CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 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 contestaţia nr. 1320/26.05.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 20992/29.05.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., CIF ..., reprezentată legal de ... - Director, formulată împotriva Raportului procedurii de atribuire nr. 23856/12.05.2017, emis de ...SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție „...”, cod CPV: ... (Rev. 2), iniţiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., s-a solicitat Consiliului să dispună revocarea Raportului și anularea procedurii de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ... SRL atacă Raportul procedurii de atribuire nr. 23856/12.05.2017, emis de ...SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menţionate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că Raportul procedurii de atribuire nr. 23856/12.05.2017 a fost postat în SEAP în data de 15.05.2017, iar în urma Notificării prealabile nr. 1218/16.05.2017, înaintată entității contractante, aceasta din urmă nu a răspuns până în data de 22.05.017.

În continuare, enumera cronologic evenimentele care au condus-o spre convingerea unui tratament discriminatoriu, inegal, netransparent și fără asumarea răspunderii a autorității contractante

Astfel, arată că prin solicitarea de clarificări nr. 15513/29.03.2017, entitatea contractantă, fără a respecta cerinţele iniţiale postate în SEAP, a considerat că trebuie să aducă dovezi care să înlăture caracterul declarativ al unor documente depuse, prin prezentarea unor documente eliberate de terți.

Or, această modalitate este prevăzută în fișa de date în cadrul cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională doar pentru ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar.

Contestatoarea precizează că, în termen legal, cu adresa 841/ 03.04.2017, în baza art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, precum și a dispoziţiilor art. 138 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 394/2016, a notificat entitatea contractantă cu privirea la posibila încălcare a prevederilor legale dar, prin răspunsul dat prin comunicarea „rezultatului aplicării procedurii” nr. 21129/28.04.2017, aceasta a omis aspectul, întrucât nu a răspuns punctual la această notificare, în sensul că nu consideră aspectul ca fiind real.

În acest sens, menționează că nu a apelat la prevederile Legii nr. 101/2016, în acel moment, fiind convinsă ca entitatea contractantă va trata în mod egal toți operatorii economici care au depus oferta și a aşteptat momentul comunicării rezultatului final pentru a avea, prin accesul la dosar, convingerea ca au foşti supuși unui tratament nediscriminatoriu.

Contestatoarea precizează că i s-a permis accesul la dosarul achiziţiei, fără a i se prezenta vreun act de la ceilalţi ofertanţi care să ateste existența unor documente cu caracter confidenţial, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, considerând că este posibilă încălcarea principiului transparenței.

Așa cum entitatea contractantă recunoaşte, SC ... SRL arată că a depus în termen legal, date referitoare la resursele materiale și umane, însă aceste resurse au fost considerate insuficiente și au fost cerute nejustificat dovezi (trebuiau solicitate doar ofertantului desemnat câștigător).

În mod evident eronat, în contradictoriu cu decizia luată în privinţa câştigătorului, entitatea contractantă a decis că oferta sa, care a conține pentru această procedură un număr de 10 angajaţi, din cei cincizeci încadrați, având o dotare tehnică solidă și diversificată care să-i permită asigurarea transportul în condiţii de urgență și fiind operatorul economic aflat la cea mai mică distanță de entitatea contractantă, nu este capabilă să asigure în totalitatea cerinţele solicitate prin caietul de sarcini.

În opinia sa, ofertantul desemnat câștigător - SC ... SRL nu avea cum să facă dovada îndeplinirii cerinţelor, cel puţin câteva stări de fapt indicând această imposibilitate:

- conform procesului verbal de deschidere a ofertelor, numita societate nu are subcontractanți sau terți susținători;

- din datele disponibile pe site-ul Ministerului de Finanţe, operatorul economic în cauză are un singur angajat (situație existentă și la data finalizării evaluării ofertei). În aceste condiţii, autoritatea contractantă a considerat că este relevant doar programul de lucru declarat de câștigător la data depunerii ofertei de 24 ore/24 ore, 7 zile/7 zile, 365 zile/365 zile, niciunde în cerinţele iniţiale autoritatea contractantă nesolicitând așa ceva;

- comisia de evaluare a decis că un singur angajat poate asigura în condiţiile respectării legii, lucrul în trei schimburi când, în mod normal, este nevoie de mai mulţi.

Din aceste aspecte, contestatoarea consideră că se poate trage concluzia unui tratament discriminatoriu dovedit prin larghețea cu care pentru un operator economic sunt suficiente declaraţiile fără dovezi legale și concludente, iar pentru ceilalţi sunt necesare dovezi interpretate după bunul plac, fără o fundamentare reală.

În continuare, societatea contestatoare prezintă o serie de critici asupra ofertei desemnate câștigătoare, susținând că acesta nu conține aviz sanitar în conformitate cu cerințele caietului de sarcini pentru anumite produse.

Contestatoarea solicită acces la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 4482/08.06.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 22595/ 08.06.2017, SC ...SA a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca fiind formulată de o *persoană lipsită de calitatea de persoană vătămată* sau ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că, urmare a evaluării propunerii tehnice şi a răspunsurilor la solicitările de clarificare, oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă cu aplicarea prevederilor art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016., aspect comunicat acesteia prin adresa nr. 3823/12.05.2017.

Analizând conţinutul contestaţiei, entitatea contractantă apreciază că SC ... SRL nu are calitatea de persoană vătămată prin raportare la dispoziţiile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, în sensul că nu îndeplineşte condiţiile de promovare a demersului juridic*,* motivat de faptul că SC ... SRL nu mai poate fi considerat ofertant participant în procedură, deoarece, la acest moment al procedurii, nu are o ofertă valabilă.

Astfel, precizează că, prin adresa nr. 27543/30.05.2017, comisia de evaluare i-a solicitat prelungirea până la data de 31.07.2017 a valabilităţii ofertei și a garanţiei de participare constituită prin instrument de garantare, având în vedere că perioada iniţială era acoperită până la 22.05.2017.

Prin adresa de răspuns nr. 1351/31.05.2017, contestatoarea i-a comunicat că „va proceda în conformitate cu prevederile legale

menționate” la art. 130 alin. (2) și (3) din HG nr.394/2016, fără a opera prelungirea valabilităţii ofertei şi a garanţiei de participare.

Deoarece oferta este expirată, entitatea contractantă susține că societatea contestatoare nu poate face dovada existenţei posibilităţii de a suferi un prejudiciu, ca o consecinţă a unui act emis în cadrul procedurii de atribuire, dat fiind faptul că nu a depus diligenţele necesare de menţinere în procedură a propriei oferte prin asigurarea valabilităţii acesteia, scopul contestatoarei nefiind în realitate obţinerea încheierii contractului, lucru ce rezidă inclusiv din solicitarea pe care a adresat-o Consiliului, de anulare a procedurii.

De asemenea, arată că, raportat la conținutul contestației, ... SRL nu atacă actul de comunicare a rezultatului procedurii în ceea ce priveşte oferta sa, acceptând faptul că a depus o ofertă neconformă (incompletă și fără respectarea prevederilor documentaţiei de atribuire), ci finalitatea acesteia/raportul procedurii din care spicuie şi contestă motivele care au condus la declararea câştigătoare, de către comisia de evalare, a ofertei depuse de SC ... SRL, prin speculaţii şi presupuneri pe care le face în legătură cu aceasta.

Entitatea contractantă amintește motivele pentru care a respins oferta SC ... SRL prin raportare la prevederile documentaţiei de atribuire, precizând că propunerea tehnică a fost incompletă, fiind caracterizată de lipsuri majore și documentaţii tehnice expirate, comisia de evaluare procedând la respingerea ei.

Prin urmare, mizând pe o eventuală obţinere a anulării procedurii, fără a avea certitudinea informaţiilor, contestatoarea presupune că ofertantul declarat câştigător nu deţine avize sanitare și documente tehnice pentru produse a căror descriere şi enumerare o face într-o manieră proprie, prin extragerea unor informaţii din tabelul întocmit de comisie în Procesul verbal de evaluare nr. 15510/29.03.2017.

După ce contrazice afirmațiile contestatoarei, entitatea contractantă apreciază că susţinerile acesteia privind oferta declarată câştigătoare sunt îndoieli sau presupuneri, fără a indica în mod explicit care sunt criticile aduse acesteia şi nu reprezintă motive de fapt şi de drept, în sensul art. 10 lit. f) din Legea nr. 101 /2016.

Mai mult, contestatoarea nu dovedeşte caracterul admisibil al propriei oferte, necontestând neconformitatea acesteia, ceea ce relevă că nu mai este în măsură să probeze, în mod indubitabil, un interes legitim în ceea ce priveşte verificarea ofertei câştigătoare.

În opinia sa, nu există niciun argument valabil pentru dispunerea anulării procedurii, situaţie prezumtivă care să-i ofere contestatoarei posibilitatea participării la o nouă procedură şi şansa de a câştiga contractul de achiziţie publică. Interesul unui ofertant, participant în procedura de atribuire, în contestarea rezultatului acesteia, poate fi justificat sub aspectul folosului practic urmărit prin demersul legal (conform condiţiei ca interesul sa fie „născut şi actual") numai în cazul în

care acesta ar dovedi un beneficiu direct pe care acesta l-ar obţine în cazul admiterii contestaţiei sale.

În final, subliniază că scopul urmărit prin contestaţie este anularea procedurii, iar nu demonstrarea conformităţii propriei oferte, ceea ce fundamentează lipsa calităţii de persoană vătămată a contestatoarei prin neîndeplinirea condiţiei prevăzute la art. 3 alin. 1 lit. f din Legea nr. 101/2016 privind existenţa şi dovedirea interesului legitim, născut şi actual în legătură cu procedura de atribuire.

Prin adresa nr. 1470/14.06.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 23881/15.06.2017, SC ... SRL a transmis concluzii scrise referitoare la excepțiile invocate de entitatea contractantă, apreciind că acestea sunt lipsite de fundament și antagonice realității.

Contestatoarea susține că entitatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum şi, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire.

În aceste condiții, apreciază că, în mod nejustificat și în contradicție cu prevederile HG nr. 394/2016, prin adresa nr. 27543/30.05.2017, entitatea contractantă i-a solicitat prelungirea valabilității ofertei și a valabilității garanției de participare până la data de 31.07.2017, sustinând că maniera de abordare a acestui aspect ridică multe semne de întrebare, care nu fac altceva decât să confirme existența unor interpretări greșite a prevederilor legale sau chiar a unui tratament discriminatoriu față de contestatoare.

Invocând prevederile art. 130 din HG nr. 394/2016, SC ... SRL apreciază că întreg riscul stabilirii perioadei valabilității garanției de participare incumbă entității contractante, care nu poate descalifica un participant ce a respectat perioada stabilită.

Contestatoarea precizează că, în a doua motivare de respingere a demersului său, entitatea contractantă se referă la argumentele care au stat la baza excluderii sale din procedură, fapt pe care aceasta nu-l contestă.

De asemenea, a consideră însă că este de reținut faptul că entitatea contractantă nu neagă sub nicio formă imposibilitatea câştigătorului de a satisface în totalitate cerințele din caietul de sarcini întrucât nu are personal suficient, în opinisa, rezultând tratamentul discriminatoriu și inegal acordat câştigătorului în raport cu ceilalți ofertanți. Pe cale de consecinţă, contestatoarea apreciază că face dovada probării interesului legitim privind verificarea ofertei câștigătoare.

Totodată, arată că entitatea contractantă nu indică, în punctul său de vedere, niciun mijloc de probă pentru a dovedi că operatorul economic declarat câștigător a depus documente care probează îndeplinirea cerinței inițiale însușită fără solicitări de clarificări de către toți participanții la procedura de atribuire.

Referitor la excepțiile invocate, contestatoarea susține că entittaea contractantă nu doreşte decât să distragă atenția de la fondul problemei,

și anume încălcarea principiilor fundamentale prevăzute în Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește calitatea de persoană vatamată consideră că, în mod evident, aceasta rezultă din tratamentul discriminatoriu și inegal al autorității contractante, tratament la care a fost supusă anterior datei la care acesta i-a solicitat în mod neîntemeiat prelungirea valabilității ofertei și a garanţiei de participare.

În opinia sa, faptele care probează caracterul discriminatoriu și inegal sunt determinate de: declararea ofertei SC ... SRL ca admisibilă, în condițiile nu are resursele materiale și umane care să asigure regimul de lucru cerut, nu dovedește că toate produsele ofertate sunt fabricate din materie primă nouă, nu depune toate documentele în forma cerută iniţial iar completarea lor nu produce efectul de respingere a ofertei; refuzul repetat și nejustificat al entității contractante de a-i pune la dispoziţia toate documentele la care legea îi dă dreptul de a avea acces; cele 258 pagini care alcatuiesc dosarul trimis către CNSC nu conțin exact elementele care dovedesc presupunenle contestatoarei; entitatea contractantă nu identifică unde anume în oferta tehnică a operatorului economic declarat câştigător este avizul tehnic pentru colierele de reparații *de* inox; pasivitatea autorității contractante față de un potential caz de „fals și uz de fals" al operatorului economic declarat câştigător.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea încheierii contractului de achiziție „...", cod CPV: ... (Rev. 2), ...SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut", valoarea estimată fiind de ... lei, fără TVA.

Nemulțumită fiind de Raportul procedurii nr. 23856 din 12.05.2017, postat pe SEAP în data de 15.05.2017, SC ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze, solicitând revocarea acestui raport și anularea procedurii de atribuire.

În considerarea dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit cărora: *„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",* Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția lipsei de interes a contestatoarei invocată de entitatea contractantă.

Astfel, din analiza dosarului cauzei, Consiliul constată că, în data de 28.04.2017, contestatoarea a primit adresa nr. 21129 denumită „Comunicare" privind rezultatul analizei ofertelor tehnice, prin care a fost informată că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 228 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016.

Ulterior, după ce entitatea contractantă a întocmit Raportul procedurii nr. 23856 din 12.05.2017, pe care l-a postat pe SEAP în data de 15.05.2017, SC ... SRL, nemulțumită de conținutul acestuia, prin adresa nr. 7543/10.01.2017, a înaintat entității contractante Notificarea prealabilă nr. 1218/16.05.2017, înregistrată la sediul acesteia din urmă cu nr. 9514/17.05.2017, solicitând măsuri de remediere. Entitatea contractantă nu a răspuns până în data de 22.05.2017.

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul constată că SC ... SRL nu a criticat motivele de respingere a ofertei sale, conform procedurilor legale în acest sens, inclusiv ale dispozițiilor stabilite de art. art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)”* .

Prin urmare, neuzând de normele legale aferente, în sensul observațiilor asupra motivelor care au condus la declararea ofertei sale ca neconformă, se prezumă că societatea contestatoare a acceptat aceste motive, considerând că entitatea contractantă, în mod corect, a decis respingerea ofertei sale.

Însă, în urma finalizării evaluării propunerilor tehnice, respectiv după ce entitatea contractantă a întocmit, în data de 12.05.2017, raportul procedurii nr. 23856, pe care l-a publicat în SEAP în 15.05.2017, din care reiese că oferta câștigătoare aparține SC ... SRL, SC ... SRL a înaintat entității contractante Notificarea prealabilă nr. 1218/16.05.2016, înregistrată la sediul acesteia din urmă cu nr. nr. 9514/17.05.2017, solicitând anularea raportului procedurii menționat anterior, și anularea procedurii. Entitatea contractantă nu a răspuns notificării de mai sus, astfel că SC ... SRL a formulat contestația în analiză criticând doar modul în care autoritatea contractantă a desemnat oferta câștigătoare.

Pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o entitatea contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea ar trebui să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorităţii contractante.

Aplicând aceste considerente la speţa analizată, Consiliul constată că observațiile asupra ofertantului declarat câştigător nu sunt justificate de existenţa unor interese care să îndeplinească condiţiile expuse anterior, în condiţiile în care, astfel cum s-a reţinut anterior, oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă de entitatea contractantă.

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.

În concluzie, Consiliul constată că atacarea doar a ofertei desemnate câștigătoare, în condiţiile în care oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă, deci fără a exista posibilitatea modificării actualei finalităţi a procedurii de atribuire, reprezintă o acţiune fără interes.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere chiar propria afirmație a contestatoarei, care subliniază că „în a doua motivare de respingere a demersului său, entitatea contractantă se referă la argumentele care au stat la baza excluderii sale din procedură, *fapt pe care aceasta nu-l contestă.*”

Astfel că, orice cereri faţă de alte măsuri ale autorităţii contractante nu satisfac un interes al acesteia, în sensul că nu îi aduce niciun folos practic, după cum judicios a motivat şi Curtea de Apel Piteşti, Secţia comercială şi de contencios administrativ şi fiscal, în decizia sa nr. 743/R/C din 12 septembrie 2008, pronunţată într-un caz asemănător.

Cum motivele referitoare la oferta concurentă, care a fost declarată câștigătoare, nu sunt de natură să înlăture caracterul neconform al propriei oferte şi să-i ofere contestatoarei accesul la încheierea contractului, este evidentă lipsa de interes a acesteia din urmă, în a solicita revocarea Raportului procedurii nr. 23856/12.05.2017 și anularea procedurii de atribuire în cauză.

Contestatoarea nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii contractante de desemnare ca fiind câştigătoare a ofertei SC ... SRL, în condiţiile în care, oferta ei nu putea fi declarată admisibilă şi câştigătoare, este subînţeles că nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii contractante de calificare şi declarare câştigătoare a unei alte oferte.

În susţinerea celor evocate, Consiliul reţine, în soluţionare, 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 Bundesimmobilien-gesellschaft 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 obţină 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 achiziţii publice: pe de o parte, prin necesitatea existenţei unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziţii 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 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 Cluj, Secţia a II-a Civilă de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 8543 din 22 octombrie 2014: *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 Alba Iulia, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 7353 din 24 octombrie 2014: *În privinţa criticilor aduse de către asocierea petentă deciziei de desemnare a SC … SRL drept ofertant câştigătoar 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 Bucureşti, Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 2305 din 20 octombrie 2011: *… 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 Bucureşti, Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 7890 din 27 octombrie 2014: *… 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 Craiova, Secţia Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 1395 din 02 iunie 2010: *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 Craiova, Secţia Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 577 din 05 februarie 2015: *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 Piteşti, Secţia comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, decizia nr. 743/R-C din 12 septembrie 2008: *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 Piteşti, Secţia Comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, Decizia nr. 645 din 05.06.2009: *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. 131 din 27 ianuarie 2016, Curtea de Apel Alba Iulia, 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. 64 din 27 ianuarie 2016 (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 Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 151 din 18 ianuarie 2016 (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. 3928 din 23 august 2016 (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 București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– sentința civilă nr. 132/CA din 19 august 2015 (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 Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 161 din 6 martie 2017 (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 Iași, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 589/CA/2016-R din 12 februarie 2016 (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. 1088/ CA/2016-R din 23 mai 2016 (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. 1432/CA/2016-R din 21 iunie 2016 (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 Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 665 din 11 februarie 2015 (posibilitatea anulării procedurii de atribuire și reluării ei nu probează interesul contestatoarei), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 723 din 10 martie 2016 (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 Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

Prin urmare, în temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul admite excepția lipsei de interes, invocată de entitatea contractantă, și respinge, ca lipsită de interes, contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ...SA.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes invocată de entitatea contractantă, și respinge, ca lipsită de interes, contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ...SA.

Fără pronunţare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

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

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4(patru) exemplare, conţine 13(treisprezece) pagini.