

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată convențional de doamna avocat, privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de lucrări ".....", cod CPV 45233120-6, cu data de deschidere a ofertelor 03.03....., organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia autorității contractante de a admite ofertele concurente și de a o desemna câștigătoare pe cea a ..., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Interesul contestatoarei a fost lezat prin adoptarea de către autoritate a unor măsuri care încalcă dispozițiile legale în materia achizițiilor publice. Atât oferta declarată câștigătoare, cât și alte oferte clasate pe locuri superioare contestatoarei au prețuri aparent neobișnuit de scăzute, iar autoritatea nu și-a îndeplinit obligațiile care îi reveneau din perspectiva analizei prețului scăzut.

Argumentul autorității în sensul că obiecțiile sunt lipsite de interes, din moment ce oferta SC SRL se clasează pe ultima poziție a clasamentului este nesustținut din punct de vedere legal. Pentru o cercetare corectă a interesului în formularea contestației, acesta nu trebuie limitat la cauza clasării ofertei pe un loc inferior, ci la actele autorității care au condus la aceasta, acte prin care s-a adus atingere atât dreptului eventual, cât și interesului ofertantului de a deveni contractant. Totodată, nu trebuie exclusă situația în care, în urma soluționării contestației, se ajunge la respingerea tuturor ofertanților clasati pe locuri superioare, din diverse motive, ori chiar la renunțarea de către aceștia la menținerea valabilității ofertei sau la încheierea contractului, ceea ce poate conduce, în final, la declararea câștigătoare a ofertei SC SRL. În plus, trebuie avut în vedere că dispozițiile art. 2 alin. (1) și ale art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/..... nu condiționează formularea contestației de locul pe care se situează oferta contestatoare sau de atacarea prin contestație a clasării tuturor ofertelor situate pe poziții superioare ei.

Autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligațiile în ceea ce privește analizarea prețului aparent neobișnuit de scăzut în cazul ofertantului clasat pe primul loc și a ofertanților clasati pe locuri superioare contestatoarei. Totodată, în mod eronat, autoritatea a determinat ofertele cu preț scăzut prin raportare la pragul de 85% din media prețurilor ofertelor admisibile.

În răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea precizează sumar că ... a prezentat propunerea financiară finală împreună cu documente/informații care susțin prețurile unitare și tarifele privind manopera, utilajele și transporturile. Autoritatea nu specifică, însă, care au fost verificările întreprinse cu privire la justificările primite de la ... sau de la ceilalți ofertanți. Se poate aprecia că aceasta a acționat contrar normelor legale.

Și ofertele depuse ... și ... se încadrează în categoria celor cu preț neobișnuit de scăzut, astfel încât și societățile ar fi trebuit să depună justificări ale prețului în condițiile unei solicitări din partea autorității contractante. Pe de altă parte, în măsura în care autoritatea a solicitat astfel de justificări, iar operatorii economici nu le-au transmis, autoritatea avea obligația de a le respinge ofertele ca inacceptabile.

Autoritatea s-a mărginit la a considera că răspunsurile primite de la ... justifică prețul ofertat, fără a întreprinde o analiză a acestora raportat la conformitatea lor cu cerințele caietului de sarcini și la modul în care mai pot satisface angajamentele asumate prin ofertă.

Curtea Europeană de Justiție s-a pronunțat, în cauzele reunite C-285/99 și C-286/99, în sensul că, în vederea justificării prețului

neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă trebuie să solicite de la ofertant detalii privind elementele constitutive ale ofertei sale pe care le consideră relevante și să verifice acele elemente ținând cont de explicațiile primite. Cu alte cuvinte, autoritatea are obligația să identifice ofertele în privința cărora există suspiciuni legate de prețul neobișnuit de scăzut și să permită operatorilor economici în cauză să demonstreze veridicitatea prețului, solicitându-le furnizarea detaliilor pe care le consideră necesare, urmând să evalueze explicațiile primite și să ia o decizie privind admiterea sau respingerea ofertelor.

Autoritatea putea să observe că era imposibilă îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi prevăzuți în documentația de atribuire de către oricare dintre ofertanți cu preț sub 80% din valoarea estimată a contractului.

... a considerat un tarif al manoperei de 7 lei/oră, însă, conform Hotărârii Guvernului nr. 1017/2015 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, "începând cu data de 1 mai, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește la 1.250 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 169,333 ore în medie pe lună în anul, reprezentând 7,382 lei/oră". Ofertantul ar fi trebuit să aibă în vedere acest tarif orar. Aceleași remarci sunt valabile și față de ... și ..., mai ales că aceasta din urmă a folosit un tarif orar de 6,5 lei.

Ofertanții ... și ...au considerat un quantum al cheltuielilor indirecte de 1%, respectiv 2%, nivel foarte mic, în condițiile în care unul rezonabil este de minimum 5%.

Autoritatea avea obligația să solicite informațiile și documentele necesare în vederea verificării realității prețurilor oferite, respectiv să identifice acele elemente relevante care au determinat prețul neobișnuit de scăzut al fiecărei oferte. Orice verificare întreprinsă nu trebuie să fie formală, ci menită să demonstreze conformitatea ofertei cu cerințele caietului de sarcini, din punctul de vedere al prețurilor oferite.

Prețurile propuse de ofertanții de pe locurile I și II nu sunt corecte și justificate, ci prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurenței și care încalcă legislația din materia achizițiilor publice.

Autoritatea a abordat prețul neobișnuit de scăzut al ofertei declarate câștigătoare, precum și ale celorlalte oferte aflate în aceeași situație, într-o manieră superficială.

Scopul etapei finale de licitație electronică este de îmbunătățire a ofertelor financiare inițial prezentate, însă aceasta nu poate însemna că ofertanții aflați în competiție ar putea oferta prețuri într-atât de diminuate încât să denatureze concurența sau să îi inducă în eroare pe ceilalți ofertanți.

În punctul său de vedere nr. 2585/..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 23718/03.08....., autoritatea

contractantă susține, în apărare, că etapa finală de licitație electronică s-a desfășurat în SEAP, prețurile rezultate fiind:

În vederea stabilirii ofertelor admisibile, comisia de evaluare a aplicat în mod corect și legal dispozițiile art. 202 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și cele ale art. 36¹ din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Participanților la faza finală de licitație electronică le-au fost solicitate, împreună cu propunerea financiară pe suport de hârtie, următoarele justificări:

"- prețurile la furnizori și/sau situația stocurilor de materii prime și materiale (beton C30/25; balast, piatră spartă 15-25; piatră spartă 40-63; EBCR; BA16; BADPC 25; nisip bitumat; tub premo D=600 mm și D=1000 mm) și/sau justificări costuri pentru cele din producția proprie (în ambele cazuri se vor prezenta și rețetele de producție, cu certificate de conformitate);

- nivelul de salarizare a forței de muncă: justificare tarif mediu manoperă;

- performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru: justificare tarif prevăzut pentru principalele utilaje;

- justificări tarif prevăzut pentru transporturi."

... a prezentat propunerea financiară finală împreună cu documente/informații care susțin prețurile unitare și tarifele privind manopera, utilajele și transporturile. Ulterior prezentării propunerilor financiare finale pe suport de hârtie, după analizarea detaliată a propunerilor financiare finale, însoțite de justificări ale prețului, au fost solicitate justificări detaliate ale prețului considerat "aparent neobișnuit de scăzut" (adresa nr. 1868/ 08.06.....). Cu răspunsul nr. 1900/13.06....., ... a prezentat documentele/informațiile solicitate, care justifică prețurile unitare și tarifele privind manopera, utilajele și transporturile.

Oferta depusă de SC SRL, cu prețul de 5.327.913,94 lei, exclusiv TVA, s-a clasat pe locul VI (după respingerea ofertei

asocierii ..., context în care criticile sale apar ca fiind lipsite de interes. Autoritatea solicită respingerea contestației pentru lipsa interesului și ca nefondată.

Sesizând că SC SRL a formulat o contestație motivată în principal pe generalități și care nu vizează toate ofertele concurente, cu adresa nr. 23534/.....-...../02.08....., în temeiul art. 11 alin. (1), art. 15 alin. (2) și al art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/..... privind remediile și căile de atac, precum și al art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și (3) și art. 22 alin. (2) C. proc. civ., Consiliul a solicitat contestatoarei să îi comunice motivarea concretă și completă în fapt și în drept a contestației și eventualele mijloace de probă pe care se sprijină. S-a cerut și punctul de vedere asupra excepției lipsei sale de interes în contextul în care nu aduce critici concrete față de toate ofertele clasate pe locuri superioare, astfel încât să atragă respingerea lor și atribuirea contractului către SC SRL. De asemenea, i s-a solicitat să menționeze dacă are cunoștință de conținutul propunerilor financiare ale concurenților, de modul în care aceștia și-au justificat prețul neobișnuit de scăzut, de conținutul propunerii tehnice și al eventualelor clarificări ale acesteia, precum și de conținutul documentelor de calificare și al eventualelor clarificări ale acestora.

Cu adresa nr. 3503/05.08....., înregistrată la Consiliu cu nr. 23993/05.08....., SC SRL a răspuns că, în condițiile declarării confidențiale a ofertelor, este imposibilă precizarea în concret a elementelor propunerilor financiare ale ofertanților concurenți care au condus la ofertarea unui preț aparent neobișnuit de scăzut. Ofertanții și-au declarat în mod abuziv propunerile financiare și tehnice ca fiind confidențiale.

Prevalându-se în mod nejustificat de posibilitatea declarării confidențialității ofertelor, operatorii economici se protejează de eventuala contestare a prețului lor (neobișnuit de scăzut). În plus, într-o astfel de situație, contestatoarei îi este îngădit accesul la justiție, aflându-se în imposibilitate de a detalia criticile invocate, de a le motiva corespunzător și de a indica în mod expres probele pe care se sprijină contestația.

Cu privire la excepția lipsei sale de interes în contextul în care nu sunt aduse critici concrete față de toate ofertele clasate pe locuri superioare, astfel încât să atragă respingerea lor și atribuirea contractului către SC SRL, contestatoarea reiterează aspectele menționate în cuprinsul contestației.

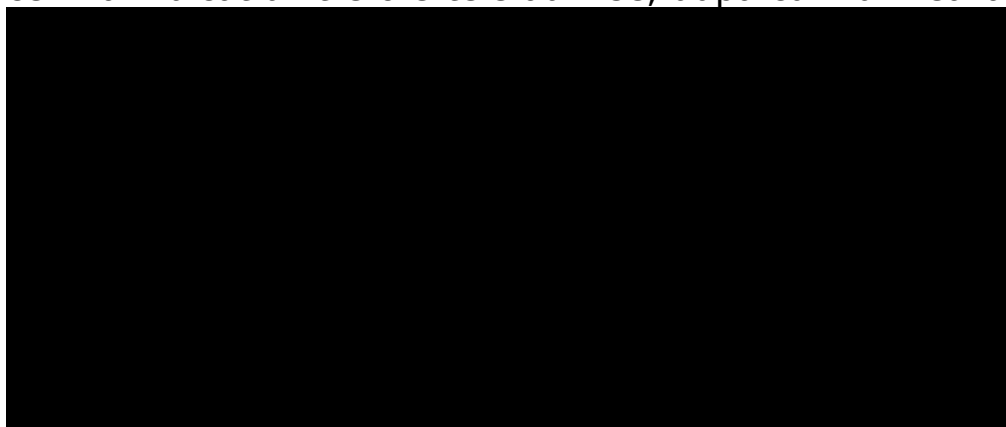
În ceea ce privește solicitarea de a menționa dacă are cunoștință de conținutul propunerilor financiare ale ofertanților situați pe locurile I-IV și de modul în care aceștia și-au justificat prețurile, de conținutul propunerilor tehnice și al eventualelor clarificări ale acestora, precum și de conținutul documentelor de

calificare ale respectivilor ofertanți și al eventualelor clarificări, contestatoarea subliniază că nu cunoaște aceste elemente. Nu a avut acces la documentele ofertelor.

Ca urmare a studierii documentelor dosarului achiziției publice la sediul Consiliului, SC SRL a formulat concluzii scrise la 16.08....., în care, în esență, reiterează criticile privind prețurile tuturor ofertelor concurente.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr., publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de lucrări de asfaltare a unui sector de 4,85 km din drumul județean DJ 609H, între localitățile Babșa și Ghizela, lucrări estimate valoric la 5.789.896 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la, alături de invitația de participare.

La procedură s-au prezentat opt operatori economici (doi în asocieri), între care și SC SRL, a cărei ofertă a fost clasată de autoritate pe ultimul loc în clasamentul final (VI), având prețul cel mai ridicat dintre ofertele admise, după cum urmează:



Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, SC SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul observă că acestea sunt axate pe nesustenabilitatea și nejustificarea prețurilor finale ale celorlalți ofertanți. Cu titlul preliminar, se cuvine punctat că raportarea eronată de către comisia evaluatorie la un prag de 4.110.327,44 lei (85% din medie), în loc de 4.631.916,80 lei (80% din valoarea estimată) nu este de natură a invalida *eo ipso* demersurile sale în scopul justificării prețurilor aparent neobișnuit de scăzute. Ofertele cu un astfel de preț sunt cele ale ..., ... și ..., pentru care erau incidente cel puțin următoarele norme legale:

a) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

Art. 202. - (1) În cazul unei oferte care are un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, autoritatea contractantă

are obligația de a solicita ofertantului, în scris și înainte de a lua o decizie de respingere a acelei oferte, detalii și precizări pe care le consideră semnificative cu privire la ofertă, precum și de a verifica răspunsurile care justifică prețul respectiv.

(1[^]1) O ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, atunci când prețul ofertat, fără T.V.A., reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

Art. 36[^]1. - (2) În cazul în care, pe parcursul evaluării, se constată existența unei oferte cu preț aparent neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă are obligația de a efectua verificări detaliate în condițiile art. 202 alin. (2) din ordonanța de urgență.

(3) În scopul efectuării verificărilor prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă va solicita ofertantului inclusiv documente privind, după caz, prețurile la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare a forței de muncă, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

Pentru respectarea acestor norme, cu adresele nr. 1629/1-3/24.05....., autoritatea contractantă a solicitat ..., ... și ... să își justifice prețurile, sens în care să fie prezentate:

- prețurile la furnizori și/sau situația stocurilor de materii prime și materiale (beton C30/25; balast, piatră spartă 15-25; piatră spartă 40-63; EBCR; BA16; BADPC 25; nisip bitumat; tub premo D=600 mm și D=1000 mm) și/sau justificări costuri pentru cele din producția proprie (în ambele cazuri se vor prezenta și rețetele de producție, cu certificate de conformitate);

- nivelul de salarizare a forței de muncă: justificare tarif mediu manoperă;
- performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru: justificare tarif prevăzut pentru principalele utilaje;
- justificări tarif prevăzut pentru transporturi.

ofertanții răspunzând la solicitarea autorității, în termenul acordat. Ulterior analizării răspunsurilor și a clarificărilor suplimentare, autoritatea a întocmit raportul procedurii nr. 2298/12.07....., prin care, față de criteriul de atribuire a contractului, oferta ... a fost declarată câștigătoare, iar cea a SC SRL a fost clasată pe ultimul loc, având prețul cel mai ridicat. Niciuna dintre părțile cauzei nu tăgăduiește faptul că oferta SC SRL se situează pe locul VI din VI în clasament, după ofertele celorlalți competitori.

Vizavi de admisibilitatea și clasarea pe locurile IV și V a ofertelor ...și SC ... SRL, care nu au prețuri aparent neobișnuit de scăzute, respectiv căroră nu era necesar ca autoritatea să le ceară justificarea prețurilor propuse, în cuprinsul contestației sale, reclamanta nu ridică nicio obiecție, acceptând tacit această stare factuală. Cuantumul cheltuielilor indirecte nu este fixat imperativ de lege, astfel încât o ofertă nu poate fi respinsă doar pentru că a utilizat un cuantum de 2%.

Reclamația de ordin general vizând imposibilitatea executării contractului, în parametrii calitativi și cantitativi dați de autoritate, de către toți cei cinci ofertanți clasăți pe locuri superioare, nu are consistența unei motivări concrete la adresa ofertelor lor sau a modalității de evaluare a acestora.

Legea nr. 101/....., la art. 2 alin. (1), dispune că orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un

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

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

În hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precizat permite statelor membre să îngreuească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În decizia sa civilă nr. 2309 din 20 octombrie 2011, Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a arătat că [ordonanța privind achizițiile publice] nu instituie posibilitatea introducerii unor acțiuni pentru analize și dezbateri pur teoretice, fără consecințe practice asupra persoanei pretins vătămate, sau susținerea exclusiv a vătămării unui interes public (contencios obiectiv). Decizia civilă nr. 6243 din 26 iulie 2012, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și deciziile nr. 2800/R-CONT din 10 decembrie 2012 și nr. 2076/R-CONT din 7 iunie 2013 ale Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, sunt în aceeași direcție.

În speța de față, contestația SC SRL este lipsită de interes pentru aceasta, întrucât criticile sunt formulate la modul general, contestatoarea recunoscând că nu a avut acces la înscrisurile declarate confidențiale de către ofertanți, iar pe de altă parte, nici în contestația din și nici în răspunsul din

05.08....., nu sunt aduse critici concrete față de ofertele ...și ..., clasate pe locuri superioare celei aparținând contestatoarei și față de care nu se impunea solicitarea justificării prețurilor propuse, ele nefiind neobișnuit de scăzute, din perspectiva ordonanței privind achizițiile publice. Admiterea contestației SC SRL ar putea conduce la îndepărtarea din competiție a ofertelor cu preț aparent neobișnuit de scăzut, însă cele care ar urma să ocupe locul de oferte câștigătoare ar fi cele ale ...și ..., nicidecum a contestatoarei. Cu alte cuvinte, demersul SC SRL vine să le creeze un folos practic celor două societăți concurente, aflate în prezent pe pozițiile a IV-a și a V-a și față de care nu au fost aduse obiecții concrete, context în care nu pot fi excluse de la licitație prin efectul admiterii contestației aflate pe rol.

Nici în urma adresei Consiliului nr. 23534/.....-...../02.08....., prin care acesta a solicitat contestatoarei să îi comunice motivarea concretă și completă în fapt și în drept a contestației și punctul de vedere asupra excepției lipsei sale de interes întrucât nu aduce critici concrete față de toate ofertele clasate pe locuri superioare, astfel încât să atragă respingerea lor și atribuirea contractului către SC SRL, aceasta nu a reușit să furnizeze motivele cerute și nici să contureze care este interesul său actual. Explicația adusă este că, în urma contestației, se ajunge la respingerea tuturor ofertanților clasați pe locuri superioare, din diverse motive, ori chiar la renunțarea de către aceștia la menținerea valabilității ofertei sau la încheierea contractului, ceea ce poate conduce, în final, la declararea câștigătoare a ofertei SC SRL, însă această explicație este lipsită de fundament, în condițiile în care contestația nu cuprinde critici concrete față de eventuala evaluare eronată de către autoritate a tuturor ofertelor. După cum s-a arătat, ofertele ...și SC Group DCM SRL nu au prețuri neobișnuit de scăzute și nu necesitau clarificarea lor în această privință.

Practic, interesul SC SRL este construit pe supoziții și nu depășește stadiul de interes eventual, nu actual.

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

În această direcție este și precedentul devenit practică statornică a instanțelor de judecată. Spre pildă, în decizia civilă nr. 3033 din 10 septembrie 2012, Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a reținut:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se reține că o contestație formulată de un ofertant situat pe o poziție inferioară împotriva rezultatului procedurii nu este, de principiu, lipsită de interes, nefiind excluse

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

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

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

În același sens sunt numeroase alte hotărâri pronunțate de instanțele de judecată în materia achizițiilor publice, inclusiv de către Curtea de Apel, Secția contencios administrativ și fiscal, care a emis decizia civilă nr. 1782 din 8 decembrie 2011, din considerentele căreia cităm:

Consiliul a respins contestația ca lipsită de interes constatând că, în urma desfășurării fazei finale a procedurii de licitație electronică, contestatoarea s-a situat pe locul trei. Chiar dacă ar considera că referirile contestatoarei la prețul ofertat de operatorul economic declarat câștigător ar reprezenta o critică la adresa acestuia, lipsa oricărei critici cu privire la oferta clasată pe locul al doilea face ca susținerea autorității contractante să apară ca fiind întemeiată, dat fiind faptul că, în aceste condiții, contestatoarea nu are șanse de a i se atribui acordul-cadru aferent acestei proceduri și nu a suferit, nu suferă și nici nu riscă să sufere un prejudiciu, ca și consecință a unui act al autorității contractante de natură să producă efecte juridice.

Față de prevederile art. 137 alin. 1 C. proc. civ., ce obligă instanța a se pronunța mai întâi asupra excepțiilor de procedură sau de fond ce fac inutilă cercetare a în fond a cauzei, instanța apreciază că se impune a fi analizată cu prioritate excepția lipsei de interes a petentei în formularea contestației, excepție reținută prin decizia atacată în prezenta cauză și care a fost reiterată și de către autoritatea contractantă prin întâmpinarea depusă la dosar. În analiza acestei excepții, instanța reține că petenta a contestat în fața Consiliului comunicarea rezultatului procedurii, iar din cuprinsul contestației rezultă că a formulat critici exclusiv prin raportare la oferta ce a fost declarată câștigătoare, arătând că este incorectă și că autoritatea contractantă avea obligația de a analiza elementele de preț ce cuprind oferta financiară.

Curtea mai observă că în fapt contestatoarea nu a formulat nici o critică cu privire la oferta clasată pe locul al doilea, astfel încât în mod corect Consiliul a reținut că și dacă criticile contestatoarei ar fi reale în ceea ce privește prețul ofertat de operatorul economic declarat câștigător, contestatoarea nu ar avea șanse de a i se atribui acordul cadrul aferent acestei proceduri întrucât nu a formulat critici cu privire la oferta clasată pe locul al doilea, astfel încât rezultă în mod logic faptul că soluționarea pe fond a contestației petentei nu ar conduce-o pe aceasta în poziția de lider.

Sub acest aspect, petenta a arătat că, în fapt, criticile formulate cu privire la oferta declarată câștigătoare sunt valabile și pentru oferta clasată pe locul secund și că și-a justificat interesul în formularea contestației de vreme ce a avut calitatea de participant în procedură. Aceste observații nu sunt însă pertinente întrucât deși interesul petentei în formularea contestației rezidă din aceea că aceasta a avut calitatea de ofertant în procedura de achiziție publică, iar oferta acesteia, deși declarată admisibilă,

nu a fost declarată câștigătoare ca urmare a punctajului obținut, totuși, reclamanta trebuia să formuleze critici cu privire la ambele oferte ce s-au clasat pe locurile 1 și 2, întrucât formularea unor critici doar pentru oferta declarată câștigătoare lipsește demersul petentei de orice folos practic; și în ipoteza reținerii ca întemeiate a unei asemenea critici, acestea nu afectează oferta clasată pe locul doi și, deci, nu clasează petenta în situația ca oferta sa să fie declarată câștigătoare.

Pe de altă parte, nu se poate reține că petenta ar fi formulat critici implicit și la adresa ofertei situate pe locul doi întrucât, după cum rezultă din dispozițiile legale ce reglementează procedura în fața Consiliului, contestatoarea avea obligația de a-și preciza expres aspectele de nelegalitate raportate la fiecare din cele două oferte și la modul în care autoritatea contractantă a înțeles să le evalueze, iar o analiză a ofertei clasată pe locul doi în lipsa unor precizări exprese din partea petentei, ar fi echivalat cu soluția potrivit căreia Consiliul s-ar fi pronunțat asupra unor lucruri ce nu s-au cerut.

Cu ocazia concluziilor orale susținute în cauză, reprezentantul petentei a arătat că la data formulării contestației nu a deținut date suficiente cu privire la oferta clasată pe locul doi, dar aceste aspecte nu sunt pertinente în cauză întrucât nu rezidă motivul pentru care în fapt contestatoarea a formulat critici la adresa ofertei declarate câștigătoare prin raportare la prețurile ofertate de aceasta, dar nu a putut prezenta critici similare cu privire la oferta clasată pe locul doi, deși este vorba despre oferte depuse în cadrul aceleiași proceduri.

Curtea concluzionează astfel că este lipsită de interes contestația prin care un ofertant clasat pe un loc inferior în clasament critică oferta aflată pe primul loc, în situația în care nu a adus obiecții concrete față de restul ofertelor situate pe locuri superioare ofertei sale întrucât, astfel cum s-a arătat anterior, lipsește folosul practic obținut în urma unei asemenea contestații.

Prin urmare, este corectă și legală soluția Consiliului, de respingere a contestației ca lipsită de interes.

Interesul de a exercita acțiunea lipsește atunci când, chiar admitând că motivele ar fi întemeiate, anularea actului atacat pe baza acestor motive nu ar fi de natură să îi dea reclamantului câștig de cauză (Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 15 martie 1973, Marcato/Comisia, cauza 37/72, pct. 2-8). Interesul de a exercita acțiunea, considerat în jurisprudență ca fiind o condiție esențială și fundamentală pentru orice acțiune [Ordonanța S./Comisia (206/89 R, EU:C:1989:333, pct. 8)], trebuie, în lumina obiectului acțiunii, să existe în etapa introducerii acțiunii, sub sancțiunea inadmisibilității [Hotărârea Cañas/Comisia (C-269/12P, EU:C:2013:415, pct. 15], și trebuie să fie născut și actual [a se vedea *inter alia* Hotărârea Planet/Comisia (C-564/13P, EU:C:2015:124, pct. 34)]. Rezultă că acesta nu poate fi evaluat în funcție de un eveniment viitor și ipotetic [a se vedea Hotărârile Strogili/Curtea de Conturi (204/85, EU:C:1987:21, pct. 11), Comisia/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07P, EU:C:2009:556, pct. 65) și Planet/Comisia (C-564/13P, EU:C:2015:124, pct. 36), precum și Ordonanța Comisia/Provincia di Imperia (C-183/08P, EU:C:2009:136, pct. 26)].

Interesul de a exercita acțiunea decurge din consecințele pe care anularea actului atacat le-ar putea avea asupra situației juridice a reclamantului (hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, pct. 21, și Hotărârea Tribunalului Comunităților Europene din 25 martie 1999, Gencor/Comisia, T-102/96, pct. 40).

Acest interes, care trebuie să fie născut și actual, nu există decât dacă acțiunea este susceptibilă, prin rezultatul său, să aducă un beneficiu părții care a formulat-o (Hotărârea Tribunalului din 4 iulie 2006, easyJet/Comisia, T-177/04, pct. 40), ceea ce nu se poate spune în cazul contestației aflate pe rolul Consiliului.

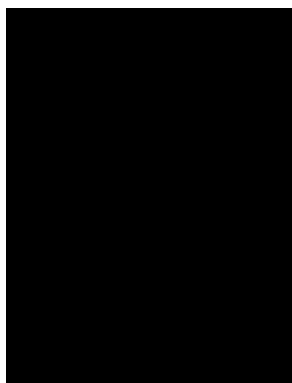
În ceea ce privește motivele noi de contestare cuprinse în concluziile scrise depuse la 16.08..... de către SC SRL, ele sunt inadmisibile. Art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/..... este limpede și imperativ în acest sens - este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția lipsei de interes în formularea contestației, *Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința fondului contestației*. Respingerea contestației nu înlătură incidența art. 2 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

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

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

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



—

Redactată în patru exemplare, conține treisprezece pagini.