CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, România,CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. .., jud. ....., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin .. și convențional prin avocat .., împotriva procedurii de atribuire, organizată de către ....., cu sediul în ....., .. jud. ....., cod poștal ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru, cu un singur operator economic, pe o perioadă de 48 luni, având ca obiect: „....., cod CPV: 72590000-7, s-a solicitat: anularea raportului final al procedurii nr. 17669/18.70.....; obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor depuse și analizarea îndeplinirii de către acestea a obligațiilor prevăzute la cap. 3 lit. o) din caietul de sarcini, referitoare la respectarea drepturilor de proprietate intelectuală și la anularea procedurii de atribuire în măsura în care aceasta obligațiile nu este îndeplinită de niciunul dintre ofertanți.

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

SC ..... SRL formulează contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., împotriva procedurii de atribuire, organizată de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru, cu un singur operator economic, pe o perioadă de 48 luni, având ca obiect: „....."", cod CPV: 72590000-7, s-a solicitat: anularea raportului final al procedurii nr. 17669/18.70.....; obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor depuse și analizarea îndeplinirii de către acestea a obligațiilor prevăzute la cap. 3 lit. o) din caietul de sarcini, referitoare la respectarea drepturilor de proprietate intelectuală și la

anularea procedurii de atribuire în măsura în care aceasta obligațiile nu este îndeplinită de niciunul dintre ofertanți.

Raportat la obligațiile prevăzute în caietul de sarcini - Cap. 3 - Cerințe Tehnice Specifice - Minime si Obligatorii, lit. o), prestatorul va trebui „să presteze serviciile [de mentenanță] cu respectarea prevederilor legale în domeniul proprietății intelectuale", contestatorul precizează că în data de 06.04..... a formulat o solicitare de clarificare cu privire la „deținătorul drepturilor de proprietate intelectuală asupra modulelor de aplicație ce fac obiectul serviciilor de mentenanță". Prin aceeași solicitare s-a menționat că SC ..... SRL este deținătorul unei convenții încheiată cu SC .... SRL - deținătorul drepturilor de proprietate intelectuală asupra aplicațiilor în cauza - convenție prin care a fost acordat un drept exclusiv de utilizare, respectiv actualizare (adăugare, modificare, ștergere) asupra codului sursă al aplicațiilor informatice din cadrul proiectului susmenționat, în scopul efectuării activității de mentenanță software a aplicațiilor. În acest sens, în data de 10.04....., autoritatea contractantă a răspuns mai multor solicitări de clarificări (între care și cea susmenționată) prin adresele nr. 9406 și nr. 9408, prin care în esență, cu privire la obiectul prezentei contestații a răspuns astfel:

- deținătorul drepturilor de proprietate intelectuală asupra aplicațiilor furnizate este SC .... SRL (Adresa nr. 9406);
- operatorii economici interesați să participi la procedura de atribuire vor fi obligați să respecte prevederile legale cu privire la dreptul de proprietate intelectuală și drepturile de autor (Adresa nr. 9406);
- aplicațiile sunt deja implementate și se contractează exclusiv mentenanță pentru întregul sistem deja implementat (Răspuns întrebarea nr. 12 din Adresa nr. 9408)

Având în vedere aceste clarificări precum și existența Acordului dintre SC ..... SRL și SC .... SRL, contestatorul susține că a considerat că această cerință a caietului de sarcini, confirmată prin adresa nr. 9406 nu putea fi îndeplinita decât de SC ..... SRL (și eventual de SC .... SRL însuși). Pentru aceste considerente s-a transmis autorității contractante, prin adresa 64/I.S/ 12.05..... o solicitare de inițiere a unei proceduri de negociere în vederea contractării serviciilor de mentenanță, însă aceasta nu a răspuns solicitării, continuând procedura de atribuire.

Contestatorul menționează că nu a depus o oferta financiară în cadrul acestei proceduri având în vedere că, nu era posibilă o concurență în cadrul acestei licitații în condițiile în care nu mai există niciun participant care să poată îndeplini obligațiile referitoare la dreptul de proprietate intelectuală.

Totodată, referitor la caietul de sarcini, contestatorul arată că acesta conținea o mulțime de cerințe (unele exagerate) în afara obiectului declarat al contractului, cerințe precum:

„• Prestatorul va pune la dispoziție un mediu de test (adică un set de echipamente similare cu echipamentele utilizate de autoritatea contractantă pentru exploatarea aplicațiilor, a căror valoare poate atinge valoarea estimată a întregului contract de mentenanță) pe care va efectua testarea componentelor asupra cărora se intervine în cadrul activității de mentenanță;

- *Implementarea componentelor/ funcționalităților care nu au fost implementate inițial*
- *Modificarea/ dezvoltarea de functionalități, în cazul în care acestea se impun și nu există în aplicații.*
- *Migrarea datelor din terțe aplicații*
- *Instruirea utilizatorilor și asistența în utilizarea aplicațiilor*"

contestatorul arată că toate aceste cerințe au fost confirmate de autoritatea contractantă în răspunsul la solicitarea de clarificări - adresa 10830/26.04..... Astfel, se constată că aceste cerințe sunt specifice unui contract de furnizare/ prestare servicii de implementare și de instruire și nu a unui contract de mentenanță. Ori, aceste cerințe care excedeau serviciilor de mentenanță au impiedicat la depunerea ofertei financiare.

Contestatorul arată că în data de 18.07..... a fost desemnat câștigătorului procedurii, respectiv SC ....SRL - Raportul Final al Procedurii nr. 17669/18.07..... fiind publicat în SEAP în data de 18.07..... În data de 28.07....., în temeiul disp. art. 6, din Legea nr. 101/2016, contestatorul menționează că a transmis autorității contractante notificarea prealabilă, precizând că este imposibil ca societatea desemnată câștigătoare (sau orice alta societate cu excepția subscrisei) să îndeplinească obligațiile prevăzute de pct. 3 lit. o) din caietul de Sarcini și ca procedura de atribuire trebuia anulată. Prin răspunsul nr. 18834/31.07....., autoritatea contractantă a refuzat să răspundă în concret obiectului notificării prealabile arătând că, în opinia sa, „notificarea este introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant"

Contestatorul susține că are calitatea de a formula o contestație cu privire la rezultatul procedurii susmenționate, invocând dispozițiile art. 2, art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, ambele condiții fiind îndeplinite. De asemenea, consideră că este îndeplinită și condiția privind prejudiciul suferit, în sensul că așa cum se poate constatat din acordul de parteneriat încheiat între SC ..... SRL și SC .... SRL, rezultă că SC ..... SRL a investit capital uman și financiar în preluarea acestor drepturi, respectiv instruirea angajaților proprii, cheltuieli privind asimilarea cunoștințelor.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 32921/.....-...../08.08....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea

reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, următoarele:

- documentele emise de la primirea deciziei CNSC si până în prezent;
- oferta contestatorului;
- dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016
- în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 19941/16.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 33825/16.08..... autoritatea contractantă transmite documentele solicitate precum și punctul de vedere cu privire la contestația formulată, invocând, pe cale de excepție, lipsa calității contestatorului, având în vedere următoarele aspecte:

a) potrivit art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, *„Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru [....]”,* iar, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea 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*" Conform art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, prin *„persoană care se consideră vătămată*" se înțelege: *„orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

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

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

Având în vedere că, SC ..... SRL nu a depus o ofertă în cadrul procedurii de atribuire, deci nefiind ofertant, nu se poate considera o persoană vătămată, și în consecință solicită Consiliului să constatate că prezenta contestație a fost introdusă de o persoană lipsită de calitate, SC ..... SRL, nefiind operator economic implicat în procedura de atribuire.

b) SC ..... SRL, formulează contestație împotriva Raportului procedurii nr. 17.669 din 18.07....., document, care nu avea caracter de document public, conform legii, la data notificării și ulterior a contestației.

Mai mult, SC ..... SRL, nu a depus o ofertă în cadrul prezentei proceduri de atribuire, prin urmare nu a primit o comunicare privind rezultatul procedurii. În această situație contestatorul nu avea posibilitatea legală de a lua la cunoștință de un act al comisiei de evaluare/autorității contractante, înainte de a fi finalizată procedura. Potrivit art. 211 lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, „Procedura de atribuire se finalizează prin: a) încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru; sau [....]".

Conform prevederilor art. 217 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația de a întocmi dosarul achiziției pentru fiecare contract de achiziție publică, iar potrivit alin. (4) ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public, prin urmare potrivit alin. (5) din cadrul aceluiași articol, accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Mai mult, contestatorul nu a formulat nici o solicitare de a vedea dosarul achiziției, prin urmare acesta contestă un document care la data notificării și data înaintării contestației la CNSC nu avea caracter de document public.

c) De asemenea, deși, SC ..... SRL, în calitate de operator economic, a solicitat clarificări autorității contractante, dacă ar fi fost nemulțumit de răspunsul acesteia, atunci ar fi trebuit să depună, la acea dată, contestație, pentru a dovedi calitatea de persoană care se consideră vătămată, însă, o astfel de situație nu a existat, iar la data limită de depunere a ofertelor nu a depus ofertă.

Astfel, având în vedere că SC ..... SRL, nu a depus o ofertă în cadrul prezentei proceduri de atribuire, nu se poate considera persoană vătămată, pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, contestația ca fiind introdusă de o persoană lipsită de calitate, SC ..... SRL, nefiind operator economic implicat în procedură, ca ofertant.

În vederea soluționării contestației prin adresa nr. 34264/.....-...../17.08....., Consiliul solicită AGENȚIEI PENTRU AGENDA DIGITALĂ A ROMÂNIEI, să transmită, cât mai repede posibil, toate informațiile înregistrate în sistem, respectiv sumarul/desfășurătorul achiziției publice, cu privire la prezenta procedură de atribuire. De asemenea, solicită să comunice dacă SC ..... SRL s-a înscris la această procedură și dacă a depus oferta, să transmită toate documentele încărcate în SEAP de către acesta.

Prin adresa nr. 81694/23.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 35387/24.08....., AGENȚIA PENTRU AGENDA DIGITALĂ A ROMÂNIEI

transmite listingul cu logourile aferente procedurii de achiziție în cauză, precizând totodată că SC ..... SRL s-a înscris la procedură, dar nu a depus nici un document și nici oferta de preț.

Prin adresa nr. 35622/.....-...../24.08....., Consiliul pune în discuție, excepția privind lipsa calității procesuale, invocată de către autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 19941/16.08....., înregistrat la CNSC sub nr. 33825/16.08....., solicitând contestatorului să transmită opinia sa, cu privire la acest aspect.

Prin adresa nr. 86/IS/28.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 35974/28.08....., SC ..... SRL solicită Consiliului respingerea excepției invocate de autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că are calitatea de a formula contestație, invocând prevederile art. 2 și art. 3din Legea nr. 101/2016. De asemenea, arată că SC ..... SRL a avut și are un interes cu privire la prezenta procedură, având în vedere acordul de parteneriat încheiat între prezenta societate și deținătorul dreptului de proprietate intelectuală asupra aplicațiilor funcționale implementate în cadrul programului a căror servicii de mentenanță formează obiectul prezentei proceduri; acest acord acordând SC ..... SRL dreptul exclusiv de lucru (mentenanță) pe aplicațiile pentru care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze servicii de mentenanță.

În ceea ce privește prejudiciul, această condiție este îndeplinită, fiind evidentă nașterea unui prejudiciu în patrimoniul societății, în cazul în care altă persoană intervine sau modifică aplicațiile în cauză, prestează servicii de mentenanță în cazul acelor aplicații.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea încheierii acordului cadru, cu un singur operator economic, pe o perioadă de 48 luni, având ca obiect: „Servicii de mentenanță pentru „Sistem informatic destinat gestiunii Registrului Agricol în format electronic” în cadrul proiectului «Sistem informatic pentru registrul agricol în județul ..... – zona Moreni»“, cod CPV: 72590000-7, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului este 1.200.000 lei.

Având a se pronunța mai întâi, conform art. 26 din Legea nr. 101/2016, asupra excepției lipsei calității procesuale invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată următoarele:

Potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea nr.101/2016, persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată

de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.

Față de aceste aspecte coroborat cu alin. (2) 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.

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 contestațiilor să aparțină celui care recurge la formularea contestației 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.

Prin urmare, nu trebuie confundat interesul legitim al unei persoane vătămate care face parte din structura dreptului subiectiv civil, cu interesul procesual/judiciar, deoarece aceste două categorii de interese sunt determinate și valorificate pe planuri diferite, respectiv dreptul procesual și dreptul substanțial/material.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că prin declanșarea procedurii 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 ale 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 procesual 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.

Prin adresa nr. 34264/.....-...../17.08....., Consiliul a solicitat AGENȚIEI PENTRU AGENDA DIGITALĂ A ROMÂNIEI, să transmită, toate informațiile înregistrate în sistem, respectiv sumarul/desfășurătorul achiziției publice, cu privire la prezenta procedură de atribuire. De asemenea, solicită să comunice dacă SC ..... SRL s-a înscris la această procedură și dacă a depus oferta, să transmită toate documentele încărcate în SEAP de către acesta. AGENȚIA PENTRU AGENDA DIGITALĂ A ROMÂNIEI răspunde prin adresa nr. 81694/ 23.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 35387/24.08....., transmite listingul cu logourile aferente procedurii de achiziție în cauză, precizând totodată că SC ..... SRL s-a înscris la procedură, dar nu a depus nici un document și nici oferta de preț, aspect care rezultă și din postarea autorității contractante din SEAP, la data de 08.05....., ora 12:06, având indicativul „Declaratie participanti ([CN174061/015] Declaratie participanti-semnat.PDF.p7s)”

Rezultă astfel că, în condițiile în care contestatorul SC ..... SRL nu a participat, respectiv nu a depus ofertă în cadrul prezentei proceduri de atribuire, „anularea raportului final al procedurii nr. 17699/18.07..... și obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor depuse”, nu produce acestuia din urmă nici un prejudiciu sau vătămare și nici nu ar putea obține vreun folos material și direct, eventuala îndeplinire a solicitărilor acestuia nu ar putea să-i producă un folos practic imediat sau viitor, în condițiile în care acesta nu a depus oferta în cadrul procedurii.

Consiliul apreciază că lipsa calității de ofertant a contestatorului, are ca efect lipsa unui interes legitim de natură să producă efecte juridice acestuia din urmă deoarece nu este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, neavând deci nici o influență asupra raporturilor dintre contestatoare și autoritatea contractantă.

Mai mult, Consiliul nu poate reține afirmațiile contestatorului din adresa nr. 86/IS/28.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 35974/ 28.08....., potrivit cărora acesta are calitatea de a formula contestație, precum și că a avut și are un interes cu privire la prezenta procedură, având în vedere acordul de parteneriat încheiat între prezenta societate și deținătorul dreptului de proprietate intelectuală asupra aplicațiilor funcționale implementate în cadrul programului a căror servicii de mentenanță formează obiectul prezentei proceduri; acest acord acordând SC ..... SRL dreptul exclusiv de lucru (mentenanță) pe aplicațiile pentru care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze servicii de mentenanță, având în vedere prevederile art. 249 cpc potrivit cărora: „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege.” Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile,

susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”.

Ori, contestatorul s-a limitat la a susține că are dreptul exclusiv de lucru (mentenanță) drept care îi justifică interesul în formularea prezentei fără însă a produce vreo probă care să demonstreze calitatea de persoană vătămată într-un drept sau interes legitim.

Față de considerentele mai sus reiterate, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, urmează să admită excepția lipsei calității procesuale, invocată de autoritatea contractantă și pe cale de consecință să respingă contestația formulată de SC ..... SRL.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite excepția lipsitei calității procesuale invocată de ..... și, pe cale de consecință respinge contestația formulată de SC ..... SRL.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile 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 9 (nouă) pagini.