CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 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. 142/20.10.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 42165/21.10.2019, formulată de către SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. . reprezentată legal prin administrator ., împotriva raportului procedurii nr. 43367/16.10.2019, întocmit de către ....., cu sediul în municipiul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului cadru de furnizare având ca obiect ***„Pulpe pui”,*** cod CPV 15112000-6 carne de pasăre (Rev.2), s-a solicitat anularea în parte a actului contestat, excluderea de la procedură a ofertantului SC ..... SRL și desemnarea unor noi câștigători, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 142/20.10.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 42165/21.10.2019, SC ..... SRL critică raportul procedurii nr. 43367/16.10.2019, întocmit de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului cadru de furnizare având ca obiect ***„Pulpe pui”,*** s-au solicitat cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea menționează că a participat, în calitate de ofertant, la procedura de atribuire susmenționată, iar, în urma aplicării criteriului de atribuire, clasamentul ofertanților care au depus oferte admisibile este următorul: locul 1 SC ..... SRL; locul 2 SC . SRL; locul 3 SC ..... SRL; locul 4 SC .... SRL.

Autoarea contestației apreciază că decizia autorității contractante de declarare conformă a ofertei depusă de SC ..... SRL este nelegală, deoarece acest ofertant se află sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, invocă art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordu-cadru orice operator economic care *„şi-a încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”*.

În continuare, autoarea contestației prezintă argumente în susținerea afirmațiilor sale doar asupra ofertei clasate pe locul 1, aparținând SC ..... SRL.

Atașat exemplarului original al contestației nr. 142/20.10.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 4230/06.08.2019, SC ..... SRL a transmis recipisa de consemnare nr. . din 21.10.2019 a sumei de 990,00 lei, emisă de CEC BANK .., respectându-se astfel dispozițiile art. 61[1] din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. 44264/22.10.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 42674/23.10.2019, ... a precizaturmătoarele: *„comisia de evaluare, (...), a verificat fiecare document depus de către participanții la procedura de licitație deschisă, (...), inclusiv declarațiile și documentele cu privire la îndeplinirea criteriilor declarate în DUAE și a aplicat criteriul de atribuire «prețul cel mai scăzut»”.*

Învederează faptul că, la organizarea prezentei proceduri a avut în vedere respectarea integrală a legislației achizițiilor publice și, în particular, a dispozițiilor imperative prevăzute la art. 2, secțiunie 1 din Legea nr. 98/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documente ale dosarului achiziției publice.

Prin adresele nr. 43079/.... și nr. 43083/. din 25.10.2019, Consiliul, din oficiu, a pus în discuția părţilor excepţia lipsei de interes a contestatoarei SC ..... SRL, în formularea criticilor cu privire doar la oferta SC ..... SRL, clasată pe locul 1, având în vedere că oferta sa ocupă locul 3 în clasamentul final.

Prin adresa nr. 149/28.10.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 43150/28.10.2019, SC ..... SRL a răspuns solicitării Consiliului solicitând respingerea excepției lipsei de interes, ca fiind neîntemeiată.

Contestatoarea afirmă că, potrivit pct. IV.1.3 al fișei de date a achiziției, „procedura vizează încheierea unui Acord-cadru cu maxim 5 participanți, contractele subsecvente atribuindu-se fără reluarea competiției".

Redând dispozițiile art. 118 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 , autoarea contestației subliniază că simplul fapt al semnării unui acord-cadru în aceste condiții nu garantează unui ofertant că i se vor atribui contractele subsecvente încheiate în baza acestuia, fiind posibil ca autoritatea contractantă să nu ajungă niciodată să semneze contracte subsecvente cu ofertanții clasați pe locurile inferioare.

De aceea, susține că *„interesul unui ofertant este ca, în ipoteza în care este desemnat semnatar al acordului-cadru, să fie clasat pe un loc cât mai avansat în clasament, care îi sporește astfel șansele de a fi la un moment dat semnatar al unui contract subsecvent".*

SC ..... SRL menționează că, în ipoteza admiterii contestației, va urca în clasament și se va situa pe poziția a doua, cu șanse superioare de a fi semnatarul unui contract subsecvent.

Subliniază faptul că normele care reglementează cazurile de excludere sunt imperative, iar încălcarea acestora este sancționată cu nulitatea absolută, care poate fi invocată de către orice participant la procedură.

Având în vedere cele expuse, SC ..... SRL solicită respingerea excepției lipsei de interes și soluționarea pe fond a contestației precizând că interesul său de a invoca, în acest caz, nulitatea absolută a fost demonstrat anterior, excluderea ofertantului situat pe primul loc conferindu-i avantaje concurențiale în procedura ulterioară a executării acordului-cadru.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 43226/28.10.2019, ...a precizat că raportul procedurii a fost publicat în SICAP, la secțiunea „Lista procese verbale, Declarații, rapoarte intermediare și finale" în data de 16.10.2019.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire licitație deschisă, derulată online, în vederea încheierii acordului cadru de furnizare având ca obiect ***„Pulpe pui",*** cod CPV 15112000-6 carne de pasăre (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ....., criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut" și valoarea totală estimată de .. lei, fără TVA.

Potrivit raportului procedurii înregistrat la emitent sub nr. 43367/16.10.2019, ulterior aplicării criteriului de atribuire *„prețul cel mai scăzut"* ofertelor declarate admisibile, clasamentul este următorul:

- Locul 1 - SC ..... SRL, cu o propunere financiară în valoare de 740.520 lei fără TVA;

- Locul 2 - SC ... SRL, cu o propunere financiară în valoare de 748.440 lei fără TVA;

- Locul 3 - SC ..... SRL, cu o propunere financiară în valoare de 769.560 lei fără TVA;

- Locul 4 - SC ... SRL, cu o propunere financiară în valoare de 1.029.600 lei, fără TVA.

Împotriva acestui raport, SC ..... SRL a înaintat contestația în analiză, solicitând cele redate în partea introductivă.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit cărora: *„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 analiza cu prioritate excepția lipsei de interes a SC ..... SRL, invocată din oficiu.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

În invocarea acestei excepții, Consiliul a avut în vedere faptul că, prin contestația formulată, SC ..... SRL a criticat doar oferta clasată pe locul I, depusă de SC ..... SRL, nu și cea de pe locul II, depusă de SC .... SRL, în condițiile în care, așa cum rezultă din Raportul procedurii nr. 43367/16.10.2019, în clasamentul final oferta depusă de SC ..... SRL s-a aflat pe locul 3.

În soluționarea excepției, Consiliul are în vedere următoarele dispoziții 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) din același act normativ, conform căruia *„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".

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritatea contractantă, în cadrul unei proceduri de

achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

Deși, nici Legea nr. 101/2016 și nici Codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și 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.

Față de cele expuse, Consiliul nu va reține ca întemeiată afirmația contestatoarei potrivit căreia procedura în cauză vizează încheierea unui acord cadru cu maxim cinci participanți, astfel că interesul său ar fi determinat de o poziționare pe un loc cât mai *avansat* în clasament, deoarece, scopul său este, evident, acela de a se clasa pe locul 1 și nu de a obține un *loc cât mai avansat* (în cazul de față locul 2) și eventual *„de a fi un moment dat semnatar al unui contract subsecvent*".

Prin urmare, în condițiile în care SC ..... SRL s-a limitat în a critica doar oferta clasată pe locul 1, nu și cea de pe locul 2, nu se poate face vorbire de un interes al contestatoarei de a câștiga competiția, în condițiile în care țelul acesteia, în cazul de față, este numai acela de a fi pe locul 2 și de a aștepta să-i fie încredințat un contract subsecvent, la un moment dat.

În susținerea acestei concluzii, Consiliul ține seama și de propriile afirmații ale contestatoarei potrivit cărora acordul-cadru în discuție se execută *„fără reluarea competiției",* fiind posibil ca *„autoritatea contractantă să nu ajungă niciodată să semneze contracte subsecvente cu ofertanții situați pe locuri inferioare*". Or, pe această logică a contestatoarei, există posibilitatea ca autoritatea contractantă să nu semneze niciodată un contract subsecvent nici cu ofertantul de pe locul 2, ci doar cu cel de locul 1, deci poziția locului doi nu avantajează SC ..... SRL

În concluzie, întrucât SC ..... SRL nu a dorit să înlăture din competiție și ofertantul clasat pe locul al doilea (SC ... SRL) și nu a demonstrat care ar fi „avantajele concurențiale" doar „prin excluderea ofertantului situat pe primul loc", Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual, raportat la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În aceste condiții, chiar și în ipoteza în care s-ar admite contestația formulată de SC ..... SRL și s-ar aprecia că oferta declarată câștigătoare, SC ..... SRL, nu îndeplinește prevederile documentației de atribuire, SC ..... SRL nu ar obține niciun folos practic și actual, dat

fiind faptul că, în raport de criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, soluția ar avea drept consecință câștigarea procedurii de atribuire de către un alt ofertant care a prezentat o valoare a propunerii financiare mai scăzută decât a SC ..... SRL, existând și alt participant la procedură aflat în clasamentul final înaintea contestatoarei care ar putea fi declarat câștigător, întrucât oferta acesteia nu a fost criticată de către SC ..... SRL prin actul de sesizare a Consiliului.

Un interes eventual nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerința actualității, practica CNSC și a instanțelor judecătorești fiind constantă în acest sens (a se vedea, în acest sens, de exemplu, Decizia civilă nr. .... pronunțată de Curtea de ... – Secția Contencios Administrativ și Fiscal).

De asemenea, Consiliul apreciază că pronunțarea de către Consiliu a unei decizii de anulare în parte a raportului procedurii și *„excluderea de la procedură a participantului ..... SRL, (...) și desemnarea unor noi câștigători, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale”* cum se solicită prin actuala contestație, nu ar aduce beneficii în niciun fel societății contestatoare, aceasta neavând șansa reală de a i se atribui un contract subsecvent publică în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” ofertelor declarate admisibile. În această situație, este evident că interesul societății contestatoare în promovarea cererii sale în legătură cu această procedură de achiziție publică nu există și nici nu poate fi dovedit, astfel că SC ..... SRL nu are interesul legitim, în legătură cu această procedură de atribuire, necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În sensul celor de mai sus, s-a pronunțat Curtea de Apel Cluj prin decizia civilă nr. ., precum și Curtea de Apel București prin decizia nr. ..

Date fiind cele evocate, Consiliul stabilește că, în cauza supusă soluționării, SC ..... SRL nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată din oficiu și va respinge ca, lipsită de interes, contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu ....., în calitate de autoritate contractantă.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) din actul normativ anterior menționat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția, invocată din oficiu, privind lipsa de interes a contestatoarei SC ..... SRL în promovarea contestației și respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., în contradictoriu cu ....., cu sediul în municipiul .....

Obligatorie.

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

.....