CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. .../C8/...
Data: ...

Prin contestația nr. 6814/07.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47519/08.11.2017, formulată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., având CUI RO... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva raportului procedurii nr. 1387/25.10.2017, în partea aferentă loturilor 16 și 17, emis de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Furnizare materiale sanitare pentru transplant”, s-a solicitat Consiliului:
- reevaluarea ofertelor depuse în aplicarea procedurii;
- anularea actului autorității contractante nr. 1451/06.11.2017;
- obligarea autorității contractante ca, pentru lotul 16, să considere oferta depusă de SC ... SA ca fiind neconformă și să declarare oferta SC ... SRL câștigătoare;
- obligarea autorității contractante ca, pentru lotul 17, să considere oferta depusă de SC ... SA ca fiind neconformă, și să anuleze lotul, urmând să se reia procedura de achiziție pentru acest lot, cu reconsiderarea bugetului.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire, aferent loturilor 16 și 17, privitor la încălcările legislației achizițiilor publice în ceea ce privește îndeplinirea tuturor cerințelor din caietul de sarcini de către ofertantul declarat câștigător, SC ... SA.

În fapt, contestatoarea susține că a depus ofertă pentru loturile 16 și 17, respectând întocmai cerințele specificate în caietul de sarcini, dar, cu toate acestea, ofertantul declarat câștigător a fost SC ... SA, deși produsele ofertate nu sunt compliante 100% cu specificațiile cerute. Astfel, se arată că solicitarea din caietul de sarcini a fost ca produsul să nu conțină pyrogen, endotoxin, mycoplasma, iar, din specificațiile tehnice, de pe site-ul distribuitorului, dar și al producătorului, nu reiese că acest produs este pyrogen-free, endotoxin-free, mycoplasma-free. Mai mult, subliniază faptul că, din certificatul de complianță, emis de producătorul Origen, depus în probațiune la dosarul cauzei, reiese că produsul nu a fost testat pentru pyrogen și mycoplasma, ci doar pentru endotoxin, iar acesta conține mai puțin de 0,5 unități.

Contestatoarea menționează că motivele prezentate au fost transmise autorității contractante, prin notificarea prealabilă nr. 6727/03.11.2017, însă aceasta a preferat să ignore și să respingă neîntemeiat notificarea, prin invocarea tardivității acesteia, având în vedere că termenele prevăzute la art. 6 lit. b) din Legea nr. 101/2016, se raportează la valoarea estimată a procedurii de achiziție și nu la valoarea loturilor contestate. În acest sens, contestatoarea arată că valoarea estimată a procedurii este de 4.455.470 de lei, termenul pentru depunere a notificării prealabile fiind astfel de 10 zile de la data luării la cunoștință despre actul considerat nelegal. Comunicarea rezultatului procedurii a avut loc în data de 25.10.2017, iar notificarea, depusă în data de 03.11.2017, se află în termenul legal de 10 zile. Mai mult, în opinia contestatoarei, respingerea notificării prealabile pe motiv de tardivitate, din partea autorității contractante, este neîntemeiată și pentru faptul că dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 fac referire la respingerea, ca inadmisibilă, a contestației din lipsa notificării, de către Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor, iar nu de către autoritatea contractantă.

Totodată, contestatoarea consideră că invocarea de către autoritatea contractantă a lipsei de interes a notificării prealabile pentru lotul 17, în baza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, este neîntemeiată, întrucât: participarea la procedura de atribuire, prin depunerea unei oferte pentru lotul 17, denotă un interes în procedură, iar, respingerea ofertei, denotă implicit existența unui prejudiciu, ca o consecință a unui act al autorității

contractante, respectiv considerarea ca fiind conformă a unei oferte ce nu îndeplinește toate cerințele din caietul de sarcini și existența unui tratament inegal (neechitabil) al participanților la procedură.

Referitor la solicitarea de reevaluare a ofertei depusă de SC ... SA, contestatoarea susține că autoritatea contractantă s-a mulțumit în a răspunde că aceasta este conformă cu cerințele caietului de sarcini, întrucât s-a făcut o evaluare de către comisia de evaluare, dovedită cu 2 procese-verbale, neprimite, și prin care s-a hotărât că produsele sunt conforme, autoritatea nerăspunzând în acest fel, la susținerile sale, dovedite prin documente (certificate de analiză produs, informații publice privind specificațiile produsului existente pe site-urile producătorului și al distribuitorului).

Prin adresa nr. 1478/14.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 48824/15.11.2017, autoritatea contractantă transmite punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației ca inadmisibilă și lipsită de interes, motivat de faptul că:

I. Notificarea prealabilă depusă pentru loturile 16 și 17 este tardivă, potrivit art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, valoarea estimată a loturilor nr. 16 (16.000,00 lei) și 17 (51.000,00 lei), ce fac obiectul contestației în cauză, fiind mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Mai arată că SC ... SRL a formulat notificarea prealabilă nr. 6727/03.11.2017, înregistrată cu nr. 1447/03.11.2017, ulterior expirării termenului privind obligația de a formula notificare prealabilă, respectiv 30.10.2017, care i-a fost adus la cunoștință acestuia prin intermediul comunicării privind rezultatul procedurii nr. 1398/25.10.2017, postată în SEAP în data de 25.10.2017, la rubrica "Întrebări". În concluzie, subliniază autoritatea, data de la care curge termenul de formulare a notificării prealabile este 25.10.2017 (așa cum precizează și SC ... SRL în contestația depusă), iar termenul până la care ofertantul avea obligația de a formula notificare prealabilă a fost 30.10.2017.

Totodată, autoritatea contractantă învederează că rezultatele analizei financiare i-au fost aduse la cunoștință ofertantului prin comunicarea intermediară - evaluarea propunerii financiare nr. 1322/10.10.2017, publicată în SEAP, la rubrica "Întrebări", în data de 10.10.2017, respectiv faptul că propunerea financiară depusă pentru lotul 16 este conformă cu cerințele fișei de date a achiziției și caietului de sarcini, și că oferta pentru lotul 17 a fost declarată inacceptabilă, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 si art. 137 alin. (2) lit. f) din HG nr. 395/2016, întrucât s-a ofertat un preț, de 86.894,00 lei, ce depășește valoarea estimată a acordului-cadru aferentă lotului 17, de 51.000,00 lei, și respinsă, conform art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

II. Notificarea prealabilă depusă pentru lotul nr. 17 este lipsită de interes, în lumina dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2017, prin faptul că rezultatul finalizării evaluării financiare, care i-a fost adus la cunoștință SC ... SRL prin intermediul comunicării intermediare - evaluarea propunerii financiare nr. 1322/10.10.2017, publicată în SEAP în data de 10.10.2017, la rubrica "Întrebări", nu a fost atacat în termenul prevăzut, până la data de 16.10.2017 (inclusiv).

III. Oferta depusă de SC ... SA pentru loturile 16 și 17 este conformă, având în vedere că analiza propuneri tehnice depusă, referitoare la aspectele invocate, a fost efectuată prin procesul-verbal de analiză 3 nr. 1067/07.06.2017 și procesul-verbal de analiză 4 nr. 1168/10.07.2017, în urma cărora comisia de evaluare a hotărât că aceasta respectă cerințele documentației de atribuire și prin urmare este conformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini. De asemenea, analiza propunerilor tehnice s-a efectuat și în baza răspunsului SC ... SA la solicitarea de clarificări nr. 1076/07.06.2017, postată în SEAP în 07.06.2017, în urma căreia ofertantul a depus adresa nr. 1471/08.06.2017 și documente de la producător.

Autoritatea contractantă mai precizează că pentru loturile nr. 16 și 17 s-au semnat acordurile-cadru, cu respectarea termenului în care ofertantul avea obligația să formuleze notificare prealabilă.

Prin adresa nr. 49018/.../C.../16.11.2017, Consiliul a pus în discuție excepția tardivității și a lipsei de interes a contestației, invocate autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 1478/14.11.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 48824/15.11.2017, în considerarea prevederilor art. 6 coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, solicitând SC ... SRL punct de vedere cu privire la excepția tardivității și a lipsei de interes a contestației. Prin adresă s-a solicitat și transmiterea copiei actului atacat, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

SC ... SRL a răspuns solicitării Consiliului, prin adresa nr. 7086/17.11.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 49413/20.11.2017, precizând următoarele:

I. În ceea ce privește excepția tardivității, contestatoarea reiterează aspectele deja prezentate în conținutul contestației, la punctul I, și solicită respingerea excepției invocate, ca fiind neîntemeiată și nelegală.

II. Cu privire la lipsa de interes precizată de către autoritatea contractantă, pe care o consideră neîntemeiată, contestatoarea reiterează aspectele deja prezentate în conținutul contestației, la punctul II.

III. Contestatoarea depune, în copie, paginile 1÷6 și 77 din actul atacat, respectiv raportul procedurii nr. 1387/25.10.2017.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „Furnizare materiale sanitare pentru transplant", cod CPV: 33696500-0 Reactivi de laborator (Rev.2), 33141310-6 Seringi (Rev.2), 33192330-4 Pungi de transfuzie (Rev.2), 33194220-4 Accesorii de transfuzie sanguina (Rev.2), 60000000-8 Servicii de transport (cu excepția transportului de deșeuri) (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. .... Valoarea estimată a acordului-cadru ce urmează a fi atribuit este între 17.487,19 și 4.455.470,00 lei, fără TVA.

În data de 05.05.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP documentul intitulat Date de identificare ofertanți/candidați/ subcontractanți/terți susținători conform art. 63 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, înregistrat sub nr. 1007/04.05.2017, în cuprinsul căruia s-au consemnat denumirea și datele de identificare ale operatorilor economici participanți la procedură, pentru fiecare lot în parte.

În raportul procedurii nr. 1387/25.10.2017, a fost reținut modul de desfășurare a procedurii, ofertele admisibile și cele respinse, precum și ofertele desemnate câștigătoare pentru fiecare lot în parte.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, aferent loturilor 16 și 17, comunicat prin adresa nr. 1398/25.10.2017, SC ... SRL, după parcurgerea etapei de notificare prealabilă, a învestit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepțiilor inadmisibilității și a lipsei de interes, invocate de autoritatea contractantă.

Referitor la excepția inadmisibilității contestației, Consiliul observă că, în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, contestatoarea a respectat procedura de notificare prealabilă conform dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, Consiliul reține că, potrivit anunțului de participare nr. ..., publicat în SEAP, valoarea estimată a acordului-cadru în cauză este între 17.487,19 și 4.455.470,00 lei, fără TVA, prin urmare, mai mare decât pragurile valorice, prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Mai este reținut faptul că actul considerat nelegal de către contestatoare este reprezentat de adresa de comunicare a

rezultatului procedurii, primită în data de 25.10.2017, iar notificarea prealabilă nr. 6727/03.11.2017 a fost transmisă autorității contractante cu respectarea termenului de 10 zile, prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, conform căruia „(*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".

Contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul reține că termenul de notificare se calculează raportat la valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, legiuitorul nefăcând nicio distincție în cazul în care procedura este sau nu împărțită pe loturi. Astfel, ținând cont de principiul de drept potrivit căruia *„unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă*", Consiliul observă netemeinicia motivelor prezentate de autoritatea contractantă în susținerea excepției inadmisibilității contestației, pe care o va respinge.

Cât privește lipsa de interes a SC ... SRL în contestarea rezultatului procedurii aferent lotului 17– DMSO 100ml, având în vedere informațiile regăsite în cuprinsul raportului procedurii nr. 1387/25.10.2017, Consiliul constată că, referitor la lotul 17, au fost depuse 3 oferte, respectiv de către SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SA. În urma evaluării acestora, s-a constatat admisibilitatea și desemnarea câștigătoare a ofertei SC ... SA, oferta SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, iar oferta SC ... SRL a fost considerată inacceptabilă, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 si art. 137 alin. (2) lit. f) din HG nr. 395/2016, întrucât s-a ofertat un preț, de 86.894,00 lei, ce depășește valoarea estimată a acordului-cadru aferentă lotului 17, de 51.000,00 lei, și respinsă, conform art. 137 alin. (1) lit. f) din același act normativ.

De asemenea, este reținut faptul că, potrivit adresei nr. 1322/10.10.2017, reprezentând comunicare intermediară evaluare propunere financiară, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință ofertantului SC ... SRL faptul că, pentru lotul nr. 16, oferta sa este

conformă, iar, pentru lotul 17, oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece a „licitat un preț ce depășește valoarea estimată a acordului-cadru”, împreună cu temeiul legal avut în vedere în emiterea acestei decizii.

Ulterior emiterii raportului procedurii, autoritatea contractantă a transmis către SC ... SRL, adresa nr. 1398/25.10.2017 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, conform căreia oferta depusă pentru lotul 16 a fost clasată pe locul 2, iar, în ceea ce privește lotul 17, au fost reiterate informațiile referitoare la respingerea ofertei, comunicate anterior, prin adresa nr. 1322/10.10.2017.

Raportat la situația factuală expusă mai sus, în analiza excepției lipsei de interes raportat la lotul nr. 17, Consiliul reține următoarele:

Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr.101/2016,

„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorităţii 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 pretind sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”

La art. 3 alin. (1) lit. f) din acelaşi act normativ, se precizează că „persoana care se consideră vătămată” este orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

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

(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 respectiva procedură de atribuire.”

Dreptul la acțiune, este conferit, conform art. 3 alin. (1) lit. gg) și hh) din Legea nr. 98/2016, calității de operator economic care își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică sau oricărui operator economic care a depus ofertă în termenul de depunere a ofertelor indicat în anunțul de participare.

Existența interesului este o condiție necesară promovării unei cereri în justiție, astfel cum impune art. 32 alin. (1) din Codul de procedură civilă, conform căruia *„Articolul 32 Condiții de exercitare a acțiunii civile*

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

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes.

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

Prin urmare, în ceea ce privește interesul, acesta este o condiție necesară pentru dobândirea calității de parte în proces și se concretizează în folosul material ori moral pe care l-ar putea obține contestatorul de pe urma acțiunii sale, interesul său fiind chiar încheierea unui contract de achiziție publică ce are un caracter oneros.

De asemenea, interesul trebuie să fie legitim, născut și actual, direct și personal, potrivit art. 33 din același act normativ.

Astfel, condiția interesului este necesară nu doar la momentul formulării cerere de chemare în judecată, ci trebuie dovedită ori de câte ori, pe parcursul procesului oricare dintre participanții la judecată apelează la una sau alta din formele procedurale care alcătuiesc conținutul acțiunii.

În soluționare, Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 2a din Directiva 89/665/CEE privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative, privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări potrivit cărora *„Se consideră că ofertanții sunt interesați dacă nu au fost încă excluși definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluționarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac*."

Raportat la cele expuse mai sus, Consiliul reține că oferta contestatoarei, depusă pentru lotul 17, a fost respinsă ca inacceptabilă, rezultat comunicat autoarei contestației încă din data de 10.10.2017, pe care aceasta nu a înțeles să îl atace conform procedurii instituite de prevederile Legii nr. 101/2016, astfel că, la acest moment, excluderea ofertei sale este definitivă, nemaiputând face obiectul unei căi de atac.

În continuare, se reține că, prin contestație, sunt formulate critici exclusiv cu privire la oferta desemnată câștigătoare pentru lotul 17, critici care au în vedere presupusul caracter neconform al acesteia.

De asemenea, Consiliul constată că o eventuală anulare a procedurii de atribuire, și reluarea acesteia, *„cu reconsiderarea bugetului*", astfel cum solicită contestatoarea, nu poate justifica un interes al acesteia, deoarece organizarea unei alte proceduri ca și participarea acestuia cu ofertă la respectiva procedură, reprezintă evenimente viitoare și nesigure, în timp ce interesul trebuie să fie născut şi actual, adică să existe la momentul exercitării acţiunii civile, în sensul că partea s-ar expune unui prejudiciu dacă ar

rămâne în pasivitate și nu ar recurge în acel moment la acțiune, iar un unul viitor.

În același sens, Consiliul constată că interesul poate fi considerat născut și actual doar în legătură cu procedura actuală, la care contestatoarea a participat, iar verificarea acestuia în cauza de față nu poate fi raportată la un eveniment viitor și incert.

Calitatea procesuală şi interesul nu pot fi raportate decât la dispoziţiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la posibilele soluţii prefigurate de textul art. 26 din același act normativ, precum şi la capetele de cerere din contestaţia formulată, niciuna dintre acestea nefiind de natură să justifice admisibilitatea prezentului demers.

Cum motivele invocate de contestatoare nu îi asigură participarea la procedura de atribuire în curs, neînlăturând motivele de inacceptabilitate a ofertei sale, nu sunt îndeplinite în cauză condiţiile prevăzute de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Nu poate fi apărat prin contestaţie un interes general, deoarece, aşa cum s-a arătat deja, interesul trebuie să fie personal şi direct, adică să aparţină contestatoarei, să-i procure acesteia un beneficiu. Or, autoarea contestației nu a solicitat anularea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, decizie care, astfel, rămâne definitivă.

De asemenea, nu poate fi reţinută a fi îndeplinită nici condiţia cumulativă a prejudiciului pe care să-l fi suferit sau riscă să-l sufere contestatoarea, de vreme ce oferta ei nu poate fi desemnată câştigătoare, fiind inacceptabilă.

Cum motivele invocate de contestatoare nu îi asigură participarea la procedura de atribuire în curs, neînlăturând motivele de inacceptabilitate a ofertei sale, Consiliul constată că, în cauză, nu sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 pentru contestarea rezultatului procedurii aferent lotului 17.

În numeroase decizii de speţă, instanţele de validare a deciziilor Consiliului au stabilit că o contestaţie a unui ofertant descalificat corect este lipsită de interes, cu titlu de exemplu, practica instanţelor judecătoreşti în acest sens:

- Curtea de Apel ..., Secţia a II-a Civilă de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. ...: *Pentru petentă analiza pe fond a ofertei câştigătoare prezintă interes doar în situaţia în care propria sa ofertă ar fi fost declarată eligibilă (acceptabilă), ceea ce nu s-a întâmplat. Faţă de împrejurarea ca oferta reclamantei, în urma soluţionării prezentului litigiu nu va putea fi reţinută de către autoritatea contractantă ca întrunind cerinţele legale, pentru a putea fi aleasă ca fiind oferta câştigătoare, este inutil (lipsit de interes) a fi analizată pe fondul ei oferta câştigătoare*.

- Curtea de Apel ..., Secţia de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. ...: *În privinţa criticilor aduse de către asocierea petentă deciziei de desemnare a SC … SRL drept ofertant câştigător al procedurii, lipsa de interes reţinută prin Decizia Consiliului este întemeiată, în condiţiile în care oferta proprie a petentei a fost declarată inacceptabilă … în mod legal.*

- Curtea de Apel ..., Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. ...: *… Interesul în declararea drept inacceptabilă a ofertei câştigătoare se subsumează în totalitate păstrării calităţii de participant în procedura achiziţiei, calitate pe care petenta nu o mai întruneşte …*

- Curtea de Apel ..., Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. ...: *… contestatoarea nu mai are calitatea de participant la procedura de atribuire, iar în aceste condiţii nu mai putea obţine nici un folos practic, în cazul admiterii contestaţiei … astfel motivele contestaţiei referitoare la neconformitatea ofertei … nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al ofertei petentei … şi, pe cale de consecinţă, să îi asigure accesul la procedura de atribuire, contestarea rezultatului fiind lipsită de interes …*

- Curtea de Apel ..., Secţia Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. ...: *Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câştigător vor fi reţinute ca lipsite de interes în condiţiile în care oferta petentei a fost reţinută ca neconfomă, astfel că nu ar putea obţine niciun folos material direct din reţinerea ca neconformă a ofertei declarate câştigătoare.*

- Curtea de Apel ..., Secţia Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. ...: *Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câştigător sunt apreciate ca lipsite de interes în condiţiile în care oferta petentei a fost reţinută ca neconformă, neputând obţine niciun folos material şi direct din reţinerea ca neconformă a ofertei declarate câştigătoare*;

- Curtea de Apel ..., Secţia comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, decizia nr. ...: *În procedura actuală se verifică dacă măsurile adoptate de autoritatea contractantă sunt de natură să o prejudicieze pe reclamantă. Or, dacă oferta ei a fost înlăturată, iar această măsură a fost apreciată ca fiind legală şi întemeiată, orice contestaţie a reclamantei faţă de alte măsuri ale autorităţii contractante nu satisface un interes al acesteia, în sensul că nu îi aduce niciun folos practic. Reclamanta nu a adus în faţa Consiliului niciun argument privind netemeinicia soluţiei adoptată de autoritatea contractantă în privinţa sa, însă Consiliul a apreciat, cercetând din oficiu aspectul respectiv, că măsura respectivă este corectă. Nici în faţa Curţii de apel reclamanta nu a invocat netemeinicia măsurii autorităţii contractante, făcând referire doar la oferta declarată admisă. Cum motivele referitoare la oferta concurentă nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al propriei oferte şi să îi*

asigure participarea la procedura de atribuire ce se află în derulare, Curtea va reţine lipsa de interes a reclamantei în promovarea contestaţiei şi, respectiv, a plângerii în analiză, pe care o va respinge ca atare;

- Curtea de Apel ..., Secţia Comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, Decizia nr. ...: *Asupra fondului plângerii contestatoarei se constată faptul că ofertanta contestatoare invocă nereguli în privinţa ofertei depuse de o altă societate, fără a avea în vedere faptul că, pentru a putea critica oferta depusă de un alt participant este necesar ca oferta sa să fie admisibilă în funcţie de criteriile menţionate de autoritatea contractantă, în caz contrar, orice critici aduse în raport cu situaţia celorlalţi participanţi relevându-se ca fiind lipsită de interes*.

De asemenea relevantă în Decizia nr. ..., Curtea de Apel ..., Secția de contencios administrativ și fiscal, a stabilit că este lipsită de interes contestarea ofertei concurente, câtă vreme oferta contestatoarei este inadmisibilă. Interesul vizând anularea procedurii și reluarea ei nu poate fi luat în considerare. Pentru a fi actual, interesul trebuie să privească procedura de atribuire prezentă, la care contestatoarea a depus oferta:

Cu privire la justificarea interesului petentei în contestarea ofertei celuilalt concurent, Curtea reține că în analizarea acestuia trebuie pornit de la concluzia deja enunțată: oferta sa este neconformă și inacceptabilă.

Petenta susține că îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute de art. 255 din ordonanță și face apel la prevederile art. 2 alin. (1) lit. p) din Legea nr. 554/2004, care definesc noțiunea de interes legitim privat ca fiind posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurat. Astfel, se impune a se constata că petenta justifică un drept previzibil sau prefigurat care este de natură a fi încălcat prin actul autorității contractante care a fost contestat. Dreptul previzibil constă în posibilitatea pe care petenta o deține în a fi un potențial câștigător al procedurii de achiziție publică, în considerarea experienței și a calificărilor profesionale deținute. De asemenea, interesul petentei este personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare îi aparține în totalitate. Interesul concret în declararea ofertei celuilalt operator ca fiind neconformă o reprezintă reluarea procedurii de achiziție și să i se dea posibilitatea petentei de a participa, în asociere cu altă societate (în situația în care se consideră că aceasta nu poate participa individual), la licitație și de a câștiga această licitație pentru a realiza serviciile pentru care societatea a fost înființată. [...]

Raportând definiția interesului legitim privat la caracteristicile procedurii reglementate de ordonanță, prin prisma filtrului de specificitate stipulat în art. 255 alin. (2), Curtea reține că interesul legitim și actual presupune ca, în prezenta procedură, petenta să aibă îndreptățirea să participe și să își valorifice un drept. Previzibilitatea acestuia se circumscrie limitelor temporale ale derulării procedurii și nu poate exista în afara ei.

Ca atare, dreptul subiectiv viitor și previzibil, prefigurat, la care face referire petenta, este dreptul de a participa la procedura de evaluare finală a ofertelor, în limitele prezentei proceduri, și nicidecum drepturi referitoare la potențiale participări în alte proceduri.

Privită în această cheie, susținerea petentei potrivit căreia declararea ofertei celuilalt operator ca fiind neconformă ar determina reluarea procedurii de achiziție și, astfel, ea ar avea posibilitatea de a participa, în asociere cu altă societate (în situația în care se consideră că aceasta nu poate participa individual), la licitație și de a câștiga această licitație nu poate fi acceptată.

Pe de o parte, pentru a putea critica o altă ofertă, este necesar ca oferta depusă de petentă să fie corespunzătoare, întrucât dreptul subiectiv la care face referire este născut doar dacă această premisă este îndeplinită, iar, pe de altă parte, o reluare a procedurii nu

garantează că oferta petentei ar deveni conformă și, în niciun caz, că ar fi câștigătoare, concurența pe piața serviciilor de profil negarantând un astfel de rezultat.

Reținând că situația-premisă – existența ofertei conforme a petentei – nu este îndeplinită, în mod corect a decis Consiliul că aceasta nu justifică un interes legitim și actual în contestarea ofertei concurente.

Ca atare, excepția invocată de autoritatea contractantă prin întâmpinare este întemeiată, iar ca efect al admiterii ei se va menține soluția de neanalizare a criticilor ofertei respective, acestea fiind inutile atât în faza contestației, cât și în cea a plângerii.

Elocvente sunt și următoarele decizii, în același sens:

- decizia nr. ... (atât interesul legitim, cât și prejudiciul suferit de eventualul contestator trebuie analizate în legătură cu procedura de atribuire, în limitele desfășurării acesteia, ieșirea din cadrul desfășurării unei proceduri de atribuire lipsind interesul de condiția actualității acestuia, anularea unei proceduri de atribuire neputând naște un eveniment cert și posibil în legătură cu care s-ar putea invoca un interes), Curtea de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. ... (ipoteza susținută de petentă în justificarea interesului său, și anume aceea a unei eventuale anulări a întregii proceduri, variantă în care ea s-ar putea prezenta/ar putea veni cu o nouă ofertă care ar putea fi admisibilă, nu poate fi primită de instanță, nesituându-se în limitele legale care impun ca interesul să fie născut și actual, ceea ce nu este cazul în speța de față) și nr. ... (ofertanta a cărei ofertă a fost respinsă în mod corect de autoritate nu are interes în a contesta oferta declarată câștigătoare, întrucât înlăturarea acestei din urmă oferte nu îi aduce contestatoarei folosul practic al adjudecării contractului, iar anularea procedurii nu poate fi echivalată cu actualitatea interesului, ci presupune un interes viitor și nesigur), Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– sentința civilă nr. ... (criticile privind oferta declarată câștigătoare sunt lipsite de interes, în condițiile în care oferta petentei este inacceptabilă. Anularea procedurii de atribuire și posibilitatea reluării ei nu probează interesul contestatoarei), Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. ... (nu se poate reține că interesul petentei, care nu a participat cu ofertă la procedură, ar ține de posibilitatea anulării procedurii de atribuire și necesitatea demarării alte proceduri), Curtea de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. ... (în condițiile în care oferta sa este neconformă, sunt lipsite de interes criticile contestatoarei asupra ofertei declarate câștigătoare. Interesul vizând anularea procedurii și reluarea ei nu este unul născut și actual), nr. ... (în ceea ce privește criticile aduse ofertei câștigătoare, în mod corect a reținut Consiliul lipsa de interes a ofertantei a cărei ofertă a fost declarată neconformă, întrucât, odată respinsă oferta sa, aceasta nu mai poate avea calitatea de participant la procedura de achiziție publică,

iar în aceste condiții nu mai obține niciun folos practic în cazul admiterii contestației. Anularea procedurii de atribuire nu poate duce la demararea unei noi proceduri pentru atribuirea aceluiași contract, la care ofertanta să depună o nouă ofertă ce ar putea fi declarată câștigătoare, întrucât interesul nu poate fi raportat la un eveniment viitor și incert, ci doar la actuala procedură de atribuire) și nr. ... (criticile privind oferta declarată câștigătoare sunt lipsite de interes, în condițiile în care oferta petentei este neconformă. Anularea procedurii de atribuire și posibilitatea reluării ei nu reflectă un interes născut și actual), Curtea de Apel ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. ... (posibilitatea anulării procedurii de atribuire și reluării ei nu probează interesul contestatoarei), Curtea de Apel ..., Secția de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. ... (eventualitatea anulării procedurii de atribuire nu echivalează unui folos practic în considerarea căruia ar putea fi promovată contestația de către un participant a cărui ofertă a fost înlăturată ca neconformă, împotriva actelor care vizează oferta declarată câștigătoare. În măsura în care oferta petentei a fost în mod corect calificată ca neconformă, ea nu poate justifica un interes caracterizat pentru a contesta actele de evaluare a ofertei declarate câștigătoare, căci, în eventualitatea admiterii unei astfel de contestații, aceasta nu ar obține un folos practic imediat, în cadrul aceleiași proceduri), Curtea de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal.

În ceea ce privește criticile din cuprinsul contestației, referitoare la rezultatul procedurii aferent lotul 16, Consiliul, reține că acestea vizează neîndeplinirea, de către ofertantul desemnat câștigător a cerinței tehnice ca produsul ofertat să fie *„pyrogen-free, endotoxin-free, mycoplasma-free*”.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul constată următoarele:

În procesul de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a transmis adresa de clarificări nr. 1076/07.06.2017 către SC ... SA, prin care, printre altele, i se solicitau acestuia următoarele:

„b. cerința din caietul de sarcini pentru lotul 16 este: DMSO10ML: - Dimethyl Sulfoxide >99,9%; - water <0,1%, sterile, - pyrogen- free, endotoxin- free, mycoplasma- free, - pentru crioconservare. Ofertantul a transmis o mostră pe care nu apare mycoplasma-free, astfel nu este conformă cu cerința din caietul de sarcini.

Se va solicita ofertantului să menționeze cum consideră că poate îndeplini cerința de caietul de sarcini pentru lotul 16”

La această solicitare, ofertantul în cauză a răspuns în termenul impus, prin adresa nr. 1471/08.06.2017, astfel:

„referitor la solicitarea dumneavoastră conform căreia pentru produsele de la lotul 16 și 17, respectiv DMSO 10 ml și DMSO 100 ml să fie menționat Mycoplasma-free, am atașat documentele și declarația furnizate de producător ... (engleză și traducere.) Concluziile documentului Mycoplasma in DMSO (pag. 7-9, engleză și 10-12 limba română) furnizate de ..., Martie 2016, au fost următoarele:

Produsele OriGen 100% DMSO sunt sterile și nu conțin micoplasme sau organisem bacteriene vii. Testăm fiecare lot pentru sterilitate și endotoxine, ca parte a criteriilor noastre standard de producție.

De asemenea din declarația furnizorului (pag. 1-2, engleză și 4-5 limba română) reiese că ... este o companie înregistrată FDA cu numărul 1646848.

Produsele ... sunt marcate CE și sunt umplute în spații sterile în conformitate cu standardele cGMP, proceduri certificate FDA.

Produsele ... sunt conforme cu European Pharmacopeia (Ph.Eur) și respectă standardele ISO 13485:2003".

La acest răspuns, s-au anexat documentele și declarația furnizate de producătorul ... la care se face referire, din care, conform celor expuse mai sus, rezultă cele relatate de ofertant, respectiv că testarea finală a producătorului include sterilitatea, endotoxina și microplasma, precum și faptul că produsele ... sunt sterile și nu conțin micoplasme sau organisme bacteriene vii.

Referitor la mijloacele de probă depuse de contestatoare la dosarul cauzei, Consiliul constată că acestea nu sunt relevante în demonstrarea temeiniciei criticilor sale.

În acest sens, constată că Certificatul de compliantă, depus de contestatoare, este emis de producător la data de 10.03.2015, în timp ce declarația producătorului ... prin care SC ... SA înțelege să își demonstreze conformitatea ofertei este datat Martie 2016, prin urmare, informațiile din cuprinsul acestuia sunt de actualitate și, astfel, mai relevante în evidențierea anumitor caracteristici ale produsului în cauză.

Cât privește site-urile, atât al producătorului, cât și al distribuitorului, Consiliul constată că informațiile regăsite pe acestea nu pot fi luate în considerare în detrimentul documentelor oficiale emise de producător, având în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 127 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare efectuează verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini (lit. f), iar nu prin raportare la informații publicate pe site-urile ofertanților/producătorilor. În opinia Consiliului, situația lipsei anumitor informații pe aceste site-uri, nu denotă faptul că produsul nu corespunde cerinţelor tehnice din caietul de sarcini, în condițiile în care, așa cum s-a menționat anterior în motivare, evaluarea

efectuată de comisia de evaluare se face prin raportare la conținutul propunerii tehnice depusă de către SC ... SA și corespondența specificațiilor tehnice conținute în aceasta cu cerințele minime impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, caietul de sarcini, iar nu prin verificarea anumitor site-uri.

În temeiul art. 26 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă și va admite excepţia lipsei de interes a SC ... SRL în formularea contestaţiei pentru lotul 17.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din același act normativ, Consiliul va respinge contestația formulată de SC ... SRL, astfel:

- ca lipsit de interes, capătul de cerere vizând lotul 17;
- ca inadmisibil, capătul de cerere vizând obligarea autorității contractante la declararea ofertei SC ... SRL câștigătoare pentru lotul 16, deoarece stabilirea ofertelor câștigătoare este atribuția comisiei de evaluare, conform art. 127 alin. (1) lit. m) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise în procedura de achiziție publică și atacate prin contestație;
- ca nefondate, celelalte capete de cerere.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Admite excepţia lipsei de interes a SC ... SRL în formularea contestaţiei pentru lotul 17, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- ca lipsit de interes, capătul de cerere vizând lotul 17;
- ca inadmisibil, capătul de cerere vizând obligarea autorității contractante la declararea ofertei SC ... SRL câștigătoare pentru lotul 16;
- ca nefondate, celelalte capete de cerere.

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

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.