



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.cnsr.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. .../C/...

Data: ...

Prin contestația nr.201/08.08.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.24302/09.08.2016, formulată de ..., cu sediul în ... înregistrată la Tribunalul de Comerț din Paris sub ..., reprezentată prin împuternicit ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ... și ..., împotriva adresei nr.11/2/2369/18.07.2016 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea adresei susmenționate, a raportului procedurii și reevaluarea ofertei Asocierii cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... a criticat decizia de respingere a ofertei sale, despre care a luat cunoștință din adresa nr.11/2/2369/18.07.2016 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „...”, solicitând anularea adresei susmenționate, a raportului procedurii și reevaluarea ofertei Asocierii cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

În motivarea contestației, ... susține că urmarea participării la procedura menționată, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, deoarece „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire” și neconformă, potrivit art.79 alin.1 din H.G. nr.925/2006, deoarece „explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente”, fiind respinsă în temeiul art.81 din H.G. nr.925/2006, motivat de faptul că 2 dintre experții propuși nu îndeplinesc cerințele solicitate prin fișa de date – expertul 2 EXPERT – RESPONSABIL CU LUCRĂRILE LA INFRASTRUCTURA ȘI SUPRASTRUCTURA CĂII și expertul 9 EXPERT – RESPONSABIL TRAFIC FERROVIAR.

Cu privire la Expertul 2 – Responsabil cu lucrările la infrastructura și suprastructura căii – dl.Oprea Constantin Cosmin, se arată că, prin fișa de date, la pagina 7/12, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența specifică, s-a solicitat „Implicare din poziție similară în elaborarea unui Studiu de Fezabilitate/Proiect Tehnic”, fără a se preciza faptul că studiul de fezabilitate/proiectul tehnic este necesar să fi fost în domeniul căilor ferate.

Având în vedere cele menționate, contestatorul susține că expertul propus îndeplinește întru totul condițiile de calificare solicitate prin fișa de date, autoritatea contractantă, conform legislației în vigoare, neputând solicita ulterior alte condiții de calificare decât cele menționate prin fișa de date.

Mai mult, se apreciază că, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a încălcat normele referitoare la procedura de achiziție publică, deoarece evaluarea ofertei nu se face prin comparare cu alte oferte, ci cu prevederile din fișa de date.

Cu privire la Expertul 9 – Responsabil Trafic feroviar – dl.Joly Marc, susține contestatorul că autoritatea contractantă a evaluat diplomele obținute de către expert conform sistemului de învățământ superior existent în România, evaluare care este total discriminatorie pentru toți experții de altă naționalitate decât cea română, experți care au efectuat studiile superioare în altă țară decât România.

Contestatorul precizează că în Franța și Canada, țări în care expertul a obținut diplomă de Inginer și de Masterand, nu există nicio universitate sau școală de studii superioare care să emită diplome cu mențiunea „transporturi feroviare”, însă, lipsa mențiunii nu conduce la concluzia că expertul nu a studiat transporturile feroviare.

Contestatorul arată că la data de 04.05.2016 a transmis o clarificare către autoritatea contractantă, respectiv „certificatul final de studii”, emis de „Ecole Polytechnique Montreal”, care evidențiază faptul că materiile studiate de expert includ transporturile feroviare. Astfel, nu se poate motiva că materiile studiate de către expert „Sisteme de transport”, „Teoria circulației”, „Transport în comun”, „Planificarea transporturilor”, „Analiza transporturilor” și „Dinamica circulației” nu includ transporturile feroviare, cu atât mai mult cu cât expertul lucrează de la începutul carierei sale, în anul 2008, după absolvirea studiilor superioare, ca expert trafic feroviar.

Analiza autorității contractante, apreciază contestatorul, este complet eronată și nefondată, și nu se referă decât la 2 cuvinte ce nu apar pe diploma expertului și anume „transporturile feroviare”, analiza nefiind conformă cu regulile de evaluare instaurate de către EU în cadrul tuturor procedurilor de atribuire din Europa, în ceea ce privește diplomele.

În considerarea prevederilor legale din materia achizițiilor publice, contestatorul precizează că transmis autorității contractante o notificare, căreia nu i s-a dat curs.

În drept, se invocă prevederile Legii nr.98/2016 și Legii nr.101/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr.11/2/2014/16.08.2016, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.24896/16.08.2016, ... a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia Expertul 2 – Responsabil cu lucrările la infrastructura și suprastructura căii – dl. Oprea Constantin Cosmin – îndeplinește cerința privind experiența specifică, autoritatea contractantă arată că, așa cum este formulată cerința, s-a solicitat implicare din poziția de responsabil cu lucrările la infrastructura și suprastructura căii în elaborarea unui SF/Pth, fiind fără dubiu vorba de infrastructura căii ferate (fiind vorba de autoritatea contractantă CNCF CFR S.A. și de electrificarea și reabilitarea unei linii de cale ferată) și nu a altei căi (de drum, aeroport etc) așa cum susține contestatorul și că, având în vedere poziția similară ocupată de expert, este implicit vorba de un SF/Pth în domeniul căii ferate.

În situația în care nu a înțeles clar cerința, susține autoritatea contractantă, contestatorul ar fi putut lua în considerare că faptul că aceste expert 2 este înlocuitorul Managerului de proiect, căruia i se cere ca experiență profesională specifică implicarea într-un SF/Pth în domeniul infrastructurii/suprastructurii feroviare și nu ar fi trebuit să se prezinte cu un expert cu experiență numai în proiectare de drumuri rutiere.

De asemenea, se susține că ofertele nu au fost analizate prin comparație, ci s-a dorit a se atrage atenția contestatorului că ceilalți ofertanți au înțeles corect cerința.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază susținerile contestatorului ca nefondate.

Referitor la afirmația contestatorului conform căreia Expertul 9 – Responsabil Trafic feroviar – dl. Joly Marc îndeplinește cerința în ceea ce privește domeniul studiilor, autoritatea contractantă arată că în ceea ce privește cerința vizând expertul menționat, având conținutul „Absolvent de studii superioare cu diplomă de inginer cu specialitate în transporturi feroviare” , au fost solicitate mai multe clarificări, însă, din documentele depuse, nu rezultă clar și explicit specialitatea în transporturi feroviare, cerută prin fișa de date, documentele depuse relevând că studiile sunt în domeniul ingineriei civile și a transporturilor.

Concluzionează autoritatea contractantă că menține decizia de respingere a ofertei contestatorului.

În privința afirmației contestatorului cu privire la aplicarea prevederilor Legii nr.98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă susține că CNCF CFR S.A. desfășoară activități relevante în domeniul transporturilor și ca urmare are calitatea de entitate contractantă conform Legii nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, iar, față de prevederile art.253 alin.2 din Legea menționată, aplicabilă procedurii de față este O.U.G. nr.34/2006.

Autoritatea contractantă arată că ... nu a contestat și oferta desemnată câștigătoare, astfel că prin acțiunile sale nu urmărește decât tergiversarea procesului de achiziție deoarece, chiar în eventualitatea admiterii contestației, rezultatul procedurii nu se va schimba, propunerea financiară a contestatorului fiind mai mare decât a câștigătorului.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

În considerarea art.15 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei de interes a ... în formularea contestației, raportat la art.2 alin.1 coroborat cu art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016, motivat de împrejurarea că prețul ofertei acestuia este mai mare decât cel al ofertei desemnată câștigătoare și în privința căreia contestatorul nu a formulat nicio critică.

Prin adresa nr.209/18.08.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.25252/18.08.2016, ... a susținut că, în conformitate cu art.255 din O.U.G. nr.34/2006 și art.alin.1 coroborat cu art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2006, întrunește condițiile de a fi persoană vătămată.

Precizează contestatorul că autoritatea contractantă a prezentat în mod eronat, chiar fals, informația cum că există deja o câștigătoare. Atribuirea unei poziții în funcție de prețul cel mai scăzut nu corespunde și situației finale, după încheierea evaluării, prețul cel mai scăzut nu este echivalentul atribuirii contractului, fiind necesar ca ofertantul să îndeplinească și celelalte criterii solicitate în fișa de date, opinează contestatorul.

Atâta timp cât în SEAP starea procedurii este „în desfășurare” și nu „atribuită”, contestatorul apreciază că nu există un câștigător, astfel că societatea sa are șanse egale cu ceilalți participanți, implicit interes legitim, indiferent pe ce poziție s-ar clasa funcție de criteriul „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul precizează că nu cunoaște câștigătorul procedurii, nefiind indicat nici în SEAP și nici în corespondența cu societatea sa, astfel că, pe bună dreptate, a înțeles să conteste un act vătămător.

Prin adresa nr.2742/09.08.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.25369/19.08.2016, ... a înțeles să invoce excepția lipsei de interes a contestatorului, susținând că acesta nu îndeplinește niciuna dintre condițiile cumulative prevăzute la art.2 și art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016, deoarece:

a) obiectul contestației depuse este anularea adresei nr.11/2/2369/18.07.2016, fapt care dacă s-ar materializa printr-o decizie a

unui organ jurisdicțional sau printr-o măsură de remediere luată de autoritatea contractantă ar avea ca efect clasarea contestatorului pe locul 2, deci nu i-ar putea fi atribuit contractul având în vedere faptul că „prețul cel mai scăzut” a fost criteriul de atribuire.

Lipsa interesului, în opinia autorității contractante, rezidă și din faptul că ... nu a contestat câștigătorul licitației, neformulând niciun capăt de cerere cu privire la oferta acestuia;

b) nu a suferit și nici nu riscă să sufere niciun prejudiciu deoarece în situația în care în calitate de contestator nu a ridicat nicio pretenție asupra ofertei câștigătoare coroborat cu ipoteza în care oferta sa va fi declarată admisibilă, rezultatul va fi același, neadjudecarea contractului prin clasarea pe locul doi.

În considerarea dispozițiilor art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe, cu prioritate, asupra excepției lipsei de interes a ... în formularea contestației, excepție invocată din oficiu.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

Potrivit art.2 alin.1 din Legea nr.101/2016, *„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității 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 pretind sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”*

La art.3 alin.1 lit.f din același act normativ, se precizează că *„persoana care se consideră vătămată”* este orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

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

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 procedură de atribuire.”

Astfel, condițiile care trebuie îndeplinite în mod cumulativ pentru ca o persoană să se considere vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, sunt următoarele:

-are sau a avut un *interes* legitim în legătură cu o procedură de atribuire;

-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 procedură de atribuire.

Consiliul apreciază că sintagma *„are sau a avut un interes legitim (...)”* trebuie aplicată în contextul principiilor generale din materia dreptului procesual civil.

Deși, nici ordonanța de urgență și nici codul de procedură civilă, nu definesc această condiție a acțiunii, în doctrină s-a arătat că, prin interes, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate, pur vexatorii.

Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute expres la art.33 din noul C.proc.civ, respectiv:

- să fie legitim, corespunzător cerințelor legii materiale și procesuale;
- să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare să aparțină celui care recurge la acțiune;
- să fie născut și actual, să existe în momentul în care este formulată cererea. Un interes eventual, ca și un interes care a trecut nu poate fi luat în considerare.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța pendinte, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior, interesul contestatorului nefiind unul legitim, născut și actual, dar nici unul personal și direct, de vreme ce prețul ofertei contestatorului este de 4.688.400 lei, mai mare decât al ofertei desemnată câștigătoare, de 4.558.201,03 lei, depusă de Asocieria formată din ..., iar contestatorul nu a înțeles să formuleze vreo critică cu privire la această ultimă ofertă.

Concret, după cum a arătat și autoritatea contractantă, chiar dacă contestația ar fi admisă iar decizia de respingere a ofertei contestatorului ar fi înlăturată ca nelegală, în condițiile considerării ofertei contestatorului ca admisibilă, câștigătoare a procedurii, în baza criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, pentru care a optat autoritatea contractantă, ar fi aceeași ofertă care în prezent ocupă primul loc, oferta contestatorului urmând a se situa pe locul II, fiind eventual admisibilă, dar necâștigătoare.

Astfel, ca să fi avut vocația de a-i fi atribuit contractul de achiziție publică, contestatorul trebuia să critice și oferta desemnată câștigătoare, deoarece numai înlăturând-o pe aceasta oferta sa ar fi putut deveni câștigătoare.

În procedura actuală se verifică dacă măsurile adoptate de autoritatea contractantă sunt de natură să-l prejudicieze pe contestator. Or, față de considerentele mai sus expuse, prezenta contestație prin care contestatorul critică exclusiv decizia de respingere a ofertei sale, nu satisface un interes al său, în sensul că nu îi aduce niciun folos practic.

Calitatea procesuală și interesul nu pot fi raportate decât la dispozițiile art.2 alin.1 coroborat cu art.3 alin.1 din Legea nr.101/2016, la posibilele soluții prefigurate de textul art.26 din aceeași lege, precum și la capetele de cerere din contestația formulată, niciunul dintre acestea nefiind de natură să justifice admisibilitatea prezentului demers.

De asemenea, nu poate fi reținută a fi îndeplinită nici condiția cumulativă a prejudiciului pe care să-l fi suferit sau riscă să-l sufere contestatorul, de vreme ce oferta acestuia nu poate fi desemnată câștigătoare, cel mult, în urma unei eventuale admiteri a contestației, urmând a ocupa locul II.

Cum motivele invocate de contestator nu îi asigură participarea la procedura de atribuire în curs cu șansa reală de a-i fi atribuit contractul, nu sunt îndeplinite în cauză condițiile prevăzute de art.2 alin.1 coroborate cu art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016.

Apărările contestatorului nu pot fi primite în soluționare deoarece, în procedura de față autoritatea contractantă a desemnat oferta câștigătoare, așa cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr.11/2/2366/18.07.2016, împrejurare pe care contestatorul putea să o deducă din faptul comunicării rezultatului procedurii de atribuire și, mai mult, pentru înlăturarea echivocului, dacă solicita autorității contractante acces la documentele dosarului achiziției publice, anterior formulării contestației, conform art.19 alin.2 din Legea nr.101/2016.

În privința status-ului din SEAP al procedurii, acesta nu reprezintă un argument în sensul că nu a fost desemnată oferta câștigătoare, respectivul status urmând a fi modificat din procedură „în desfășurare” în „atribuită” numai după momentul încheierii contractului, acesta fiind momentul în care rezultatul procedurii este definitiv.

Așadar, nu se poate ignora contextul în care este formulată contestația de față, lipsa deținerii unor informații de către contestator nefiind de natură a acoperi neîndeplinirea unei condiții necesare de promovare a căii de atac a contestației.

Pentru considrențele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite excepția lipsei de interes a ... în formularea contestației și, pe cale de consecință, va respinge contestația ca fiind introdusă de o persoană lipsită de interes.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes a ... în formularea contestației și, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca fiind introdusă de o persoană lipsită de interes.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,
....

MEMBRU,

MEMBRU,

....