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. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. 23508/24.06.2019, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., având CUI RO ....., înregistrată la ONRC sub nr. ....., reprezentată prin administrator ..., împotriva procedurii organizată de către ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Achiziție analizoare de gaze” – privind lot 2 „Dispozitiv portabil pentru depistare pierderi gaz metan metoda catarometriei și explozimetru”, cod CPV 38432100-3, s-a solicitat admiterea contestației și pe cale de consecință:

- anularea raportului procedurii nr. 148/15.05.2019, comunicat în SICAP în data de 14.06.2019, precum și a tuturor actelor întocmite în procesul de evaluare a ofertelor și care au stat la baza emiterii acestuia, având în vedere că singura ofertă declarată admisibilă la evaluarea tehnică, respectiv oferta ... SRL nu întrunește condițiile minime prevăzute în caietul de sarcini, astfel că trebuia declarată neconformă;
- anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. 2 lit. c) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că nu există posibilitatea adoptării de măsuri de remediere.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL, reclamă rezultatul procedurii, respectiv raportul

procedurii nr. 148/15.05.2019, comunicat în SEAP, în data de 14.06.2019.

Contestatorul prezintă un istoric al procedurii, arătând că, ulterior Deciziei CNSC nr. ..., entitatea contractantă, prin raportul procedurii nr. 148/15.05.2019 a declarat câștigătoare oferta depusă de ... SRL, oferta sa fiind declarată neconformă.

Totodată, se arată că, „raportul procedurii nr. 148/15.05.2019 a fost publicat în SEAP în data de 14.06.2019, în condițiile în care, potrivit numărului de înregistrare, aceasta ar fi fost întocmit în data de 15.05.2019".

În continuare, se prezintă critici cu privire la neconformitatea ofertei depusă de ... SRL.

Prin adresa nr. 1118/01.07.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 24702/01.07.2019, entitatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând, printre altele, respingerea acesteia, ca fiind tardiv introdusă.

În susținerea excepției tardivității contestației, autoritatea contractantă precizează că, punând în aplicare dispozițiile Deciziei CNSC nr. ..., comisia de evaluare a respins oferta ..... SRL ca neconformă, în temeiul art. 143 alin. 3 din HG nr. 394/2016 coroborat cu art. 228 alin. 5 din Legea nr. 99/2016, rezultat comunicat prin adresa nr. 769/15.05.2019.

De asemenea, entitatea contractantă arată că, ulterior comunicării rezultatului procedurii, contestatorul a solicitat, prin adresa nr. 846/22.05.2016 acces la dosarul achiziției, invitație la care a dat curs, sens în care, acesta s-a prezentat, în data de 23.05.2019, având acces nerestricționat la documentele întocmite în procesul de evaluare a ofertelor, aspecte consemnate în procesul verbal întocmit în aceiași dată, 23.05.2019.

În contextul dat, entitatea susține că contestatorul putea sesiza Consiliul cu o contestație privind un presupus interes vătămat de rezultatul proceduri de atribuire, atât începând cu data de 15.05.2019, data comunicării rezultatului procedurii de atribuire, cât şi începând cu data de 23.05.2019, data la care i-au fost cunoscute toate aspectele contestate, data limită până la care acesta putea să înainteze legal acest demers fiind, după cum se arată, data de 03.06.2019.

Pe cale de consecinţă, entitatea contractantă apreciază că, raportat la dispoziţiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi data depunerii contestaţiei la Consiliu, respectiv 24.06.2019, contestatorul nu a respectat termenul imperativ prevăzut de art. 8 alin. (1) „lit. b)" din Legea nr. 101/2016. Astfel, după comunicarea rezultatului procedurii, contestatorul a avut acces la dosarul achiziției, inclusiv la oferta celuilalt operator economic contracandidat, dacă ar fi fost vătămat/nemulţumit de decizia privind declararea ofertei sale ca fiind neconformă, acesta ar fi trebuit să o conteste, potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Or, neatacând cu contestaţie, în termenul legal statuat de normele legale citate anterior, rezultatul procedurii de atribuire,

comunicat cu adresa nr. 769/15.05.2019, entitate contractantă susține că înaintarea contestaţiei, în data de 24.06.2019, la peste o lună de la comunicare este un demers tardiv, ultimul termen legal fiind 03.06.2019. În opinia sa, este în afara oricărui dubiu faptul că contestatorului i-au fost cunoscute toate detaliile legate de evaluare ofertelor la data de 23.05.2019, dată la care i s-a permis acces nerestricţionat la toate documentele solicitate, inclusiv la oferta contracandidatului ... SRL.

Așadar, entitatea contractantă subliniază că, deși contestatorul a decis să rămână în pasivitate şi să nu-și exercite, în termenul impus de legiuitor, dreptul său de contestare, acest fapt nu poate constitui, în opinia sa, decât un fapt imputabil acestuia.

Mai mult, entitatea apreciază că, astfel cum o solicitare de clarificări, nu repune operatorul economic solicitant în dreptul de a contesta documentaţia de atribuire, tot astfel, raportat la situaţia de fapt, în care contestatorul a avut cunoştiintă de toate documentele evaluării şi oferta operatorului contracandidat încă din 23.05.2019, nici aceasta, nu repune contestatorul în termenul de contestaţie.

În caz contrar, evident cu încălcarea efectelor pe care legiuitorul a înţeles să le ofere actelor normative care limitează dreptul de contestare într-un anumit termen, imperativ reglementat, operatorii economici s-ar afla, după cum se arată, într-un perpetuu termen de contestare, ori de câte ori autoritățile/entitățile contractante ar publica în SEAP un document legat de procedura de atribuire. Pe această cale, entitatea contractantă susține că, astfel contestatorului i s-ar mai oferi ocazia să conteste rezultatul procedurii şi cu ocazia publicării anunţului de participare aferent. Logica textului de Lege privind limitarea depunerii contestaţiei într-un anumit termen imperativ, reglementat, raportat la textul de lege privind termenul de aşteptare este ca autoritățile/entităţile contractante să nu procedeze la încheierea contractelor/acordurilor cadru atât timp cât operatorii economici pot să-și exercite dreptul legal de contestare.

Or, în situația de faţă, urmare a inacţiunii contestatorului, inacţiune ce nu poate fi imputabilă decât acestuia, şi efectele acestor texte de lege au fost înfrânte, din moment ce entitatea contractantă, cu respectarea tuturor dispoziţiilor legale privind comunicarea rezultatului procedurii, acordarea accesului la dosarul achiziţiei sectoriale, respectarea termenului legal de aşteptare, se vede pusă în situaţia de a-i fi contestată procedură după încheierea acordului cadru.

Pentru considerentele prezentate, entitatea contractantă solicită să se constate faptul că contestaţia în cauză reprezintă un demers tardiv, raportat la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, solicitând admiterea excepţiei tardivității și respingerea acesteia, ca tardiv introdusă.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatorului să comunice punctul de vedere cu privire la excepția tardivității contestației invocată de către entitatea contractantă.

Cu adresa nr. 131/03.07.2019, înregistrat la CNSC cu nr. ..., ... SRL, a răspuns cu privire la excepţia tardivităţii contestației invocată de entitatea contractantă, care, în opinia sa, a speculat faptul că, prin adresa nr. 769/15.05.2019 transmisă și prin platforma SICAP, la secţiunea „solicitări de clarificare”, i-ar fi comunicat rezultatul procedurii de atribuire, stabilit după reevaluarea ofertei sale, dispusă prin Decizia CNSC nr. ....

Contestatorul precizează că, în realitate, prin adresa nr. 769/ 15.05.2019 (Anexa nr. 1), entitatea nu i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, ci doar rezultatul evaluării propunerii sale tehnice, întrucât, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire presupune încunoştiinţarea destinatarului comunicării cu privire la oferta declarată câştigătoare. Or, în cazul de faţă, prin adresa menţionată nu i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, ci doar faptul că oferta sa a fost respinsă ca fiind neconformă cerinţelor tehnice.

De asemenea, contestatorul învederează, după cum se poate observa şi din captura de ecran din SICAP, anexată, că, raportul procedurii aferent Lotului nr. 2 (Anexa nr. 2), cu toate că apare ca fiind emis în data de 15.05.2019, totuşi, comunicarea acestuia a avut loc abia în data de 14.06.2019, ora 13:14.

Or, contestatorul susține că, data de la care curge termenul pentru formularea contestaţiei este data comunicării prin intermediul SICAP a rezultatului procedurii, având în vedere că, prin vizualizarea raportului procedurii a luat la cunoştiinţă despre actul entităţii contractante prin care s-a declarat oferta câştigătoare, respectiv oferta depusă de ..., care, în opinia sa, conţine grave abateri de la cerinţele documentaţiei de atribuire.

Raportat la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, și având în vedere susţinerile entităţii contractante prezentate prin punctul de vedere transmis, în sensul că ar fi avut acces la dosarul achiziţiei din 23.05.2019, contestatorul solicită a se avea în vedere faptul că, la aceea dată, raportul procedurii, care pare a fi emis în 15.05.2019, nu se afla la dosar şi nu a luat la cunoştinţă de existenţa acestui act, decât la 14.06.2019, dată la care s-a efectuat comunicarea prin SICAP.

Contrar susținerilor entității contractante, contestatorul precizează că, i s-a conferit acces nerestricţionat la dosarul achiziţiei de către entitatea contractantă doar prin adresa nr. 1050/18.06.2019 (Anexa nr. 3), ca răspuns la solicitarea sa din aceeaşi dată (Anexa nr. 4), în adresele anterioare permițându-i-se acces parţial la dosarul achiziţiei, deoarece procedura de achiziţiei nu era finalizată, prin adresa nr. 1050/18.06.2019 comunicându-i-se faptul că are acces nerestricţionat la dosarul procedurii.

Mai mult, contestatorul arată că, în sensul art. 8 din Legea nr. 101/2016, contestaţia se îndreaptă împotriva unui act al entităţii contractante şi nu a ofertei sau a unei părţi din oferta prezentată de un alt ofertant. Astfel, prin contestaţia care face obiectul dosarului în cauză, contestatorul precizează că nu a contestat propunerea tehnică

depusă de ... ci a contestat rezultatul procedurii, comunicat prin Raportul final nr. 148/15.05.2019, transmis prin SICAP în data de 14.06.2019, din care a aflat că oferta depusă de ... a fost declarată ca fiind câştigătoare în pofida faptului că nu îndeplinea cerinţele tehnice minime solicitate prin documentaţia de atribuire.

De asemenea se arată că, în arhitectura legislativă existentă după intrarea în vigoare a H.G. nr. 419/2016, prin care s-au abrogat prevederile art. 72 alin. (3) şi (4) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 394/2016, legiuitorul a decis că, pe parcursul procedurii de evaluare nu se fac comunicări intermediare către ofertanţi prin care aceştia să fie informaţi despre parcurgerea diferitelor etape ale procesului de evaluare, ci se face doar o comunicare finală, la stabilirea rezultatului procedurii de atribuire. În acest sens, contestatorul menționează că, dispozițiile art. 73 alin. (5) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 394/2016, stabilesc următoarele: „După aprobarea raportului procedurii de atribuire prevăzută la alin. (3), entitatea contractantă are obligaţia informării ofertanţilor cu respectarea prevederilor cap. V secţiunea a 13-a din Lege.” În mod corespunzător, se arată că, art. 228 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, stabileşte că: *„Entitatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce priveşte rezultatul selecţiei, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziţie sectorială/ acordului-cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziţii, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziţii ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective*."

Or, contestatorul arată că, în cauză, decizia care aparent pare a fi fost luată în 15.05.2019 (data raportului final), a fost comunicată doar în data de 14.06.2019, perspectivă din care, ... se află în culpă, pentru nerespectarea obligaţiei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, în termen de 3 zile de la adoptarea ei. Mai mult, deși a comunicat rezultatul procedurii cu o întârziere de aproximativ 20 de zile lucrătoare, entitatea contractantă invocă excepţia tardivităţii contestaţiei îndreptată împotriva raportului procedurii, deși aceasta a fost depusă în termen de 10 zile de la data comunicării rezultatului procedurii prin intermediul SICAP.

Având în vedere considerentele expuse, contestatorul solicită respingerea excepţiei tardivităţii contestaţiei şi analizarea în fond a acesteia.

În susținere, au fost depuse, în copie, înscrisurile la care s-a făcut trimitere.

În data de 04.07.2019, prin adresele nr. 25471 și nr. 2573, Consiliul a pus în discuția părților excepția privind lipsa de interes în formularea contestației, raportat la dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Cu adresa nr. 1182/05.07.2019, înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației ca fiind lipsită de interes, având în vedere următoarele considerente:

Prezentând istoricul procedurii, entitatea contractantă arată că, procedând la punerea în aplicare a deciziei CNSC nr. ... potrivit celor dispuse în motivarea acesteia, a emis Procesul-Verbal de punere în aplicare a deciziei CNSC prin care:

- a anulat parţial raportul procedurii pentru Lotul nr. 2, în ceea ce priveşte respingerea ofertei ....., înregistrat cu nr. 101/03.04.2019; adresa nr. 535/03.04.2019 şi a proceselor verbale intermediare în partea care priveşte oferta depusă de ..... referitor la Lotul nr. 2;
- a anulat parţial, în ceea ce priveşte evaluarea informaţiilor din DUAE a ofertantului ....., procesul-verbal nr. 1/20.02.2019;

De asemenea, se arată că, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea DUAE prezentat de ofertantul ....., cu luarea în considerare a celor dispuse de CNSC prin decizia anterior menţionată şi a decis că: „Oferta depusă de ofertantul ..... este admisibilă după finalizarea etapei de evaluare DUAE.” Mai mult, se arată că, continuând derularea procedurii de atribuire, în cadrul procesului de evaluare a propunerii tehnice prezentate de către contestator, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei acestuia ca neconformă, în temeiul prevederilor art. 143 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016 coroborat cu art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, decizie ce i-a fost comunicată, împreună cu motivele care au stat la baza acestei decizii.

Entitatea contractantă precizează că, prin adresa nr. 769/ 15.05.2019 a comunicat contestatorului rezultatul procedurii de atribuire, astfel că, începând cu aceiași dată acesta putea depune o contestaţie privind un presupus interes vătămat de rezultatul proceduri.

Astfel, după comunicarea rezultatului procedurii, dacă ar fi fost vătămat/nemulţumit de decizia entităţii contractante prin care oferta depusă a fost declarată neconformă, contestatorul ar fi trebuit să înainteze o contestaţie, astfel cum impun dispoziţiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Neatacând rezultatul procedurii, în termenul imperativ prescris de legiuitor, decizia adoptată în legătură cu oferta ..... şi-a dobândit caracterul definitiv, oferta sa fiind astfel respinsă în mod definitiv, în speţă, fiind incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „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, potrivit prevederilor prezentei legii”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din acelaşi act normativ, conform căruia: „În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) 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 ne soluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire";

-art. 3 alin. (3) din acelaşi act normativ: „În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Aşadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de entitatea contractantă, în cadrul procedurii de achiziţie sectorială, contestatorul trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu ca urmare a unui act al entităţii contractante.

De asemenea, se arată că, exerciţiul dreptului de a apela la calea adminsitrativ juridicţională printr-o contestaţie, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Față de considerentele de drept și doctrinare, entitatea contractantă apreciază că, contestaţia în cauză nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior. În consecinţă, având în vedere respingerea ofertei contestatorului, și care nu a fost atacată în cadrul termenului legal, fiind astfel respinsă în mod definitiv, entitatea contractantă susține că ..... nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea ofertei depusă.

Aşadar, neavând şansa reală de a câştiga procedura în cauză, oferta contestatorului fiind în mod definitiv respinsă, conform art. 3 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, entitatea consideră că acesta nu are, în legătură cu prezenta procedură de atribuire, interesul legitim necesar deţinerii calităţii de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016. Un interes eventual nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerinţa actualităţii, iar solicitarea de anulare a procedurii de atribuire conduce la un interes eventual şi nu imediat.

Pentru considerentele prezentate, entitatea contractantă solicită admiterea excepției lipsei de interes și pe cale de consecință, respingerea acesteia.

Prin adresa nr. 141/08.07.2019, înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... SRL, a răspuns cu privire la excepţia lipsei de interes în formularea contestaţiei, invocată din oficiu, solicitând respingerea acesteia, ca fiind neîntemeiată.

Astfel, contestatorul apreciază că are un interes evident şi actual în formularea contestaţiei, întrucât:

Procedura de soluţionare a contestaţiilor care se desfăşoară în faţa Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor este, după cum se arată, o procedură administrativ-jurisdicţională, iar potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016, prevederile care reglementează desfăşurarea procedurii în cauză, se completeză, cu cele ale Codului de Procedură Civilă.

Contestatorul susține că, interesul în formularea unei cereri este folosul practic urmărit de către cel care formulează cererea. Mai mult, potrivit prevederilor art. 33 din Codul de Procedură Civilă, interesul trebuie să îndeplinescă următoarele cerinţe: să fie determinat, să fie legitim, să fie personal, să fie născut şi actual.

În cauză, contestatorul susține că are un interes determinat, deoarece, prin anularea procedurii de atribuire organizată de ..... care a declarat câştigătoare o ofertă neconformă cerinţelor tehnice, acesta câştigă posibilitatea de a participa, în condiţii concurenţiale adevărate, la noua procedură de atribuire care se va organiza.

Interesul său este legitim, deoarece prin cererea formulată urmărește constatarea unei situaţii nelegale şi impunerea respectării reglementărilor din domeniul achiziţiilor sectoriale, este personal, deoarece, folosul practic urmărit aparţinându-i societăţi sale, și este născut şi actual, prin prisma faptului că interesul există la momentul formulării cererii.

Contrar susținerilor entității contractante privind interesul în formularea contestaţiei, ca urmare a excluderii de la procedură prin declararea ofertei ca fiind neconformă, în raport de prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, contestatorul arată că, raportat la modalitatea şi la termenele la care i s-a comunicat rezultatul evaluării ofertei sale şi rezultatul procedurii de atribuire, rezultă, în opinia sa, că entitatea contractantă nu a respectat prevederile legale aplicabile comunicărilor şi nici termenele la care se fac aceste comunicări.

Astfel, contestatorul învederează că, prin H.G. nr. 419/2018, s-au abrogat prevederile art. 72 alin. (3) şi (4) din H.G. nr. 394/2016, care obligau entitatea contractantă să efectueze comunicări către ofertanţi, după parcurgerea evaluării tehnice şi a evaluării financiare. Rezultatul urmărit de legiuitor, în opina sa, a fost efectuarea de comunicări doar la sfârşitul procedurii de evaluare, când, odată cu comunicarea raportului procedurii, se comunică către fiecare ofertant respins, motivele respingerii ofertei.

De asemenea, se arată că, potrivit art. 228 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, comunicarea raportului final se face în termen de 3 zile de la adoptarea ei. Or, susține contestatorul, în cazul de faţă, comunicarea declarării ca fiind neconformă a ofertei sale s-a realizat în 15.05.2019,

iar comunicarea rezultatului final s-a făcut în 14.06.2019. În condiţiile date, contestatorul apreciază ca fiind evident faptul că nu a avut posibilitatea să cunoască rezultatul procedurii de atribuire şi să adopte măsuri pentru contestarea acesteia, decât după primirea raportului procedurii. Mai mult, eludarea dispoziţiilor legale anterior menţionate, au condus, în opinia sa, la crearea situaţiei în care se invocă excepţia tardivităţii şi excepţia lipsei de interes a contestaţiei. Stabilirea de către legiuitor, a unui mod unitar de transmitere a rezultatului procedurii de atribuire către fiecare ofertant în parte, pe de o parte a avut menirea evitării tergiversării procedurilor de atribuire prin contestaţii repetate, la fiecare etapă, iar pe de altă parte a urmărit şi acordarea unei perspective unitare către ofertanţi, pentru a le permite să formuleze contestaţii cunoscând atât rezultatul evaluării ofertei lor cât şi evaluarea ofertei celorlalţi ofertanţi.

Totodată, contestatorul precizează că, în prezenta procedură de atribuire, a fost declarată ca fiind câştigătoare o ofertă care are grave nereguli în ce priveşte respectarea cerinţelor tehnice.

Or, entitatea contractantă a considerat oportun să respingă oferta sa ca fiind neconformă cerinţelor tehnice, însă a admis o ofertă care nu respectă aceleaşi cerinţe tehnice.

O atare interpretare a condiţiei manifestării unui interes în promovarea unei contestaţii face, în opinia sa, inutilă aplicarea legislaţiei în materie de activităţi sectoriale, deoarece practic, se permite entităţilor contractante să aleagă ofertantul cu care încheie contractul, fără a verifica conformitatea ofertei cu cerinţele tehnice iniţiale, contrar prevederile art. 6 şi art. 13 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi cu cele ale art. 21 din Constituţia României.

Pentru motivele arătate, contestatorul consideră că excepţia lipsei de interes este neîntemeiată şi se impune a fi respinsă.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Achiziție analizoare de gaze” – privind lot 2 „Dispozitiv portabil pentru depistare pierderi gaz metan metoda catarometriei și explozimetru”, cod CPV 38432100-3. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii au fost depuse, on line, 2 oferte - pentru lotul 2, oferta contestatorului și oferta depusă de ....

Împotriva unui prim rezultat al procedurii privind raportul procedurii nr. 101/04.04.2019, comunicat prin adresa nr. 535/ 03.04.2019 – lot 2, în data de 04.04.2019, ... SRL a formulat contestația, soluționată prin Decizia CNSC nr. ...., ce a fost admisă în parte.

Ulterior, punând în aplicare dispozițiile Deciziei Consiliului, prin raportul procedurii nr. 148/15.05.2019, entitatea contractantă a declarată câștigătoare oferta depusă de ..., oferta ..... SRL fiind respinsă ca neconformă.

Împotriva rezultatul procedurii privind desemnarea ofertei SC ... SRL, ca fiind admisibilă și câștigătoare cu un punctaj de 100 puncte, pentru lotul 2, consemnată prin raportul procedurii nr. 148/15.05.2019, comunicat în SEAP în data de 14.06.2019, ... SRL a depus contestația ce formează obiectul dosarului nr. 1219/2019.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției lipsei de interes a SC ..... SRL în formularea contestației, invocată din oficiu.

În soluţionare Consiliul reţine că pentru exercitarea dreptului la acţiune, respectiv pentru formularea unei contestaţii, sunt necesare a fi îndeplinite condiţiile afirmării unui drept, interesului, calităţii procesuale şi capacităţii procesuale.

În ceea ce priveşte condiţia afirmării unui drept, conform dispoziţiilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „(1) 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, potrivit prevederilor prezentei legi”, și art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ:

”f) din 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”.

Potrivit dispoziţiilor art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. **O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat** şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, **fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”**.

Dreptul la acţiune, este conferit conform art. 3 alin. (1) lit. ff) și hh) din Legea nr. 99/2016 calităţii de operator economic care îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică sau oricărui operator economic care a depus ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire.

În ceea ce priveşte interesul, acesta este o condiţie necesară pentru dobândirea calităţii de parte în proces şi se concretizează în folosul material ori moral pe care l-ar putea obţine contestatorul de pe urma acţiunii sale, interesul contestatorului fiind chiar încheierea unui contract de achiziţie publică ce are un caracter oneros. De asemenea, interesul trebuie să fie legitim, născut şi actual, direct şi personal.

În ceea ce priveşte interesul în formularea prezentei contestaţii, Consiliul reţine că oferta depusă de ..... SRL a fost declarată neconformă, decizie comunicată în data de 15.05.2019, prin adresa nr. 769, împreună cu motivele de neconformitate.

Astfel, împotriva decizia de respingere a ofertei ca neconformă, ... SRL nu a formulat contestație, caracterul neconform al acesteia fiind stabilit definitiv, prin neutilizare căii de atac, prin care și-ar fi apărat caracterul de ofertă admisibilă.

În soluţionare Consiliul constată că autorul contestaţiei îşi justifică interesul astfel: „În cauza de față, subscrisa avem un interes determinat, deoarece, prin anularea procedurii de atribuire organizată de entitatea ..... SA, care a declarat câștigătoare o ofertă neconformă cerințelor tehnice, subscrisa câștigăm posibilitatea de a participa, în condiții concurențiale adevărate, la noua procedură de atribuire care se va reorganiza”.

Examinând contestaţia prin prisma acestui aspect, Consiliul apreciază că interesul nu poate fi raportat la un eveniment viitor şi incert (eventual), ci doar la actuala procedură de atribuire, astfel că nu poate fi reţinută susţinerea contestatorului potrivit căreia respingerea ofertei declarată câștigătoare rămasă singură în competiție, cu consecinţa anulării procedurii, ar putea conduce la o eventuală demarare a unei noi proceduri pentru atribuirea aceluiaşi contract, la care ..... SRL ar putea participa sau nu.

Aşadar, Consiliul consideră că ..... SRL nu mai prezintă un interes direct în revizuirea măsurii de respingere a ofertei din competiţie, întrucât prin adresa nr. 769/15.05.2019 s-a stabilit caracterul inadmisibil a ofertei depusă de acesta.

Având în vedere că soluţia de excludere a ofertei depusă de ..... SRL este definitivă, Consiliul constată incidenţa faţă de SC ..... SRL a dispoziţiilor art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „3)În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Întrucât prin adresa nr. 769/15.05.2019 oferta depusă de ..... SRL a fost exclusă definitiv din procedură, se constată că la data formulării prezentei contestaţii, respectiv 24.06.2019 acesta nu mai avea interes în legătură cu procedura de atribuire, nemaiavând calitatea de a introduce o nouă acţiune.

Câtă vreme decizia de respingere a ofertei sale este definitivă, este evident că societatea contestatoare nu are nici calitatea şi nici interesul în a contesta desfăşurarea ei, organismul administrativ-judiciar sau instanţele de judecată nefiind chemate să se pronunţe cu privire la chestiuni teoretice, ci să rezolve un conflict deja născut, în care interesul contestatorului derivă din prejudiciul real şi concret la care s-ar expune dacă nu ar promova demersul judiciar. Un ofertant a cărui ofertă a fost a fost exclusă definitiv din procedură nu poate justifica un interes actual în exercitarea unei contestaţii de pe urma căreia nu are niciun folos practic şi, ca atare, nu mai poate avea calitatea de persoană vătămată în sensul dispoziţiilor art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare. În condiţiile în care interesul contestatorului poate fi considerat născut şi actual doar în legătură cu procedura actuală, în care a participat, nu poate fi primit argumentul conform căruia anularea procedurii actuale ar da contestatorului posibilitatea de a participa din nou la o nouă procedură de achiziţie publică ce s-ar organiza pentru atribuirea aceluiaşi contract de achiziţie publică, tocmai pentru că interesul verificat în cauză nu poate fi raportat la un eveniment viitor şi incert.

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la momentul comunicării rezultatului procedurii privind oferta sa, Consiliul reține că acestea sunt neîntemeiate. Este adevărat că prevederile legale privind obligativitatea comunicărilor intermediare a fost abrogată, însă, nimic nu împiedică o autoritate/entitate contractantă să transmită aceste comunicări la finalizarea fiecărei etape de evaluare. Ori în speță, excluderea ofertei SC ..... SRL a fost comunicată în data de 15.05.2019, excludere care nu a fost contestată în termen legal și care, prin urmare, a rămas definitivă.

În aceste condiții, Consiliul reţine că motivele invocate de contestator nu îi asigură participarea la procedura de atribuire aflată în curs de derulare, neînlăturând caracterul inadmisibil al ofertei sale, astfel că în cauză sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. f) teza a II-a din Legea nr. 101/2016, acesta nemaiavând, la data promovării contestaţiei interesul de a promova o asemenea cerere.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepţia lipsei de interes a ..... SRL în formularea contestației, invocată din oficiu şi va respinge ca lipsită de interes contestaţia formulată de ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

Fără pronunțarea altor excepții și asupra fondului cauzei.

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

CONSILIUL DISPUNE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, va admite excepția lipsei de interes în formularea contestației și ca atare va respinge contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă ..... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

...