primite, mesaje trimise), în orice zonă a lumii.

- TIPUL III pentru maxim 17 abonamente de telefonie mobilă și internet, respectiv: Rețea cu acoperire națională; Nelimitat minute și SMS-uri în orice rețea națională și Spațiul Economic European (SEE); Minim 2 GB internet pe mobil în Spațiul Economic European (SEE); Minim 20 de unități de roaming incluse (apeluri efectuate și primite, mesaje trimise) în afara Spațiului Economic European (SEE); Minim 125 MB internet pe mobil în roaming în afara Spațiului Economic European (SEE); Minim 300 minute internaționale incluse (apeluri efectuate și primite, mesaje trimise) n orice zonă a lumii.

Astfel cum se poate observa, contestatoarea arată că traficul de roaming solicitat de către autoritatea contractantă se referă exclusiv la utilizarea acestuia în Spațiul Economic European (SEE).

În al treilea rând, ținând seama de Regulamentul UE 531/2012, modificat și completat de Regulamentul UE 2016/2286, contestatoarea precizează că traficul maxim de date în roaming care se poate utiliza în Spațiul Economic European (SEE) este calculat după următoarea formulă:

limita în GB pentru trafic de date = preț lunar al abonamentului după aplicarea tuturor reducerilor X 2.

În acest context, având în vedere cerințele autorității contractante referitoare la traficul de date în roaming pentru Spațiul Economic European (SEE), contestatoarea susține că prețurile minime pentru fiecare tip de abonament, cu respectarea Regulamentului UE 531/2012, modificat și completat de Regulamentul UE 2016/2286, sunt:

•Abonament tip 1: Minim 6 GB internet pe mobil în Spațiul Economic European (SEE) abonamentul costă minim 18 euro, pentru orice preț mai mic nu se pot consuma minim 6 GB, ci mai puțin;

•Abonament tip 2: Minim 5 GB internet pe mobil în Spațiul Economic European (SEE) abonamentul costă minim 15 euro, pentru orice preț mai mic nu se pot consuma minim 5 GB, ci mai puțin;

•Abonament tip 3: Minim 2 GB internet pe mobil în Spațiul Economic European (SEE) abonamentul costă minim 6 euro, pentru orice preț mai mic nu se pot consuma minim 2 GB, ci mai puțin;

Contestatoare susține că a ofertat prețul minim pentru fiecare din abonamentele arătate, cu respectarea Regulamentului UE 531/2012, modificat și completat de Regulamentul UE 2016/2286, condiții în care apreciază că autoritatea a declarat câștigător un operator cu un preț mai mic decât cel ofertat de ea, dar care nu respectă Regulamentul UE 531/2012, modificat și completat de Regulamentul UE 2016/2286.

Nu în ultimul rând, contestatoarea consideră că modul de acțiune al autorității contractante, precum și modalitatea de interpretare a situației de fapt, prin raportare la dispozițiile legale incidente, încalcă în mod grav principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În drept, petenta își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și pe cele din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 12020/17.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 37952/18.09....., autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere, solicitând Consiliului respingerea contestației ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de temei legal, menținerea, ca legale și temeinice a concluziilor transmise tuturor ofertanților prin comunicările privind rezultatul procedurii în privința lotului nr. 1, menținerea ca legal și temeinic a raportului procedurii nr. 27522/06.09....., în ceea ce privește prevederile referitoare la desemnarea câștigătoare a .....

Autoritatea contractantă precizează că cerința de la subpct. 3 pct.A.3, de la fiecare dintre cele trei tipuri de abonamente solicitate în caietul de sarcini, privind "minim 6 GB internet pe mobil” se referă la serviciile de internet, atât pe teritoriul național, cât și pe Spațiul Economic European (SEE).

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că operatorii economicii au prezentat propunerea tehnică și financiară ținând cont de specificațiile tehnice din caietul de sarcini, cât și de clarificările solicitate

până la termenul limită de depunere a ofertelor, așa cum se prevede la art. 123 alin. (1) și alin. (2), coroborat cu art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Subliniază autoritatea contractantă faptul că utilizarea celor 6 GB internet pe mobil, solicitată prin caietul de sarcini, se realizează cu respectarea Regulamentelor naționale, cât și a Regulamentelor UE.

Din motivarea contestatoarei a reieșit că traficul de 6 GB internet pe mobil reprezintă utilizare date în roaming doar pentru Spațiul Economic European, eliminând total utilizarea datelor mobile pe teritoriul național.

Autoritatea contractantă nu contestă calculul realizat de către contestatoare, dar precizează că formula de calcul aplicată este pentru a calcula strict traficul maxim de roaming, care se poate utiliza în Spațiul Economic European.

De asemenea, contestatoarea nu a precizat în oferta sa tehnică că cerința de la subpct. 3, pct.A.3 din caietul de sarcini, privind minim 6 GB internet pe mobil, se referă strict la servicii de date în roaming în Spațiul Economic European.

Consideră autoritatea contractantă că, în mod abuziv, contestatoarea invocă faptul că s-a încălcat în evaluarea ofertelor principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresele nr. 40691 și nr. 40693/2829C3/04.10....., Consiliu a solicitat părților opinia față de excepția lipsei de interes a contestatoarei în formularea contestației.

La această solicitare, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 27615/....., înregistrată la CNSC sub nr. 40840/....., solicitând respingerea contestației, întrucât „... SC ..... SA nu se poate considera persoană vătămată (...) s-a clasat pe locul III și contestă doar documentele autorității contractante prin care a desemnat câștigătoare pentru lotul I, oferta depusă de ....., practic necontestând și rezultatul procedurii privind oferta depusă de ofertantul clasat pe locul II, contestație care nu îi conferă niciun avantaj real și direct în clasamentul procedurii de atribuire”.

Până la data emiterii prezentei decizii, contestatoarea nu a răspuns la solicitarea Consiliului.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect „.....”, pe loturi, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... din 15.06..... și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de decizia de desemnare a .....câștigătoare a lotului 1, ... SA a înaintat prezenta contestație, solicitând anularea tuturor comunicărilor privind rezultatul procedurii în privința lotului 1, precum și anularea parțială a raportului procedurii nr.

27522/06.09....., în partea ce privește desemnarea .....câștigătoare a lotului 1 și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și desemnarea unui alt câștigător în privința lotului 1, dintre ofertele admisibile, cu respectarea documentației de atribuire și a dispozițiilor legale aplicabile.

Contestatoarea a transmis CNSC și Recipisa de consemnare a cauțiunii aferente, emisă de CEC Bank – Sucursala Lipscani, în data de 14.09....., sub nr. 204890741/1, în valoare de 2.851,00 lei, pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/.....

Văzând clasamentul ofertelor admisibile, stabilit de autoritatea contractantă prin raportul procedurii nr. 27522/06.09....., Consiliul constată că oferta SC ..... SA, se situează pe locul 3, după ofertele (locul 1) SC .....și (locul 2) .....

Având în vedere că, prin contestația depusă, SC ..... SA 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 din oficiu. Astfel, presupunând că, prin decizia sa, Consiliul invalidează declararea câștigătoare a ofertei SC ....., contestatoarea nu are niciun folos practic în urma invalidării ei, calitatea de ofertă câștigătoare urmând a fi preluată de cea aparținând .....

Potrivit art. 2 alin. (1) 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 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, 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 SC ....., 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 și 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.

De asemenea, în decizia civilă nr. 3033 din 10 septembrie 2012, Curtea de Apel ....., 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 URBAN CONSULT 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 ..... SA, în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca lipsită de interes, contestația depusă de SC ..... SA, în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

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

……