

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 25561/18.05.2022, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii prin licitație deschisă online privind atribuirea acordului cadru având ca obiect „*Transportul salariaților de la domiciliu /reședință la locul de muncă și retur pentru UMC Motru*”, organizată de către Societatea ... cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 1897DC1/09.05.2022, a deciziei de declarare câștigătoare a ofertei Asocierii ... SRL, a actelor subsecvente acestora, a proceselor verbale de evaluare și reluarea procedurii de atribuire,
- restabilirea legalității prin respectarea condițiilor legale privind capacitatea în transportul rutier județean de persoane prin curse regulate speciale, reevaluarea totală a calificării tehnice a Asocierii ... SRL,
- anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 27197/27.05.2022, SC ...SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulează cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante în cadrul procedurii de atribuire antemenționată, prin care solicită:

- admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de către SC ... SRL ca neîntemeiată,
- obligarea contestatoarei la plata către SC SRL a cheltuielilor ocazionate de prezentul litigiu.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 25561/18.05.2022, SC ... SRL, în calitate de

operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei Asocierii SRL ca fiind câștigătoare procedurii, iar oferta sa a fost declarată considerată inacceptabilă.

Contestatoarea critică faptul că prin răspunsul la calificări din data de 29.03.2022 (nr. 1212DC1/29.03.2022), entitatea contractantă, prin clarificările/completările făcute, a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea Asocierii ... SRL, încălcându-se legislația în transportul rutier de persoane.

Faptul că elementele achiziției au fost structurare în așa fel încât să avantajeze oferta câștigătoare rezultă din răspunsul la calificări din data de 29.03.2022.

Întrebările 1-5 din calificări au fost formulate de către Asocierea ...SRL, iar prin răspunsul la întrebarea nr. 3, entitatea a eliminat clasificarea pe categorii a autobuzelor și s-a solicitat doar dotarea cu aer condiționat și încălzire independentă de motor (tip Siroco) .

Potrivit prevederilor Normei metodologice privind clasificarea pe categorii a autobuzelor și a microbuzelor utilizate pentru transportul rutier național de persoane prin servicii regulate din 27.03.2002, este obligatoriu ca autobuzele participante la licitație să fie clasificate.

Prin eliminarea clasificării (conform răspunsului la întrebarea 3), oferta câștigătoare nu îndeplinește condițiile tehnice legale minime pentru efectuarea transportului rutier de persoane prin curse regulate speciale, neputând fi declarată câștigătoare.

Clarificările și completările făcute au determinat apariția unui avantaj în favoarea ofertantului ..., pe lângă avantajul evident, entitatea contractantă a încălcat în mod grav legislația în domeniul transportului rutier de persoane prin curse regulate speciale, precizând faptul că transportul efectuat este unul urban, motiv pentru care oferta câștigătoare cu autobuze cu locuri în picioare este ilegală.

Contestatoarea apreciază că specificațiile tehnice precizate de entitatea contractantă au ca efect favorizarea Asocierii ...r și eliminarea operatorilor economici care nu dețin în parcul auto autobuze autorizate cu locuri în picioare.

Conform răspunsului la întrebarea nr. 7, entitatea contractantă se referă la capacitatea minimă pentru transportul urban, cu locuri autorizate pentru stat în picioare, însă serviciul realizat nu este unul urban, nedesfășurându-se în interiorul unei localități, ci între mai multe localități din județ, serviciul de transport efectuat fiind unul regulat special, conform definiției prevăzute la art. 3 pct. 35 din OG nr. 27/2011.

Conform definiției din Regulamentul (CE) nr. 1073/2009 „*servicii regulate speciale*” înseamnă serviciile regulate, indiferent de cine sunt organizate, care asigură transportul unor categorii precizate de persoane cu excluderea altor persoane.

În cazul de față, contractul are ca obiect transportul salariaților de la domiciliu la locul de muncă și retur pentru UMC Motru, cu excluderea altor categorii de persoane, fiind evident un serviciu regulat special. Faptul că serviciul nu este unul urban, rezultă din analiza definițiilor prevăzute la art. 3 pct. 46 și pct. 48 din OG nr. 27/2011, transportul județean fiind definit ca *"transportul rutier care se efectuează între două localități situate pe teritoriul aceluiași județ, fără a depăși teritoriul județului respectiv iar transportul total ca "transportul rutier public de persoane prin servicii regulate efectuat în interiorul unei localități".*

Conform prevederilor art. 39 din OG nr. 27/2011: *"La efectuarea transportului rutier județean, interjudețean sau internațional contra cost de persoane, prin servicii regulate, se interzice transportul mai multor persoane decât numărul de locuri pe scaune înscris în certificatul de înmatriculare al autovehiculului".*

De asemenea, conform art. 33 din Anexa nr. 1 la Ordinul MT nr. 972/2007, privind regulamentul cadru al serviciului de transport *"Operatorii de transport vor efectua serviciul de transport public local de persoane prin curse regulate speciale cu respectarea următoarelor condiții:*

9. *să transporte persoane doar în limita numărului de locuri pe scaune înscris în certificatul de înmatriculare;*

12. *să nu supraîncarce autovehiculul peste capacitatea utilă de transport, exprimată prin numărul de locuri pe scaune înscris în certificatul de înmatriculare.*

Aceste obligații legale imperative nu au fost respectate de către entitatea contractantă la momentul declarării ofertei câștigătoare, Asocierea ...neputând efectua un serviciu regulat special cu autobuze autorizate pentru locuri în picioare, definit în mod greșit urban (în contextul evident în care acesta este unul județean) și cu autobuze neclasificate.

În acest context, entitatea contractantă a impus, pe parcursul desfășurării procedurii, condiții care să avantajeze Asocierea ..., raportat la particularitățile parcului auto cu care aceasta a ofertat, și cu nerespectarea legislației specifice transportului rutier de persoane prin curse regulate speciale.

Asocierea ... a fost declarată câștigătoare, deși nu îndeplinea condițiile tehnice din caietul de sarcini.

Ca urmare a vizualizării parcului auto al asocierii, o parte din membrii comisiei au sesizat și reclamat faptul că în autobuzul GJ-31-MAT nu exista suficient spațiu între scaune, ceea ce este în neconcordanță cu caietul de sarcini în care este menționat faptul că distanța dintre scaune trebuie să fie de minim 65 cm, măsurat între puncte fixe la o înălțime de 15 cm deasupra șezuturilor scaunelor. Acest autobuz neconform figurează în continuare validat în parcul activ RT1.

De asemenea, operatorul de transport ...SRL nu a avut toate autobuzele înmatriculate la data depunerii ofertelor, respectiv 08.04.2022.

În acest context, se impune reevaluarea totală a ofertei câștigătoare, în ceea ce privește îndeplinirea condițiilor tehnice.

Referitor la solicitarea de anulare a întregii procedurii de atribuire, contestatoarea invocă două motive, respectiv:

a) încălcările prevederilor legale din domeniul transportului rutier de persoane ce afectează întreaga procedură de atribuire - art. 225 alin. (1) din Legea nr. 99/2016;

b) entitatea contractantă a utilizat criteriu de atribuire cel mai scăzut pret, deși a achiziționat servicii a căror valoare estimată depășește pragul de 2.089.574 lei - art. 209 alin. (3)¹ și art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

În mod greșit entitatea contractantă a calificat faptul că transportul salariaților este unul urban, faptul că autobuzele nu necesitau clasificare și capacitatea de transport necesară era cu autobuze autorizate cu locuri în picioare.

Legislația în domeniul transportului de persoane nu permite desfășurarea unui astfel de tip de transport, care nu este calificat ca serviciu regulat special și care pune în pericol siguranța salariaților transportați.

Valoarea estimată a contractului este de 5.971.717.22 lei, peste pragul prevăzut la art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, respectiv 2.089.574 lei.

Astfel, entitatea contractantă a utilizat criteriu de atribuire *cel mai scăzut preț* pentru a stabili oferta câștigătoare, deși a achiziționat servicii a căror valoare estimată depășește pragul de 2.089.574 lei.

Încheierea raportului procedurii și declararea ofertei câștigătoare în baza criteriului *cel mai scăzut preț* încalcă prevederile legale ale art. 209 alin. (3)¹ și art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, impunându-se atât anularea raportului cât și a întregii proceduri de atribuire.

Prin adresa nr. 25780/1183/C4/19.05.2022, Consiliul a solicitat SC ... SRL punct de vedere cu privire la excepția lipsei de interes în promovarea contestației, excepție invocată de Consiliu din oficiu, având în vedere lipsa calității acestuia de ofertant (nu a încărcat în SEAP nici documentele de calificare, nici propunerea tehnică, nici oferta financiară).

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 26051/20.05.2022, SC ... SRL răspunde solicitării Consiliului precizând că dispozițiile art. 8 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Lg. nr. 101/2016 sunt îndeplinite în cauză, contestatoarea demonstrând că are un interes în legătură cu procedura de atribuire, prin înscrierea la procedură și respingerea de către entitatea a ofertei sale ca inacceptabilă, conform raportului procedurii, a cărui anulare se solicită la primul capăt de cerere și, de asemenea, a suferit un prejudiciu prin modificarea cerințelor tehnice de către entitatea

contractantă în calificări, prin avantajarea asocierii câștigătoare și dezavantajarea evidentă a contestatoarei, ceea ce a condus la descurajarea acesteia de a mai depune oferta financiară.

Contestatoarea învederează faptul că are interes în ceea ce privește anularea raportului procedurii, reluarea procedurii și, în special în ceea ce privește anularea întregii proceduri de atribuire, pentru încălcarea gravă a legislației în transport, dar și a Legii nr. 99/2016.

Referitor la cele trei capete de cerere din cadrul contestației, Consiliul nu a precizat în legătură cu care solicitare a înțeles să invoce excepția lipsei de interes, având în vedere faptul că pentru solicitarea de anulare a întregii proceduri, interesul SC ... SRL este evident.

Conform prevederilor art. 33 din Codul de procedură civilă: *„Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara”*.

Folosul practic urmărit prin acest demers legal este acela de anulare a procedurii, de restabilire a legalității procedurii și de reluare a acesteia, pentru ca să poată participa la atribuirea contractului în condiții legale, respectiv cu autobuze fără locuri în picioare și cu respectarea criteriului de atribuire prevăzut de lege.

Contestatoarea apreciază că a fost discriminată prin avantajarea asocierii câștigătoare în procesul de desfășurare a procedurii, motiv pentru care nu a mai încarcat în SEAP oferta tehnică, știind că nu mai are nicio șansă să câștige cu autobuze neautorizate pentru locuri în picioare.

Astfel, condiția interesului legitim este îndeplinită în cauză, folosul practic urmărit, fiind acela de anulare a procedurii de atribuire și reluarea acesteia, pentru a putea avea șansa de a depune o ofertă în condiții de legalitate, iar entitatea contractantă să aibă șansa de a respecta legea.

Nu se poate sustine faptul că SC ... SRL nu are interes legitim în promovarea contestației, atât timp cât aceasta a dovedit faptul că entitatea contractantă a restrâns artificial concurența prin avantajarea operatorului concurent, motiv pentru care nu a mai încarcat pe SEAP oferta tehnică.

De asemenea, entitatea contractantă a utilizat criteriu de atribuire cel mai scăzut preț, deși a achiziționat servicii a căror valoare estimată depășește pragul de 2.089.574 lei, încălcând prevederile art. 209 alin. (3)¹ și art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, întreaga procedură fiind supusă anularii, pentru ocrotirea interesului general.

Entitatea contractantă a transmis punctul de vedere înregistrat la Consiliu sub nr. 26403/24.05.2022, prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL ca tardiv formulată, iar pe fond, ca nefondată.

Entitatea contractantă menționează că așa cum rezultă din accesarea ofertelor, au depus ofertă următorii operatori economici:

... SRL – deși apare în lista de participanți (nu apare în Declarația de participare și nici în Dosarul achiziției), însă acesta nu a încărcat niciun document (de calificare, oferta tehnică, DUAЕ).

Pe cale de consecință, oferta ... SRL a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 143, alin (2), lit. k), respectiv: *„(2) în condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:*

k) în cazul în care unei oferte îi lipsește una din cele două componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. ff) din Lege. ”

- Asocierea: ... - toate documentele au fost semnate cu semnătură electronică extinsă.

Entitatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, raportat la prevederile art. 8 alin (1) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza motivelor formulate în contestație rezultă că aceasta este formulată raportat la conținutul documentației de atribuire, astfel încât în speță au aplicabilitate prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Documentația de atribuire a fost publicată în data de 10.03.2022, astfel încât de la această dată curgea termenul în care putea fi contestată documentația de atribuire.

Contestația ... SRL a fost formulată în data de 18.05.2022, peste termenul de 10 zile prevăzut de lege, astfel încât se impune respingerea contestației ca tardiv formulată.

De asemenea, entitatea contractantă invocă excepția lipsei de interes. ... SRL apare în lista de participanți (nu apare în Declarația de participare și nici în Dosarul achiziției), însă acesta nu a încărcat niciun document (de calificare, oferta tehnică, DUAЕ).

Prin interes, în sensul legislației procesual civile, se înțelege folosul practic urmărit de către cel care a pus în mișcare o acțiune civilă și poate fi un interes material (în speța, participarea la procedură și câștigarea licitației) sau moral. Interesul trebuie verificat în persoana reclamantului/contestatoarei, în situația promovării unei cereri de chemare în judecată (contestații) și în persoana pârâtului, în situația formulării unei cereri reconvenționale.

Din formularea articolului 33 Codul de procedură civilă se desprind condițiile interesului, respectiv (i) interesul trebuie să fie determinat; (ii) interesul trebuie să fie legitim; (iii) interesul trebuie să fie personal; (iv) interesul trebuie să fie născut și actual.

Cu privire la cerința ca interesul să fie determinat, în doctrină și practica judecătorească s-a afirmat că trebuie să existe un avantaj, un folos practic efectiv. Interesul trebuie să fie legitim, adică în concordanță cu legea, așadar, în mod evident, scopurile ilegite sau ilegale urmărite de o parte echivalează cu o lipsă de interes. Interesul personal presupune că acțiunea nu poate fi promovată decât de titularul dreptului subiectiv

material invocat, personal, prin reprezentant legal sau prin mandatar. Interesul personal există nu doar atunci când acțiunea este exercitată de către titular, ci și atunci când acțiunea este promovată de alte persoane sau organe cărora legea le acordă legitimare procesuală deoarece folosul se produce asupra titularului. Interesul trebuie să fie născut și actual, adică să existe la data la care se exercită acțiunea civilă.

Contestatoarea nu a participat în cadrul procedurii, astfel încât nu sunt îndeplinite condițiile interesului în promovarea contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 27197/27.05.2022, SC ... SRL formulează cerere de intervenție accesorie în interesul entității contractante în cadrul procedurii de atribuire antementionată, prin care solicită:

- admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de către SC ... SRL ca neîntemeiată,
- obligarea contestatoarei la plata către SC ... SRL a cheltuielilor ocazionate de prezentul litigiu.

Intervenienta consideră contestația formulată de către SC ... SRL, neîntemeiată.

Conform raportului procedurii cu nr. 1897DC1/09.05.2022, societatea ... SRL s-a înscris la procedură, dar nu și de participant, deoarece acesta nu a încărcat niciun document, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire.

SC ... SRL nu are un interes în legătură cu această procedură de atribuire și nici nu a suferit un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, deoarece acesta a avut calitatea de înscris la procedură, fără a depune documentele solicitate prin documentația de atribuire.

1. Referitor la contestarea răspunsului de clarificări cu nr. 1212DC1/29.03.2022, în urma căruia Societatea ... SRL declara că autoritatea contractantă a creat un avantaj evident în favoarea asocierii SC ...SRL & SC ... SRL, este neîntemeiată, conform art. 8, alin. (1), lit. a) din Legea 101/2016.

Astfel, SC ... SRL, trebuia să depună contestația în termen de 10 zile de la publicarea răspunsului de clarificări cu nr. 1212DC1/29.03.2022.

2. În ceea ce privește solicitarea de restabilire a legalității, prin reevaluarea totală a calificării tehnice a Asocierii SC ...SRL, aceasta este neîntemeiată, conform art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, astfel, SC ... SRL, nu are un interes în legătură cu această procedură de atribuire și nici nu a suferit un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, deoarece acesta a avut calitatea de înscris la procedură, fără a depune documentele solicitate prin documentația de atribuire.

Mai mult de atât, Asocierea SC ... SRL a depus documentele la termen și conform solicitărilor din documentația de atribuire (fisa de date, caiet de sarcini, răspuns de clarificări, etc).

- De fapt societatea SC ... SRL face referire la cursele regulate și nu la cursele regulate speciale;

- Transportul curselor regulate speciale se poate face prin 2 metode:

o Transport public local de persoane prin curse regulate speciale (locale sau județene), reglementate prin prevederile Legii nr. 92/2007, art. 5, prevederi pe care Asocieria SC ... SRL le îndeplinește în totalitate.

Referirea contestatorului cu privire la clasificarea pe categorii pentru acest tip de curse nu este prevăzută la art. 5, alin. (5) din Legea nr. 92/2007;

o Transportul rutier contra cost de persoane prin servicii regulate speciale este reglementat de art. 35 din OG nr. 27/2011 cu modificările și completările ulterioare. Conform prevederilor de mai sus, acestea sunt: servicii regulate, servicii regulate speciale și servicii ocazionale. Tipul de curse ce fac obiectul contractului sunt curse regulate speciale, și nu regulate, așa cum menționează societatea ... SRL.

Reglementarea transportului public local de persoane în interiorul localităților sau între localități în județ este menționată în art. 5, alin. (2) din Legea nr. 92/2007.

În final, intervenienta învederează următoarele:

- Nu deține autobuzul cu nr. GJ 31 MAT și nu l-a prezentat în cadrul procedurii;

- Nu are respins niciun mijloc de transport din RT1 și RT2 de către comisia de vizualizare;

- Nu a avut în decursul a 20 de ani nici măcar un avertisment privind modul de desfășurare a contractelor încheiate cu beneficiarii săi;

- A avut toate mijloacele de transport înmatriculate la data depunerii ofertelor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 27030/27.05.2022, SC ...SRL formulează răspuns la punctul de vedere al entității contractante, prin care solicită respingerea excepțiilor invocate de către aceasta din urmă, ca neîntemeiate.

1. În ceea ce privește solicitarea entității contractante de respingere a contestației pentru nedepunerea cauțiunii, la momentul comunicării punctului de vedere, contestația se afla în termenul legal de 5 zile de la data comunicării adresei CNSC nr. ...C4/19.05.2022.

De asemenea, la data de 23.05.2022, contestația a depus cauțiunea la CEC Bank, iar în data de 24.05.2022 i s-a eliberat recipisa de consemnare nr. 208074155/1.

2. În ceea ce privește excepția tardivității formulării contestației, contestația învederează că a solicitat, în termenul legal de 10 zile, anularea raportului nr. 1897DC1/09.05.2022 și a întregii proceduri de achiziție publică.

În mod greșit susține entitatea contractantă faptul că din motivele invocate în contestație, rezultă faptul că aceasta a fost formulată la documentația de atribuire, atât timp cât, SC ... SRL a solicitat prin

contestație anularea raportului procedurii nr. 1897DC1/09.05.2022 și a actelor subsecvente, restabilirea legalității prin reluarea procedurii și anularea întregii proceduri de achiziție publică.

Contestatoarea nu a contestat documentația de atribuire publicată în data de 10.03.2022, așa cum greșit susține entitatea contractantă, ci raportul procedurii nr. 1897DC1/09.05.2022, prin care a fost declarată câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile tehnice legale și care a fost avantajată de către entitatea contractantă pentru a câștiga licitația prin restrângerea artificială a concurenței.

Astfel, contestația formulată împotriva raportului procedurii (comunicat la data de 09.05.2022) și a întregii proceduri s-a făcut în termenul legal de 10 zile, fiind comunicată CNSC la data de 18.05.2022.

3. În ceea ce privește excepția lipsei de interes în promovarea contestației, contestatoarea susține că apare în lista de participanți, așa cum susține tocmai entitatea contractantă, iar contractul nu a fost împărțit pe loturi, valoarea totală estimată a achiziției fiind de 5.971.717.22 lei.

De asemenea, ... SRL apare în raportul procedurii, având interes în ceea ce privește anularea lui și reluarea procedurii de atribuire pentru restabilirea legalității.

Referitor la capetele de cerere din cadrul contestației, entitatea contractantă nu a precizat în legătură cu care solicitare a înțeles să invoce excepția lipsei de interes, având în vedere faptul că pentru solicitarea de anulare a întregii proceduri interesul SC ... SRL este evident.

Prin răspunsul la clarificări din data de 29.03.2022, entitatea contractantă a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea Asocierii ... prin solicitarea ca autobuzele să fie autorizate cu locuri în picioare, în contextul în care se cunoștea faptul că SC ... SRL nu deținea astfel de autobuze.

Interesul este născut și actual, SC SRL neputând sta în pasivitate, atât timp cât procedura de achiziții publice este vădit nelegală, declararea ofertei câștigătoare fiind stabilită cu încălcarea gravă a legii, iar contestatoarea pierde posibilitatea de a câștiga un contract (ce intră în obiectul de activitate și pentru care s-a autorizat) din vina entității contractante care a modificat condițiile tehnice pentru dezavantajarea acesteia de a mai depune oferta (și pentru avantajarea asocierii câștigătoare).

Astfel condiția interesului legitim este îndeplinită în cauză, folosul practic urmărit, fiind acela de anulare a procedurii de atribuire și reluarea acesteia, pentru ca SC ... SRL să aibă șansa de a depune o oferta în condiții de legalitate, iar entitatea contractantă să aibă posibilitatea de a respecta legea (stabilirea corectă /legală a condițiilor tehnice și respectarea criteriului de atribuire).

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura prin licitație deschisă online privind atribuirea acordului cadru având ca obiect „Transportul salariaților de la domiciliu /reședință la locul de muncă și retur pentru UMC Motru”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

Ca urmare a publicării Raportului procedurii, a formulat contestație solicitând anularea acestuia și a întregii proceduri SC ... SRL, operator care nu a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 119.434,35 lei, prin recipisa de consemnare nr. 208074155/1/24.05.2022, emisă de CEC Bank, Sucursala Râmnicu Vâlcea.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

După depunerea contestației, a formulat cerere de intervenție accesorie SC ... SRL, lider al asocierii declarate câștigătoare, solicitând respingerea contestației ca lipsită de interes și tardivă.

Având în vedere că societatea respectivă are interes să stea în cauză, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție accesorie, în temeiul art. 63 din codul de procedură civilă.

Având în vedere că societatea contestatoare atacă rezultatul procedurii, iar aceasta, după cum recunoaște, nu a depus propunere tehnică, financiară și DUAЕ, deci nu are calitatea de ofertant, Consiliul i-a pus în discuție excepția lipsei de interes, nefiind vătămată de raportul procedurii.

Contestatoarea își justifică interesul, arătând că deși nu a depus ofertă tehnică, critică raportul procedurii și întreaga procedură, aceasta fiind derulată cu încălcarea gravă a legislației achizițiilor, invocând, în acest sens, faptul că prin răspunsul la calificări din data de 29.03.2022 (nr. 1212DC1/29.03.2022) entitatea contractantă, prin clarificările/completările făcute, a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea Asocierii ... SRL, încălcându-se legislația în transportul rutier de persoane, că elementele achiziției au fost structurare în așa fel încât să avantajeze oferta câștigătoare rezultă din răspunsul la calificări din data de 29.03.2022, că s-a inițiat eronat procedura, prin prisma valorii estimate criteriul de atribuire fiind ales greșit etc. Mai susține că interesul său constă în solicitarea de anulare a procedurii, astfel încât aceasta să se reia cu respectarea legalității.

Astfel cum rezultă din motivarea contestației, justificarea interesului contestatoarei de a contesta raportul procedurii se bazează pe elemente ce țin de documentația de atribuire și de răspunsul la solicitarea de

clarificări, acte al căror conținut a fost cunoscut contestatoarei la data de 10.03.2022, data publicării în SEAP a documentației de atribuire, și 29.03.2022, data publicării răspunsului la clarificări.

Consiliul are în vedere următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim **printr-un act al unei autorități contractante** (...) 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 lit. f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

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

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

Prin urmare, actul atacat trebuie să îi producă vătămarea contestatoarei, și nu alte acte din procedură.

Împotriva raportului procedurii, pot depune contestație doar ofertanții. Ori, în măsura în care contestatoarea recunoaște că nu a încărcat oferta tehnică în SEAP, aceasta nu are calitatea de ofertantă. Simpla înscriere în procedură nu înseamnă că operatorul are calitatea de ofertant, ci doar că este interesat de procedura de atribuire. În condițiile în care nu s-a depus ofertă, în sensul stabilit de lege, respectiv propunere tehnică și propunere financiară, nu se putea stabili caracterul inacceptabil al „ofertei” contestatoarei. Se poate stabili un asemenea caracter doar pentru ofertanți, ori contestatoarea nu este ofertant. Nefiind ofertant, nu poate contesta raportul procedurii, acesta vizându-i exclusiv pe ofertanți.

În ceea ce privește neregularitățile pentru care contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire, respectiv erori grave în documentația de atribuire și favorizarea ofertantei câștigătoare prin formularea de răspunsuri la clarificări ținute către aceasta, Consiliul reține că legislația achizițiilor cuprinde dispoziții exprese și imperative referitoare la respectarea termenelor de exercitare a căilor de atac, acestea fiind prevăzute la art. 8 din Legea nr. 101/2016, respectiv 10 zile și 7 zile de la data luării la cunoștință despre actul atacat. În cazul de față, chiar dacă societatea contestatoare invocă raportul procedurii ca act vătămător, nu din raportul procedurii a luat cunoștință de prevederile documentației de atribuire și răspunsul la clarificări pe care le consideră nelegale, aceste acte fiind publicate, așa cum s-a arătat, la datele de 10.03.2022, data publicării în SEAP a documentației de atribuire, și 29.03.2022, data

publicării răspunsului la clarificări, contestația fiind depusă la data de 18.05.2022. Emiterea raportului procedurii nu are rolul de a o repune pe contestatoare în termenul de atac în legătură cu toate actele emise în procedură, ci doar cu aspectele care o vatămă direct, cuprinse în respectivul act, ori motivele de „respingere a ofertei sale” menționate în act sunt nedepunerea ofertei și a DUAЕ, aspect recunoscut de contestatoare.

În acest sens, Consiliul reține, pentru identitate de rațiune, relevanța considerentelor exprimate de Curtea Constituțională în DECIZIA nr. 190 din 18 martie 2021, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 21 alin. (3) și ale art. 30 alin. (2) 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, conform cărora „31. Accesul la justiție nu este un drept absolut, **putând fi limitat prin anumite condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție**. Stabilirea unor condiționări pentru introducerea acțiunilor în justiție nu constituie, în sine, o încălcare a accesului liber la justiție, el presupunând accesul la mijloacele procedurale prin care se înfăptuiește justiția, fiind de competența exclusivă a legiuitorului să instituie regulile de desfășurare a procesului în fața instanțelor judecătorești, soluție ce rezultă din dispozițiile art. 126 alin. (2) din Constituție (Decizia Plenului Curții Constituționale nr. 1 din 8 februarie 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 69 din 16 martie 1994). Aceste condiționări nu pot fi însă acceptate dacă afectează dreptul fundamental în chiar substanța sa. Prin urmare, **limitările aduse dreptului fundamental sunt admisibile doar în măsura în care vizează un scop legitim și există un raport de proporționalitate între mijloacele folosite de legiuitor și scopul urmărit de acesta** (Decizia Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 356 din 27 aprilie 2005), legiuitorul fiind ținut să aducă anumite limitări orientându-se după principiul est modus in rebus, respectiv să fie preocupat ca exigențele instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu pună sub semnul întrebării însăși existența dreptului (Decizia Curții Constituționale nr. 39 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 217 din 12 martie 2004, și Decizia Curții Constituționale nr. 40 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 229 din 16 martie 2004).

32. Or, aplicând considerentele de principiu în privința stabilirii anumitor condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție, nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit interdicția

formulării unor noi motive de contestare și/sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia, precum și a altor motive în plângerea formulată împotriva actelor autorității contractante în afară de cele cuprinse în contestația adresată Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

33. Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice”.

Consiliul reține că aceeași rațiune, a obligativității atacării actelor vătămătoare la un anumit termen de la emiterea lor, este precizată și în DIRECTIVA 2007/66/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, directiva vorbind de căi de atac eficiente și utile. Astfel, operatorii economici interesați nu pot contesta oricum și oricând actele dintr-o procedură de atribuire, ci doar în termenele stabilite în legislația națională.

Condiția interesului este comună tuturor acțiunilor în instanță, acesta fiind stabilit nu numai în raport cu actul declarat a fi atacat, ci și cu conținutul criticilor concrete formulate. Astfel, în măsura în care contestatoarea ataca în termen documentația de atribuire și răspunsul la clarificări, cu siguranță, nu se pune problema interesului de a contesta. În condițiile în care contestatoarea ar fi criticat respingerea ofertei sale și declararea câștigătoare a ofertei contracandidatei sale, pe motive ce reies din raportul procedurii, și nu din alte acte ale procedurii, nu s-ar fi pus problema interesului. În speță, nu se poate considera că societatea contestatoare ar avea un interes, nici chiar în ceea ce privește anularea procedurii, nefiind aplicabile considerentele jurisprudențiale stabilite de CJUE în cauza C-131/16 Archus sp. z o.o. și Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., dar nici cele din cauza C-100/12 Fastweb, C-689/13 PFE, C-355/15 Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich etc, în toate aceste cauze vorbindu-se de interesul OFERTANȚILOR de a contesta oferta câștigătoare, urmărind anularea contractului. Ori, în cazul de speță, contestatoarea, nedepunând ofertă, nu are calitatea de ofertant pentru a putea contesta rezultatul procedurii.

În acest sens, exemplificativ, Consiliul reține considerentele din cauza C-131/16: *„Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 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 (JO1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja ca, în cadrul unei proceduri de*

atribuire a unui contract de achiziții publice, **oferanții au un interes legitim** care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului [s.n.] (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

Astfel, pe de o parte, excluderea **unui ofertant** poate conduce la **obținerea de către un alt ofertant** a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, **în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților** și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **fiecare dintre ofertanți** ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27)“.

Se observă așadar, că în cauza citată, la fel ca și în restul cauzelor, se vorbește de **dreptul ofertantului de a formula o cale de atac**, calitatea de ofertant fiind a celui care a depus ofertă, situație care nu se regăsește în cauza de față.

Nici Consiliul și nici instanțele de judecată nu analizează oricând actele procedurii, ci analizează actele atacate în termenul legal, prin prisma conținutului lor. Faptul că raportul procedurii preia informația referitoare la valoarea estimată, de pildă, nu înseamnă că operatorii economici pot contesta alegerea procedurii sau a criteriului de atribuire după comunicarea rezultatului acesteia. Termenul de atac se calculează de la data la care operatorii au luat cunoștință de informația pe care o consideră nelegală, nefiind repuși în termen la fiecare reluare a informației respective.

Consiliul nu neagă posibilitatea ca operatorul declarat câștigător să fi fost favorizat prin răspunsurile la solicitările de clarificări sau ca documentația să încalce prevederile legale, dar dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 stabilesc următoarele: „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 [alin. \(1\)](#), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei“.

Prin urmare, aspectele necriticate în termenul legal nu mai pot fi analizate de Consiliu, regulă luată în calcul și de Curtea Constituțională a României în decizia citată mai sus.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va

respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

Pe cale de consecință, în temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, va admite cererea de intervenție accesorie formulată de SC SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de către SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, 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.

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.