CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 719/03.01.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 344/04.01.2018, depusă de ..., cu sediul în ..., Calea ... nr. .., judeţul ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva *„procedurii de atribuire dat fiind atribuirea acordului-cadru către ...”*, de către ..., cu sediul procesual ales la DRDP ..., municipiul ..., str. ...nr. ..., județul ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii ***acordului-cadru*** având ca obiect „***Lucrari de întretinere periodica - covoare asfaltice, inclusiv executia marcajelor rutiere***”, cod CPV 45233139-3 Lucrari de intretinere a drumurilor nationale (Rev.2), se solicită ***anularea procedurii de atribuire***.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ..., în contradictoriu cu ..., prin DIRECȚIA REGIONALĂ DE DRUMURI ȘI PODURI ..., entitate contractantă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, critică modul de derulare a procedurii prin intermediul SEAP și solicită ***anularea procedurii de atribuire***, considerând că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile legale în vigoare în materie constituite de prevederile:

- art. 64 alin. (5) din HG nr. 395/2016, prin nepublicarea în SEAP a procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor;

- faptul că nu a publicat notificarea sa prealabilă în SEAP, *„chiar dacă a invocat prevederile Notificării ANAP nr. 258/2017, simpla analiză a unei comunicări nu se numește întrebare a autorității contractante care, mai mult, ne-a obligat să o confirmăm de primire, DEX-ul fiind la îndemâna oricui, chiar electronic*";

- art. 66 alin. (4) din HG nr. 395/2016, prin nepublicarea în SEAP a raportului procedurii;

- aprecierea ca fiind eronată mențiunea autorității contractante din răspunsul dat notificării sale prealabile, prin care s-a precizat ca fiind lipsită de interes contestația petentei, prin faptul că aceasta s-a clasat pe locul 8 în clasamentul final, deși în conținutul notificării prealabile petenta a *„specificat clar și fără putință de tăgadă faptul că ofertantul declarat câștigător nu poate executa lucrările în condițiile de calitate și conform documentației de atribuire la un preț așa de scăzut (54,22%) din valoarea estimată (...)*".

În final, contestatoarea susține că *„în lipsa unor documente ce trebuiau aduse la cunoștința societății noastre prin intermediul SEAP, care are toate pârghiile de comunicare cu ofertanții, important e să-l știi și să-l folosești, au condus la concluzia că atribuirea procedurii a fost efectuată nejustificat*".

În drept, au fost invocate prevederi ale Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 2/1898/08.01.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 887/09.01.2018, entitatea contractantă a solicitat respingerea contestatiei pe cale de excepție, ca lipsita de interes, iar, pe fond, ca nefondată, corespunzător următoarelor argumentări:

Referitor la excepția lipsei de interes a demersurilor contestatoarei, după ce invocă prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și pe cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, pe care le citează, ..., prin DIRECȚIA REGIONALĂ DE DRUMURI ȘI PODURI ..., susține că persoana care formulează o contestaţie, considerându-se vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiţii, respectiv: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire şi a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorităţii contractante, interesul fiind folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a procedurii de soluţionare a contestaţiei.

Entitatea contractantă precizează că, în urma aplicării criteriului de atribuire „preţul cel mai scăzut", oferta societății contestatoare se situează pe locul 8 în clasamentul ofertelor declarate admisibile, aspect cunoscut de petentă încă din data de 22.12.2017, când a confirmat primirea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, situație în care ... nu ar putea obţine niciun folos material şi direct din anularea procedurii de atribuire, deoarece *„un interes eventual, ca şi un interes care a trecut nu poate fi luat în considerare*".

După ce redă condițiile pe care trebuie să le îndeplinească interesul astfel cum acestea sunt prevăzute de art. 33 din noul C.pr.civ., precum

și prevederile art. 249 din același cod - *„cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”, achizitoarea consideră că, deși petenta avea obligaţia de a-şi dovedi pretenţiile, susţinerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente şi concludente, aceasta „nu a motivat si nu a dovedit care este prejudiciul/vătămarea produsă”, în condițiile în care la procedura de atribuire au depus oferta 10 operatori economici si niciunul dintre ofertanţi nu a fost lezat de vreunul dintre demersurile presupuse de desfasurarea procedurii de atribuire.

Entitatea contractantă mai menționează că propunerile financiare depuse de ofertanti au fost analizate din punct de vedere al prețului aparent neobişnuit de scăzut, aspect care poate fi confirmat chiar de catre contestatoare, căreia i-a fost adresată o solicitare în respectivul sens.

Pe fond, în contradictoriu cu criticile petentei, entitatea contractantă prezintă următoarele argumentări și apărări:

Referitor la nepublicarea notificării prealabile în SEAP, invocă răspunsul ANAP din „Biblioteca de spete”, în cadrul căreia, la întrebarea: *„In cazul depunerii unei notificări prealabile la o procedura de achiziţie, aceasta trebuie comunicata/transmisa tuturor ofertanţilor participanţi la procedura? In ce termen?*”, se regăsește răspunsul: *„Menţionam ca legislaţia in domeniu, respectiv Legea nr. 101/2016, nu prevede obligaţia de a transmite tuturor ofertanţilor participanţi notificarea prealabila primita si nici publicarea acesteia in SEAP*”.

Precizând că entitatea contractantă a publicat în SEAP contestația depusă - in termenul legal prevăzut de lege, achizitoarea solicită a se constata că a procedat în conformitate cu dispoziţiile legale în vigoare si reiterează solicitarea de respingere a contestației.

Referitor la procesul verbal de deschidere a ofertelor invocat de contestatoare, susține că art. 64 din H.G. nr. 395/2016 se referă la situatia prevăzută de art. 58 alin. (2) din acelaşi act normativ, respectiv situatia in care, *„prin excepţie de la alin. (1) şi în aplicarea art. 208 din Lege, autoritatea contractantă poate, după publicarea anunţului de participare, să nu utilizeze mijloacele electronice pentru derularea procedurii de atribuire*”, caz in care, potrivit art. 64 alin. (1), autoritatea contractanta organizeaza o *şedinţa de deschidere care se finalizeaza printr-un proces-verbal semnat de membrii comisiei dc evaluare si de reprezentanţii legali/imputerniciti ai operatorilor economici prezenţi la şedinţa*.

Or, la procedurile online, ofertele se depun in SEAP pana la data limita de depunere stabilita in anunţul de participare, nefiind organizată şedinţă de deschidere şi, implicit, nu se întocmeşte proces verbal al şedinţei de deschidere.

Cu privire la comunicările privind prelungirea duratei de evaluare și cele referitoare la rezultatele parţiale, invocate de contestatoare, entitatea contractantă susține că, pe parcursul derulării procedurii, autoritatea contractantă a transmis ofertanţilor rezultate parţiale aferente etapelor de analiza intermediară, inclusiv cea privind

prelungirea duratei de evaluare, fapt rezultat chiar din afirmaţiile contestatorului, prin care recunoaşte ca a primit respectivele comunicări la Secţiunea „întrebări” din cadrul anunțului de participare.

In conformitate cu prevederile notificării ANAP nr. 258/2017 cu privire la fisa de date - «*Deşi sistemul permite în prezent numai posibilitatea de a bifa „+” sau „-”, există posibilitatea de a introduce în SEAP la secţiunea „întrebări" documentul având titlu de Comunicare sau să ataşeze un document în SEAP, la secţiunea DOCUMENTAŢIE, CLARIFICĂRI ŞI DECIZII, în care să precizeze respectivele informaţii*», entitatea contractanta susține că a respectat dispoziţiile respectivei notificări, dar și prevederile art. 64 alin. (1), art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, pe care le citează, susținând că afirmațiile petentei sunt neîntemeiate.

Referitor la critica vizând nepublicarea raportului procedurii in aceeaşi zi cu publicarea rezultatului procedurii, invocata de contestatoare, entitatea contractantă susține că „din motive de volum de munca în exces, specific sfarsitului de an, a publicat raportul procedurii de atribuire ulterior comunicării rezultatului procedurii, neincalcand prevederile art. 66 alin (5) din H.G.395/2016. Legislaţia in vigoare precizeaza obligaţia de a introduce in SEAP raportul procedurii de atribuire, fara a fi mentionat un termen”, considerând nefondată și respectiva critică.

În probațiune, au fost depuse documente ale dosarului achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., prin DIRECȚIA REGIONALĂ DE DRUMURI ȘI PODURI ..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, în vederea încheierii ***acordului-cadru*** având ca obiect „***Lucrari de întretinere periodica - covoare asfaltice, inclusiv executia marcajelor rutiere***”, publicând în SEAP anunțul de participare nr. 178885/14.09.2017, atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire, acte din al căror conținut rezultă următoarele coordonate de interes:

- acordul-cadru se va încheia cu un singur agent economic;
- durata acordului-cadru: 12 luni;
- valoarea estimată, fara TVA, a acordului-cadru: 7.868.226,69 lei;
- frecventa si valoarea contractelor subsecvente: minim 2 contracte subsecvente;
- criteriul de atribuire: prețul cel mai scăzut;
- data limită de depunere a ofertelor - **20.10.2017 16:00**.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. 3/8926/20.12.2017, la procedură au fost depuse un număr de **10 oferte**, dintre care **9 au fost declarate admisibile**, iar după aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, **oferta ... a ocupat locul 8** în clasamententul realizat în ordinea crescătoare a prețurilor, cu propunerea financiară în valoare de 6.077.586,96 lei, fără TVA, **locul 1** în clasament fiind ocupat de ..., cu valoarea propunerii financiare a

ofertei de 4.266.377,68 lei, fără TVA, respectiva ofertă fiind declarată câștigătoare.

Rezultatul procedurii astfel stabilit a fost comunicat **...** cu adresa nr. 2/32764/21.12.2017, care, în termen legal, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, a formulat contestația din obiectul cauzei, îndreptată împotriva *„procedurii de atribuire dat fiind atribuirea acordului-cadru către ...”*.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza mai întâi excepția lipsei de interes în promovarea contestației, invocată de entitatea contractantă, motivată prin faptul că situația petentei, ocupantă a locului 8 în clasamentul ofertelor admisibile, nu o îndreptățește la a pretinde folosul practic al adjudecării contractului, folos practic nefiind de natură a-i procura nici măsura de anulare a procedurii, pe care contestatoarea o solicită.

În punctul de vedere nr. 021 IS din 11.01.2018, referitor la excepția invocată de entitatea contractantă, ... își menține considerentele din contestație, în sensul că, prin nepublicarea procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor în SEAP, a rapoartelor intermediare și prin publicare cu întârziere a raportului procedurii, autoritatea contractantă ar fi încălcat principiul transparenței, prețul ofertei declarată câștigătoare ar fi nejustificat și astfel *„chiar dacă oferta societății noastre s-a situat pe locul 8 (...) nu elimină dreptul de a contesta modul de organiare, derulare și finalizare a procedurii, deoarece nu reprezentăm interesele altor operatori economici*”.

În analiza excepției, Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

a) Contestatoarea nu aduce în discuție eventuale situații de inadmisibilitate ale ofertelor mai avantajos situate în clasament, cu excepția ofertei clasată pe locul 1, referitor la care se limitează la simpla afirmație de genul: „(...) *fără putință de tăgadă faptul că ofertantul declarat câștigător nu poate executa lucrările în condițiile de calitate și conform documentației de atribuire la un preț așa de scăzut (54,22%) din valoarea estimată (...)*”.

b) Petenta solicită anularea procedurii considerând că autoritatea contractantă a produs o serie de încălcări ale legislației în materie încât procedura este afectată iremediabil, încălcări constituite de:

- nepublicarea, în SEAP, a procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor;

- nepublicare, în SEAP, a notificării sale prealabile *„chiar dacă a invocat prevederile Notificării ANAP nr. 258/2017, simpla analiză a unei comunicări nu se numește întrebare a autorității contractante care, mai mult, ne-a obligat să o confirmăm de primire, DEX-ul fiind la îndemâna oricui, chiar electronic*”;

- nepublicarea, în SEAP, a rapoartelor intermediare și a raportului procedurii.

Față de cele relevate, Consiliul reține că societatea contestatoare dorește obținerea măsurii radicale de anulare a procedurii ca o *„pedeapsă*” aplicată autorității contractante pentru nepublicarea în SEAP

a tuturor demersurilor, presupuse de petentă ca fiind necesare în activitatea de evaluarea ofertelor, începând cu „deschiderea ofertelor”, continuând cu notificarea sa prealabilă și terminând cu raportul procedurii, care a fost publicat cu întârziere, dar, în egală măsură, și a ofertantului declarat câștigător, a cărui ofertă este suspectată de nesustenabilitate prin faptul că valoarea propunerii financiare a acesteia reprezintă 54,22% din valoarea estimată a contractului, fără a se face proba incidenței vreuneia dintre situațiile reglementate de dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 136 din HG nr. 935/2016 și fără a se face vreo mențiune cu privire la situația celorlalte oferte, mai bine situate în clasamentul ofertelor admisibile decât oferta contestatoarei, declarată admisibilă, dar ocupând locul 8 în clasamentul rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire a acodului-cadru din obiectul procedurii.

Un astfel de mod de concepere a acțiunii promovată de ... se va analiza prin raportare la dispozițiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) 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 autorităţi contractante*** *sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim,* ***pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară*** *(…);* ***persoană care se consideră vătămată*** *- orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:* ***(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire****; şi* ***(ii)*** *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o* ***consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice****, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire*” coroborate cu dispozițiile art. 32 alin. (1) lit. d) și art. 33 din C.pr.civ. – „*Orice cerere poate fi formulată şi susţinută* ***<u>numai dacă</u>*** ***autorul acesteia****: (…)* ***justifică un interes****;* ***Interesul*** *trebuie să fie* ***determinat, legitim, personal, născut şi actual*** *(...)*”.

Se reține astfel că societatea contestatoare nu justifică vreun folos practic născut și actual care i-ar fi procurat ei, personal, de măsura anulării procedurii de atribuire și nici nu este în măsură a releva vreun prejudiciu pe care l-a suferit sau riscă să îl sufere ca urmare a pretinsei nepublicări în SEAP a unor acte administrative ale autorității contractante, în sensul că nepublicarea sau nepublicarea la timp a respectivelor acte ar fi influențat în vreun fel situația ofertei sale, de ofertă necâștigătoare, situată pe locul 8, în cadrul clasamentului ofertelor declarate admisibile.

În situația descrisă, anularea procedurii de atribuire solicitată de contestatoare transpare a fi de natura unei satisfacții personale dată de faptul că „*dacă ea nu poate realiza beneficiul atribuirii contractului, nici alții să nu câștige*”, rațiune care nu are nimic comun cu regulile instituite prin dispozițiile legale redate în cele ce preced, o astfel de acțiune fiind, într-adevăr, lipsită de interes, fapt pentru care excepția invocată de

autoritatea contractantă se va admite, iar în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., se va respinge, ca lipsită de interes.

Decizia este obligatorie, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes în promovarea contestației, invocată de autoritatea contractantă și respinge ca atare contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., Calea ... nr. ..., judeţul ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul procesual ales la DRDP ..., din municipiul ..., str. ...nr. ...., județul ....

Obligatorie.

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

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**