CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 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 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../..../....
Data: 2018

Prin contestația nr. 295/21.05.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18755/21.05.2018, depusă de SC ..... SRL cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin administrator, împotriva „refuzului de a permite accesul la documentele achiziției, emis de achizitor prin adresele nr. 5660/16.05.2019 și nr. 5838/20.05.2019" emis de ....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul „procedurii de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare", având ca obiect: „Servicii specializate de pază, intervenție și intervenție în situații deosebite la obiectivele ST .....", cod CPV 79713000-5, s-a solicitat:

- *„obligarea entității contractante de a permite accesul la dosarul integral al achiziției publice, cu respectarea art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016;*
- *indicarea în mod explicit a conduitei entității contractante în ce privește modul de acces la documentele achiziției, cu respectarea art. 26 alin. (2), lit. b) din Legea nr. 101/2016*".

În luarea deciziei **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul precizează că prin adresa nr. 5136/ 07.05.2019, entitatea contractantă i-a transmis invitația de participare în vederea depunerii unei oferte la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru achiziția de „Servicii

specializate de pază, intervenție și intervenție în situații deosebite la obiectivele ST .....”, cod CPV 79713000-5, data depunerii ofertelor fiind 09.05.2019.

Contestatorul subliniază faptul că SC ..... SRL deja prestează aceste servicii în baza unui contract încheiat în anul 2015, pentru o perioadă de 36 luni, achizitorul fiind deja într-o nouă procedură de atribuire, aflată în acest moment, în desfășurare.

Totodată, menționează că procedura de negociere s-a desfășurat în data de 09.05.2019, în două etape, prima etapă constând în deschiderea ofertelor, cea e a doua fiind negocierea propunerilor financiare.

De asemenea, precizează că la deschiderea ofertelor a constatat că a fost invitat și un alt operator economic, respectiv SC GENERAL PROTECT SECURITY SRL, care a ales să își depună oferta în asociere cu SC GEO TECHNO SECURITY SRL, deși invitarea unui alt operator economic s-a făcut cu încălcarea legislaţiei în materie, întrucât în situația prevederilor de la art. 117) alin. (1), lit. d) din Legea nr. 99/2016, starea de urgență care necesită o negociere, ar fi trebuit să se realizeze numai cu prestatorul care executa deja serviciile de paza. Sub acest aspect, faptul că la procedura de negociere a fost invitat și un alt operator economic, care a fost calificat pentru etapa a doua, așa cum rezultă din raportul procedurii, nr. 5.437/13.05.2019, contestatorul apreciază că a fost pus în postura de a scădea foarte mult preţul ofertei, în etapa de îmbunătățire.

Contestatorul menționează că, imediat după comunicarea rezultatului procedurii nr. 5.443/13.05.2019, precum și a raportului procedurii nr. 5.437/13.05.2019, în interiorul termenului legal de contestare prevăzut la art. 8, alin. (1), lit. b) din Legea nr. 101/2016, a solicitat accesul la dosarul achiziţiei în baza prevederilor art. (2), alin. (2), lit. d) coroborat cu prevederile art. (79) alin. (2) și a prevederilor art. 231, alin. (6) din Legea nr. 99/2016, prin adresa nr. 274/15.05.2019, însă, prin adresa nr. 5.660/16.05.2019, entitatea contractantă a refuzat să permită accesul la dosarul achiziţiei, motivat de faptul că ofertantul în cauză a depus aceleași documente și în cadrul altei proceduri de achiziţie, care se află în desfășurare, respectiv procedura licitație deschisă, deși sunt două proceduri distincte.

SC ..... SRL apreciază că în calitate de participant în cadrul procedurii de negociere, nu i se poate îngrădi dreptul de a consulta dosarul unui proceduri distincte de alta, doar pentru că ofertantul ale căror documente ar trebui să fie studiate, în baza art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 a depus aceleași acte în ambele proceduri.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă a încălcat principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2), lit. d) din Legea nr. 99/2016.

Contestatorul precizează că prin adresa nr. 5838/20.05.2019, entitatea contractantă i-a refuzat din nou accesul la dosarul achiziției, motivat de faptul că SC ..... SRL a fost declarat câștigător al

procedurii de negociere, astfel, nejustificându-se interesul în solicitarea de acces la dosarul achiziției. În acest sens, consideră că refuzul entității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice a pus SC ..... SRL în postura de a nu putea proba o contestație, în termenul legal de contestare.

Prin adresa nr. 234/24.05.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 20128/ 30.05.2019, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205475122/1 tranzacția nr. 859846860/1607036044 din data de 24.05.2019 emisă de CEC Bank – unitatea: sucursala ....., în valoare de 32.177,84 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*".

Prin adresa nr. 6258/31.05.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 20463/03.06.2019, entitatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precizând următoarele aspecte:

- entitatea contractantă are în derulare procedura de licitație deschisă online, publicată în SEAP sub nr. ...../18.01.2019, pentru achiziția de: „Servicii specializate de pază, intervenție și intervenție în situații deosebite la obiectivele ST .....", cod CPV 79713000-5, procedură aflată în faza de întocmire raport și transmitere comunicări privind rezultatul procedurii;
- pentru asigurarea continuității serviciilor de pază până la încheierea noului contract atribuit în baza procedurii de licitație deschisă, entitatea contractantă a organizat *procedurii de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare*, pentru o perioadă de maxim 6 luni, procedură la care au fost invitați să participe le negociere, ofertanții declarați admiși financiar, în licitația mai sus menționată;
-pentru respectarea principiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 au fost invitați să participe la această procedură de negociere următorii operatori economici: SC ..... SRL și SC ..... SRL, declarați admiși financiar în procedura de licitație deschisă;
- conform raportului procedurii de negociere nr. 5437/13.05.2019, SC ..... SRL a fost declarat admis, clasat pe locul I și invitat prin comunicarea din data de 13.05.2019 să se prezinte, în data de 22.05.2019, ora 12:00 la sediul entității contractante, pentru semnarea contractului;

- în data de 21.05.2019, SC ..... SRL a depus contestația nr. 295/21.05.2019.

Față de cele mai sus precizate, entitatea contractantă menționează că prin această acțiune, prin care, deși este declarat câștigător și invitat să semneze contractul, ofertantul SC ..... SRL contestă procedura de negociere, fără a mai avea un interes legitim, altul decât acela de a nu semna acest contract și de a presta serviciile la un preț mai mare.

Entitatea contractantă precizează că nu a acordat accesul la dosarul achiziției, deoarece ambele proceduri de achiziție au la bază aceeași structură a documentației de atribuire iar ofertanții au depus același conținut al documentelor de calificare, propunerilor tehnice și propunerilor financiare, procedura de licitație deschisă fiind în stadiul de evaluare.

Având în vedere cele de mai sus, entitatea contractantă consideră că prezenta contestație nu mai justifică un interes legitim.

Prin adresa nr. 20756/....-..../04.06.2019, Consiliul solicită opinia contestatorului cu privire la excepția lipsei de interes, invocată de către entitatea contractantă în punctul de vedere nr. 6258/31.05.2019, înregistrat la CNSC sub nr. 20463/03.06.2019

Față de punctul de vedere emis de către entitatea contractantă, contestatorul transmite adresa nr. 321/04.06.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 20715/ 04.06.2019, susținând în continuare faptul că aceasta a încălcat principiul tratamentului egal și al nediscriminării între candidați, precum și încălcarea dreptului de a studia dosarul achiziției.

În ceea ce privește interesul promovării contestației, contestatorul apreciază că este pe deplin justificat, întrucât, vătămarea este clară, în sensul că, deși oferta depusă a fost declarată câștigătoare, refuzul entității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției s-a reflectat în imposibilitatea de a contesta cu probe o procedură la care a fost invitat și calificat în mod ilegal, un candidat cu o ofertă neconformă.

Față de adresa CNSC nr. 20756/....-..../04.06.2019, contestatorul răspunde prin adresa nr. 329/04.06.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 20806/04.06.2019, reiterând aspectele deja menționate anterior, respectiv: *„interesul promovării contestației este pe deplin justificat, întrucât, vătămarea este clară, în sensul că, deși oferta depusă a fost declarată câștigătoare, refuzul entității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției s-a reflectat în imposibilitatea de a contesta cu probe o procedură la care a fost invitat și calificat în mod ilegal, un candidat cu o ofertă neconformă*”.

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL reține următoarele**:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare având ca obiect: „Servicii specializate de pază, intervenție și intervenție în situații deosebite la obiectivele ST .....”, cod CPV

79713000-5, prin transmiterea către contestator a invitației de ofertare nr. 5136/07.05.2019.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției lipsei de interes a contestatorului SC ..... SRL.

În cadrul contestației, SC ..... SRL solicită: „obligarea entității contractante de a permite accesul la dosarul integral al achiziției publice, cu respectarea art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016; indicarea în mod explicit a conduitei entității contractante în ce privește modul de acces la documentele achiziției, cu respectarea art. 26 alin. (2), lit. b) din Legea nr. 101/2016".

În analiza sa, Consiliul va reține că, potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 5437/13.05.2019 (pag. 298-294 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), oferta depusă de SC ..... SRL a fost declarată câștigătoare cu prețul negociat de 1.410.532,24 lei fără TVA și un termen de prestare a serviciilor de maxim 6 luni.

Totodată, Consiliul va reține că, potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 „*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*".

Față de aceste aspecte, din articolul antemenționat rezultă „*ipso facto*" că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Cu alte cuvinte, procedura judiciară nu trebuie să fie pusă în mișcare dacă nu aduce părții un avantaj legal și urmărește doar șicanarea părții adverse.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației să aparțină celui care recurge la formularea acesteia și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că, prin declanșarea unei proceduri de soluționare a contestației, nu este îngăduit unei persoane

să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu al acțiunii de a contesta.

Printr-un demers în justiție trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvgardarea legii în general.

De asemenea, Consiliul reține faptul că, în literatura de specialitate, se precizează că interesul este actual, în sensul că, dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv, s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel rezultă că un interes eventual, ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

În speță contestatorul a fost declarat câștigătorul procedurii urmând a fi încheiat contractului de unde rezultă fără putință de tăgadă faptul că nu are niciun interes în formularea unei contestații și nici nu a suferit / va suferii vreun prejudiciu.

Mai mult, în soluționarea excepției, Consiliul va reține că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. ff) din Legea nr. 99/2016: *„ofertă - actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum şi alte documente stabilite prin documentaţia de atribuire*", de unde rezultă că oferta (atât cea tehnică cât și cea financiară) depusă de contestator nu este un simplu înscris ci un angajament asumat de către acesta și care își produce efectele față de autoritatea contractantă

Din cuprinsul raportului procedurii de atribuire, Consiliul va reține că, manifestându-și voința de a se angaja din punct de vedere juridic în contractul de achiziție publică, SC ..... SRL a ales să întreprindă următoarele acțiuni:

- a depus ofertă în cadrul *„procedurii de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare*";
- a participat la etapa de negociere, prin îmbunătățirea prețului ofertat.

Față de acest aspect, Consiliul constată că SC ..... SRL nu ar putea obține niciun folos material și direct prin contestația depusă deoarece, pe de o parte SC ..... SRL a fost deja desemnat ofertant câștigător cu prețul negociat pe care acesta l-a ales prin manifestarea propriei voințe și pe care evident ar trebui să îl justifice, acesta fiind unul ferm, real, corect.

Solicitarea de a avea acces la oferta depusă de asocierea SC General Protect Security SRL - SC Geo Techno Security SRL nu este relevantă, întrucât însuși contestatorul - SC ..... SRL a fost declarat câștigător al procedurii de negociere, astfel încât studierea ofertei clasate pe locul 2 în clasament, nu este justificată.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 este exclusă condiția existenței unui interes actual și direct și totodată a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce contractul

de achiziție a fost deja atribuit contestatorului cu prețul ofertat de către acesta.

Pentru a dispune astfel, s-a luat în considerare și împrejurarea că, chiar dacă contestatorul s-ar prevala de existența unui interes public, dedus din necesitatea respectării dispozițiilor imperative în materia achizițiilor publice, respectiv a principiilor care o guvernează, în cauză devin incidente prevederile art. 8 alin. (11) din Legea nr. 554/2004, invocarea apărării unui interes legitim public fiind permisă numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea acestuia decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

În ceea ce privește afirmația contestatorului potrivit căreia: „în prezenta procedură de negociere a fost invitat și un alt operator economic, care a fost calificat pentru etapa a doua, așa cum rezultă din raportul procedurii, nr. 5.437/13.05.2019, societatea noastră a fost pus în postura de a scădea foarte mult preţul ofertei, în etapa de îmbunătățire (...)”, Consiliul reține că oferta depusă SC ..... SRL are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către entitatea contractantă și asumată de ofertant.

Astfel, alegând să-și îmbunătățească oferta până la nivelul care i-a asigurat calitatea de ofertant desemnat câștigător, SC ..... SRL și-a asumat și obligația semnării contractului de achiziție publică, sub sancțiunea prevăzută la art. 98 alin. (12) din HG nr. 394/2016, a căror aplicabilitate îi este cunoscută.

Îmbunătățirea prețului urmare a negocierii, până la o anumită valoare cu un anumit profit cade în sarcina operatorului economic ofertant, având în vedere că riscul depunerii ofertelor și deci implicit al elaborării și îmbunătățirii acesteia cade în sarcina sa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să motiveze și să dovedească care este interesul născut și actual, prejudiciul/vătămarea produsă.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data depunerii contestației, admite excepția invocată de entitatea contractantă și, pe cale de consecință va respinge ca lipsită de interes contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Pentru aceste motive

în baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DISPUNE:

Admite excepția invocată de entitatea contractantă și, pe cale de consecință va respinge ca lipsită de interes contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Fără analiza pe fond a cauzei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.