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. 12 alin. (1) 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 fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 46318/01.11.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului cu nr. J16/2094/2011, CUI 29409977, reprezentată convențional de Cab. Av. ..., cu sediul în ..., formulată împotriva răspunsului nr. 20826/18.10.2017 la notificarea prealabilă, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație eschisă, a contractului de achiziție de furnizare având ca obiect „Furnizarea și distribuirea produselor de panificație pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru copiii preșcolari din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, pentru anul școlar 2017 – 2018 din județul Dolj”, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii nr. 19676/04.10.2017, a raportului procedurii și a actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei sale și obligarea autorității la emiterea unui nou raport al procedurii.

La data de 13.11.2017, SC ... SRL cu sediul în ..., CUI ..., reprezentată legal prin ... - administrator, a înaintat Consiliului cererea de intervenţie voluntară nr. 1292/13.01.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 48266/13.11.2017, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SC ... SRL în principal, ca lipsită de interes și, în subsidiar, ca neîntemeiată.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 depusă de SC ... SRL împotriva răspunsului la notificarea prealabilă nr. 20826/18.10.2017, formulată în legătură cu decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL.

Contestatoarea apreciază că răspunsul la notificarea prealabilă și motivația acesteia are caracter tendențios nu poate constitui o analiză pertinentă, judicioasă a diferenței dintre subscontractant și furnizor, în sensul în care un ofertant trebuie să declare subcontractant acea entitate economică care îndeplinește toate condițiile privind capacitatea tehnică, educațională și profesională solicitate prin caietul de sarcini, fără ca această entitate economică să fie ofertant.

Altfel spus, autoritatea contractantă trebuia să analizeze dacă acea entitate economică numită furnizor de către ofertant, îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractant și autoritatea contractantă, dacă aceasta este implicat în procesele tehnologice de îndeplinire a obiectului unui contract ajutându-l pe contractant să îndeplinească obiectul contractului.

Un furnizor doar pune la dispoziția contractantului principal produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, or acest lucru s-a dorit să fie reliefat de Legea achizițiilor publice, în sensul că subcontractantul chiar intervine în executarea contractului și se delimitează față de furnizor care, în mod uzual, pune în vânzare anumite produse sau prestează anumite servicii. Subcontractantul rămâne implicat o perioadă mai îndelungată decât furnizorul, contractul desfășurâdu-se doar cu ajutorul acestei entități economice.

În fapt, în oferta tehnică prezentată de către SC ... SRL, ofertantul a arătat că îndeplinește cerințele stipulate în caietul de sarcini referitor la personalul implicat în executarea contractului, folosindu-se, în exclusivitate, de personalul unui alt operator economic, SC ... SRL, cu care a încheiat contractul nr. 671/07.07.2017, intitulat impropriu contract de închiriere mijloace de transport împreună cu personalul deservent.

Deoarece resursele umane nu se pot închiria, petenta apreciază că, în realitate, este vorba despre un contract de prestări servicii între cei doi agenți economici. Acest contract este folosit de ofertant atât pentru a arăta că îndeplinește cerințele din caietul de sarcini, cât și pentru a arăta că în baza lui se face execuția efectivă a unei părți din contractul care face obiectul procedurii de achiziție și anume aceea privind transportul și distribuția produselor de panificație către beneficiari (școli și grădinițe din județul DOLJ).

Petenta apreciază că activitatea SC ... SRL, declarat în mod eronat furnizor de către ofertantul câștigător SC ... SRL, vizează o parte anume din contractul de achiziție, execută efectiv lucrări delimitate fizic și valoric, prin urmare, activitatea acestuia este o activitate care poate fi

subcontractată, partea acestuia din lucrare putând fi individualizată în mod concret.

Dealtfel, orice activitate din cadrul unei lucrări care poate să fie definită și individualizată, trebuie să fie definită și individualizată, cu atât mai mult cu cât este vorba despre o activitate pentru care se eliberează autorizații specifice de către o autoritate a statului.

Contrar celor afirmate de către ofertantul SC ... SRL, includerea personalului SC ... SRL în lista personalului de specialitate propus pentru execuția lucrării, în condițiile în care există un angajament din partea persoanelor respective, aceastea nefăcând parte din personalul angajat al SC ACHIZIȚIE ȘI DEZVOLATRE, simultan cu prezentarea contractului de prestări servicii, încheiat între SC ... și SC ... SRL, conduce la concluzia că activitatea va fi executată de către SC ... SRL, prin urmare acest operator economic va fi parte în contractul de execuție lucrări cu autoritatea contractantă. Or, contractul de închiriere autovehicule, cu toate că livrează și personal de specialitate, nu este opozabil autorității contractante în lipsa desemnării SC ... SRL ca subcontractant/terț susținator și, totodată, a prezentării acordului acestui operator cu privire la participarea la procedura de față.

În consecință, SC ... SRL trebuia să fie menționat de ofertant ca subcontractant/terț susținător fiind imperativă completarea de către acesta în DUAE, privind îndeplinirea capacităților de excludere, dispozițiile art. 183 din Legea nr. 98/2016, fiind aplicabile lui SC ... SRL, ofertantul nu și-a îndeplinit această obligație denaturând rezultatul procedurii de achiziție publică.

Drept urmare, autoarea contestației consideră că s-a soluționat în mod eronat notificarea sa prealabilă.

Prin adresa nr. 22576/06.11.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 47839/10.11.2017, ... a transmis punctul său de vedere prin care solicită respingerea contestației formulate de către SC ... SRL ca netemeinică și nefondată pentru toate considerentele dezvoltate în contestație.

Din legislația în materia achizițiilor publice, orice operator economic poate formula contestație, sub condiția cumulativă a prezentării interesului față de procedură și a indicării unui prejudiciu, potrivit căruia sunt incidente dispozițiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În același timp, în conformitate cu dispozițiile art. 33 din Codul de procedură civilă, interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Formularea unei contestații împotriva unui act al autorității este condiționat de justificarea unui interes în modificarea actului autorității contractante, prin interes înțelegându-se folosul practic folosit de cel ce a declanșat acțiunea sau săvârșește un act procedural.

Autoritatea contractantă apreciază că un atare interes nu a fost probat în prezenta cauză, nejustificând recurgerea la procedura contestației, cât timp acest demers este lipsit de orice finalitate practică pentru titularul contestației. Or, anularea deciziei prin care autoritatea contractantă a desemnat oferta câștigătoare nu poate produce nicio

consecință practică asupra situației ofertantei contestatoare SC ... SRL, a cărei ofertă, având în vedere criteriul utilizat la atribuire respectiv acela al prețului cel mai scăzut, ca urmare a fazei finale de licitație electronică desfășurată în SEAP, s-a situat pe locul al *„patrulea”*, astfel că, și dacă ar fi invalidată oferta câștigătoare, alt participant ar avea întâietate.

Autoritatea învederează că prin contestația formulată au fost invocate exclusiv critici vizând oferta câștigătoare, iar în măsura în care aceste critici ar fi găsite ca întemeiate, contrar susținerilor contestatoarei, este evidentă lipsa de interes a contestatoarei într-o eventuală excludere a ofertantului declarat câștigător, care nu va obține niciun folos practic în eventualitatea admiterii contestației sale, întrucât oferta sa nu va putea fi declarată câștigătoare în raport de criteriul de atribuire prestabilit.

În vederea soluționării contestației, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere excepția lipsei de interes în formularea contestației, raportat la prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2106, având în vedere că, prin adresa nr. 19676/04.10.2017, i s-a comunicat contestatoarei că oferta sa, deși a fost declarată conformă și admisibilă, s-a clasat pe locul „4”, iar în cuprinsul contestației, aceasta a formulat critici doar cu privire la ofertantul declarat câștigător.

În acest sens, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca lipsită de interes, a contestației formulată de SC ... SRL, deoarece nu justifică un interes legitim, născut și actual în contestarea deciziei de declarare ca fiind câștigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL, de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire, caz în care contestatoarea nu are interesul legitim necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, prin declanșarea demersului jurisdicțional trebuie să se urmărească asigurarea propriiului interes, nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici care ar avea acces la procedură.

Autoritatea contractantă susține că SC ... SRL nu îndeplinește condițiile cumulative prevăzute în legislația aplicabilă în materia achizițiilor pubice pentru a fi considerată persoană vătămată. Având în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și în condițiile în care admisibilitatea unei contestații este condiționată de necesitatea formulării acesteia de către o persoană vătămată, iar în măsura în care SC ... SRL nu este persoană vătămată, în accepțiunea dispozițiilor legale anterior indicate, autoritatea solicită Consiliului să respingă contestația ca „inadmisibilă”, în contextul tuturor aspectelor de fapt și drept anterior expuse, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă concluzionează că a derulat această procedură de atribuire în mod legal, cu respectarea actelor normative aplicabile și prevederilor documentației de atribuire, astfel încât

afirmațiile contestatoarei referitoare la favorizarea ofertantului declarat câștigător sunt cel puțin tendențioase și neîntemeiate.

Prin cererea de intervenţie voluntară nr. 1292/13.11.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 48266/13.11.2017, SC ... SRL invocă excepția lipsei de interes în formularea contestației de către operatorul economic ... SRL.

Pentru atribuirea acestui contract, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, cu faza finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 176136/14.06.2017, odată cu care a postat și documentația de atribuire.

Au depus oferte 5 operatori economici: ... SRL, ... SRL, ... SRL, ... SRL, ... SRL, care au fost declarați calificați pentru faza finală de licitație electronică, iar după procedura de licitație electronică s-a înregistrat urmatorul clasament: ... SRL - locul I - prețul 0,23 lei fără TVA/unitate produs, ... SRL - locul I - prețul 0,23 lei fără TVA/unitate produs, ... SRL - locul II - oferta 0,24 lei fără TVA/unitate produs, ... SRL - locul III - ofertă 0,25 lei fără TVA/unitate produs, .. SRL - locul IV - oferta 0,30 lei fără TVA/unitate produs;

Prin adresa nr. 19673/04.10.2017, ... a declarat oferta depusă de ... SRL ca fiind câștigătoare, având prețul cel mai scăzut, în conformitate cu dispozițiile fișei de date a achiziției.

Or, în contextul în care, la data de 04.10.2017, ... SRL a recepționat adresa nr. 19676/04.10.2017, prin care i s-a comunicat că oferta sa a ocupat locul III, aceasta a contestat doar oferta clasată pe locul I, situație față de care, în eventualitatea admiterii contestației și respingerii ofertei depuse de ... SRL, ar profita ofertantul clasat pe locul II, respectiv SC ... SRL și nu ... SRL.

Astfel, atâta vreme cât societatea contestatoare nu formulează critici și cu privire la ofertantul clasat pe locul doi, criticile sale doar față de ofertantantul declarat câștigător sunt lipsite de interes prin raportare la prevederile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Formularea unei contestații împotriva unui act al autorității este condiționată de justificarea unui interes în modificarea actului autorității contractante, prin interes înțelegându-se *”folosul practic folosit de cel ce a declanșat acțiunea sau săvârșește un act procedural”*.

În opinia intervenientei, un atare interes nu a fost probat în prezenta cauză, ... SRL nejustificând recurgerea la procedura contestației, cât timp acest demers este lipsit de orice finalitate practică pentru titularul contestației.

Or, anularea deciziei prin care autoritatea contractantă a desemnat oferta câștigătoare nu poate produce nicio consecință practică asupra situației ofertantei contestatoare ... SRL, a cărei ofertă s-a situat pe locul al treilea, astfel că, și dacă ar fi invalidată oferta câștigătoare, ar avea întâietate alt ofertant. Contestația de față cuprinde exclusiv critici vizând oferta câștigătoare a SC ... SRL, care chiar și în măsura în care aceste critici s-ar găsi ca fiind întemeiate, raportul procedurii ar fi anulat în

parte, doar în ceea ce privește această ofertă. Astfel, anularea parțială a raportului procedurii nu poate determina o reevaluare a ofertei clasate pe locul doi, din moment ce aceasta nu a fost contestată.

În acest context, intervenienta învederează evidenta lipsă de interes a contestatoarei într-o eventuală excludere a ofertantului declarat câștigător, aceasta neputând obține niciun folos practic în eventualitatea admiterii contestației sale, finalitatea procedurii față de oferta sa nu ar putea fi schimbată, oferta sa neputând fi declarată câștigătoare în raport de criteriul de atribuire prestabilit.

Pentru aceste considerente, în temeiul dispozițiilor legale invocate, autoarea intervenției, în calitatea sa de ofertant declarat câștigător, solicită admiterea excepției și, fără a face analiza pe fond a cauzei, respingerea contestației formulată de ... SRL ca fiind lipsită de interes.

Analizând conținutul contestației Consiliul a invocat excepția lipsei de interes, pe care a considerat-o ca fiind întemeiată, aspect care rezultă din considerentele următoare:

În prezenta speță, oferta depusă de contestatoare a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare fiind clasată pe locul 3, iar oferta declarată admisibilă și câștigătoare a fost cea depusă de SC ... SRL.

Cu adresa nr. 47276/3960-C4/07.11.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei punctul de vedere cu privire la excepţia lipsei de interes în formularea prezentei contestații, excepție invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 22576/06.11.2017, având în vedere că oferta sa a fost clasată pe locul 3, iar în cuprinsul contestației a criticat și motivat, în fapt și în drept, doar oferta situată pe locul 1.

Autoarea contestației nu a răspuns solicitării Consiliului, deși de la momentul transmiterii solicitării (07.11.2017) și până la momentul emiterii prezentei decizii, a fost suficient timp să se conformeze. Conform AWB nr. AR09492076900, contestatoarea, prin reprezentantul convențional, a fost avizată în data de 09.11.2017 și reavizată în data de 13.11.2017, corespondența fiind păstrată până în data 20.11.2017, dată la care s-a dispus înapoierea).

De asemenea, în condițiile în care autoritatea a precizat că oferta contestatoarei a fost situată pe locul 3, este exclusă condiția existenței unui interes, din moment ce, chiar ca urmare a unei eventuale reanalizări dispuse de către Consiliu a ofertei situate pe locul 1 și, eventual, respingerea acesteia, nu ar putea fi luată nicio măsură prin prisma căreia să se poată aprecia că aceasta justifică existența unui folos practic.

SC ... SRL, ce a depus ofertă admisibilă și clasată pe locul 2, ar fi singurul ofertant ce ar decâștigat în situația reevaluării și/sau respingerii ofertei clasate pe primul loc.

Astfel, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un*

interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia „*În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

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

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”;

Codul de procedură civilă stabileşte:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenţie;

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual”.

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

Deşi nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie ca cea de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului, urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speţa analizată, Consiliul constată că prezenta contestaţie nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior.

În consecinţă, având în vedere că:

- oferta depusă de SC ... SRL a fost clasată pe locul 3, iar aceasta nu a criticat și oferta clasată pe locul 2, Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea

deciziei de desemnare câştigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL, de vreme ce, chiar dacă oferta clasată pe locul 1 ar fi respinsă, în urma reanalizării ofertelor, ea nu poate deveni câștigătoare în această procedură de atribuire.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind clasată pe locul 3, oferta clasată pe locul 2 nefiind contestată, SC ... SRL nu are, în legătură cu această procedură, interesul legitim necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Or, după cum s-a arătat, interesul este o condiţie de admitere a oricărui demers judiciar, iar în materia achiziţiilor publice interesul în promovarea unei contestaţii este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfăşurare a procedurii de achiziţie publică.

În analiza criticilor aduse în prezenta procedură este necesară identificarea existenţei interesului determinat, legitim, personal, născut şi actual al autoarei. Consiliul constată că aceasta nu are un interes în promovarea lor, deoarece interesul său nu este legitim, din moment ce oferta sa a fost stabilită ca necâștigătoare fiind situată pe locul 3.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția privind lipsa de interes a contestatoarei în promovarea contestației, invocată atât de autoritatea contractantă cât și intervenientă, și va respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Relativ la cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, văzând că aceasta, ca ofertantă declarată câștigătoare, are calitate și capacitate procesuală, dovedind un interes legitim în promovarea cererii, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civilă, Consiliul o încuviințează în principiu și, totodată, față de cele stabilite mai sus, Consiliul o va admite.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (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, respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

În conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civilă, încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispozițiile 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.

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 9 (nouă) pagini.