

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, 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. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în,, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de doamna - șef birou ofertare, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de lucrări de întreținere periodică multianuală - covoare asfaltice executate la cald - BA16, inclusiv cu preluare denivelări, pentru rețeaua de drumuri naționale din cadrul DRDP - SDN, cod CPV 45233139-3, cu data de deschidere a ofertelor 11.05....., organizată de, cu sediul în,, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat

La, SC SRL, cu sediul în,,,,, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată legal de domnul - director general, a înaintat Consiliului cererea de intervenție principală și accesorie nr. 1594/....., prin care a solicitat, în esență, respingerea contestației și menținerea actualului rezultat al achiziției.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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/....., să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta SC SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr. / 15038/....., i s-a comunicat că oferta sa a fost clasată pe locul III și declarată necâștigătoare, având prețul mai ridicat decât cel al ofertei depuse de SC SRL. În opinia contestatoarei, oferta SC SRL ar fi trebuit respinsă, întrucât prețul ei nu poate asigura realizarea contractului la parametrii solicitați prin documentația de atribuire.

Văzând că este criticată doar oferta desemnată câștigătoare, iar nu și oferta situată pe locul secund, cu adresa nr. 20097/.....-...../01.07....., Consiliul a cerut contestatoarei punctul său de vedere asupra excepției lipsei de interes, în contextul necriticării ofertei de pe locul secund, care ar deveni câștigătoare în situația în care ar fi respinsă oferta SC SRL.

Prin răspunsul nr. 2057/....., înregistrat la Consiliu cu nr. 20217/....., SC SRL solicită respingerea excepției lipsei de interes în promovarea contestației întrucât, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/....., este în drept a se considera vătămată, situația generată prin actul atacat al autorității contractante nefiind conformă cu realitatea. Interesul este legitim, având în vedere legitimitatea interesului oricărui subiect de drept de respectare a prevederilor legii în activitatea oricărei autorități contractante. Este invocată și existența interesului legitim în contestarea ofertei câștigătoare, aceasta fiind singura cale prin care se poate obține respectarea prevederilor legii într-o nouă procedură de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 15843/05.07..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 20289/05.07....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că a solicitat SC SRL fundamentarea economică a modului de formare a prețului, iar comisia de evaluare, în urma analizării documentelor prezentate în adresa de răspuns a SC SRL, a considerat că fundamentarea modului de formare a prețului este concludentă și realistă, drept pentru care a considerat conformă propunerea financiară a ofertantului.

Decizia comisiei de evaluare de a admite și declara câștigătoare oferta depusă de SC SRL este în concordanță cu prevederile legale, motiv pentru care contestația depusă de SC SRL este nefondată.

Prin cererea de intervenție principală și accesorie nr. 1594/, SC SRL invocă, între altele, excepția lipsei de interes a SC SRL în depunerea contestației, deoarece oferta acestei societăți este clasată pe locul III în clasament și nu are niciun interes direct, personal, legitim și actual în formularea contestației. În măsura în care s-ar admite contestația, oferta SC SRL ar rămâne necâștigătoare, deci nu se va realiza niciun folos pentru societate.

Au fost depuse la Consiliu și alte acte, ultimul dintre acestea fiind concluziile scrise nr. 1659/..... aparținând SC SRL, înregistrate la Consiliu cu nr. 21792/.....

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, raportat la textul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/, potrivit căruia "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", urmează a se examina cu prioritate excepția lipsei de interes a SC SRL în demersul litigios al său.

La procedură au fost depuse șapte oferte, între care și aceea a SC SRL, care a fost declarată câștigătoare, având prețul cel mai scăzut. Oferta SC SRL a fost admisă și declarată necâștigătoare, clasându-se pe locul III, prin prisma criteriului de atribuire aplicabil. Împotriva desemnării câștigătoare a ofertei SC SRL, pentru motivele evocate anterior, SC SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Niciuna dintre părțile cauzei nu tăgăduiește faptul că oferta SC SRL se situează pe locul III în clasament, după oferta SC SRL, aflată pe locul I, și oferta SC ... SA, aflată pe locul II. Vizavi de admisibilitatea și clasarea pe locul secund ale ofertei SC ... SA contestatoarea nu ridică nicio obiecție, acceptând tacit această stare factuală.

De altminteri, însuși obiectul principal al contestației se referă doar la rezultatul evaluării ofertei SC SRL:

"1. Anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusa de SC SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii de atribuire.

..... *Anularea în parte a raportului procedurii în ceea ce privește declararea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de SC SRL.*

3. *Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de SC SRL."*

Nu este reclamă în niciun fel oferta SC Transporturi Auto SA sau modalitatea de evaluare a acesteia.

Legea nr. 101/....., la art. alin. (1), dispune că 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 acelei legi.

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

În hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și 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 precitat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În decizia sa civilă nr. 2309 din 20 octombrie 2011, Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a arătat că [ordonanța privind achizițiile publice] nu instituie posibilitatea introducerii unor acțiuni pentru analize și dezbateri pur teoretice, fără consecințe practice asupra persoanei pretins vătămate, sau susținerea exclusiv a vătămării unui interes public (contencios obiectiv). Decizia civilă nr. 6243 din 26 iulie 2012, pronunțată de Curtea de Apel, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și deciziile nr. 2800/R-CONT din 10 decembrie 2012 și nr. 2076/R-CONT din 7 iunie ale Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, sunt în aceeași direcție.

În speța de față, contestația SC SRL este lipsită de interes pentru aceasta, întrucât este criticată evaluarea ofertei câștigătoare, aparținând SC SRL, nu și aceea a ofertei SC

Transporturi Auto SA, clasată pe un loc superior celei aparținând contestatoarei. Admiterea contestației SC SRL ar conduce la îndepărtarea din competiție a ofertei SC SRL, însă cea care i-ar lua locul de ofertă câștigătoare ar fi oferta SC Transporturi Auto SA, nicidecum a contestatoarei. Cu alte cuvinte, demersul SC SRL vine să îi creeze un folos practic SC Transporturi Auto SA, concurenta sa aflată în prezent pe poziția a II-a și care nu a fost criticată, context în care nu poate fi exclusă de la licitație prin efectul admiterii contestației aflate pe rol.

Față de cele evocate și în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/....., întrucât excepția lipsei de interes se vădește a fi fondată, Consiliul urmează a decide respingerea ca lipsită de interes a contestației SC SRL nr./....., în contradictoriu cu

În această direcție este și precedentul devenit practică statornică a instanțelor de judecată. Spre pildă, în decizia civilă033 din 10 septembrie 2012, Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a reținut:

Pe fondul plângerii, Curtea va examina, în cele ce urmează, critica petentei referitoare la soluția Consiliului de respingere a excepției lipsei de interes a contestatoarei.

Se impune precizarea că petenta invocă, în esență, în susținerea lipsei de interes, împrejurarea că, prin contestația formulată, contestatoarea-intimată, situată pe locul al treilea în clasamentul ofertanților, critică doar oferta câștigătoare, nu și oferta de pe locul al doilea. Analizând această critică, Curtea apreciază că este întemeiată.

Potrivit art. 255 alin. (1) din ordonanță, orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile ordonanței. Prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) 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 respectiva procedura de atribuire.

Din interpretarea textului legal citat și astfel cum s-a statuat în jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată, o condiție de exercitare a dreptului la contestație este calitatea de persoană vătămată, aceasta presupunând existența unui interes legitim, precum și a unui prejudiciu produs sau cu privire la care există riscul să se producă. Curtea constată că, în raport de poziția intimatei în clasamentul ofertanților – locul al treilea –, dar și de criticile formulate prin intermediul contestației, critici ce vizează exclusiv oferta situată pe locul întâi aparținând petentei, intimata-contestatoare nu justifică un interes legitim născut și actual.

Astfel, toate criticile formulate de intimata-contestatoare se referă numai la oferta declarată câștigătoare, nefiind formulate critici cu privire la ofertantul situat pe locul al doilea și nici critici generale referitoare la modalitatea de evaluare a tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii.

În aceste condiții, se constată că, chiar și în ipoteza în care s-ar admite contestația și s-ar aprecia că oferta situată pe locul întâi nu ar îndeplini criteriile de calificare impuse de autoritatea contractantă, intimata-contestatoare nu ar obține niciun folos practic, dat fiind că soluția ar avea drept consecință câștigarea procedurii [licitației]

de către ofertantul situat pe locul al doilea, a cărui ofertă nu a fost criticată, și nu de către intimata-contestatoare, situată pe locul al treilea.

Curtea apreciază că nu poate fi reținută motivarea Consiliului, în sensul că există un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire, dat de faptul că, dacă oferta petentei este respinsă, măsura ar determina reevaluarea ofertelor și creșterea șanselor contestatorului de a avansa în clasament, putând ajunge chiar pe prima poziție, mai ales în cazul în care actualul ofertant de pe locul secund s-ar retrage.

În primul rând, condiționarea existenței unui interes al contestatorului de eventualitatea retragerii ofertantului de pe locul al doilea nu poate reprezenta un argument valabil în respingerea excepției, întrucât, în această ipoteză, nu se poate vorbi despre un interes născut și actual, ci despre un interes eventual, care nu poate fi luat în considerare, fiind evident că nu se îndeplinește cerința actualității, iar retragerea viitoare a unui ofertant, deși este o situație posibilă, nu este certă.

În al doilea rând, nu este întemeiată nici susținerea, din considerentele deciziei atacate, în sensul că un ofertant la procedură are interes în a formula contestație indiferent de locul pe care se clasează, în condițiile în care, în urma soluționării contestației, se ajunge la respingerea ofertanților situați pe locurile superioare. Acest argument al Consiliului ar fi valabil, de principiu, în situația în care criticile formulate prin contestația admisă ar viza toate ofertele situate pe locurile superioare în clasament, astfel încât acestea ar putea fi respinse sau ar privi aspecte generale referitoare la modalitatea de evaluare, în ansamblu, determinând, astfel, o reevaluare a tuturor ofertelor.

În concret, în cazul de față, dat fiind că oferta situată pe locul al doilea nu a fost criticată, chiar și în ipoteza reevaluării ofertelor, ca urmare a admiterii contestației, această reevaluare se realizează numai în limitele criticilor considerate întemeiate și care vizează exclusiv oferta de pe primul loc.

Se reține că o contestație formulată de un ofertant situat pe o poziție inferioară împotriva rezultatului procedurii nu este, de principiu, lipsită de interes, nefiind excluse situațiile în care aceasta vizează aspecte generale care pot conduce la o schimbare a clasamentului, fiind necesar ca interesul legitim să fie examinat de la caz la caz. În situația de față, condiția interesului legitim în formularea contestației trebuie analizată nu numai din perspectiva poziției pe care contestatorul o ocupă în clasamentul ofertanților, ci și în raport de motivele contestației care se referă numai la oferta de pe locul întâi, or, în raport de aceste două elemente, se observă că nu ar fi îndeplinită, întrucât contestatorul nu ar obține niciun folos practic în ipoteza admiterii contestației, în sensul că nu ar putea câștiga procedura în condițiile în care oferta de pe locul al doilea nu a fost criticată.

Prin urmare, Curtea constată că intimata-contestatoare nu îndeplinește condițiile cumulative pentru a avea calitatea de persoană vătămată în accepțiunea dispozițiilor art. 255 alin. (1) din ordonanță, întrucât, situându-se pe locul trei în clasament și criticând numai oferta de pe locul întâi, nu ar putea fi declarată câștigătoare, neputându-se dovedi existența interesului său legitim născut și actual și nici un eventual prejudiciu cauzat de actul autorității contractante.

Din aceste considerente, în temeiul dispozițiilor art. 285 alin. (1) din ordonanță, **Curtea** va admite plângerea formulată de petentă, în calitate de ofertant câștigător, va modifica decizia Consiliului, în sensul că **va admite excepția lipsei de interes a contestatoarei, și va respinge contestația formulată de aceasta ca lipsită de interes.**

În același sens sunt numeroase alte hotărâri pronunțate de instanțele de judecată în materia achizițiilor publice.

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția lipsei de interes în formularea contestației, *Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului contestației.*

Relativ la cererea de intervenție aparținând SC SRL, Consiliul ia act că această societate are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, are calitate și

capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP a contestației SC SRL în cadrul anunțului de participare nr. /, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Deși societatea își declară cererea ca fiind una de intervenție atât în interes propriu (principală), cât și în interesul autorității contractante (accesorie), din parcurgerea cuprinsului ei se vedește încadrarea greșită, fiind doar de sprijinire a poziției și apărării autorității contractante, fără nicio pretenție proprie cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională. În virtutea rolului său activ, Consiliul îi poate recalifica în mod corespunzător cererea de intervenție greșit denumită. Astfel fiind, în conformitate cu art. 22 alin. (4) și art. 61 alin. (3) C. proc. civ., Consiliul recalifică cererea de intervenție nr. 1594/, depusă de societatea amintită, în cerere de intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante, și o va trata ca atare.

Față de cele stabilite mai sus cu prilejul examinării contestației și văzând că intervenienta SC SRL a invocat, între altele, și excepția lipsei de interes a SC SRL, excepție dovedită a fi întemeiată, Consiliul determină că respectiva cerere de intervenție este fondată și va fi admisă.

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

Respinge, ca lipsită de interes, contestația SC SRL nr. /, în contradictoriu cu

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante nr. 1594/, depusă de SC SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....

Redactată în cinci exemplare, conține șapte pagini.