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 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL cu sediul în ....., sector ....., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin administrator împotriva raportului procedurii nr. ..... emis de ...., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „.....”, cod CPV ....., s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. ..... și a adreselor autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii;
- obligarea autorității contractante la reluarea etapei de licitație electronică și emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea legislației aplicabile și a documentației de atribuire.

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

Contestatorul precizează că procedura s-a desfășurat prin licitație electronică, rezultatul procedurii de atribuire fiindu-i adus la cunoștință prin adresa nr. ..... prin care i s-a comunicat că oferta sa a fost acceptată și declarată câștigătoare cu o valoare totală a acordului-cadru ..... lei fără TVA.

Contestatorul susține că licitația electronică s-a desfășurat fără actualizarea informațiilor din SICAP referitoare la „cea mai buna ofertă” și poziția în clasament, astfel cum rezultă din înscrisurile din datele de 05.09....., 12.09....., 14.09....., 17.09....., despre care acesta susține că ar dovedi că în toate aceste momente a existat o lipsă

a actualizării, cu caracter de continuitate, a informațiilor absolut necesare, care permit determinarea poziției în clasament a ofertanților, fapt ce a denaturat rezultatul final al licitației, considerând că modalitatea de derulare a etapei de licitație electronică a fost viciată.

Contestatorul susține că prin această modalitate de derulare a etapei de licitație electronică s-a încălcat legislația aplicabilă procedurii de achiziție publica, respectiv art. 3 alin. (1) lit. b) și art. 136 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că în prezenta cauză, având în vedere neactualizarea de către autoritatea contractantă a informațiilor din SICAP referitoare la „cea mai buna ofertă" și poziția în clasament, neactualizare cu caracter de continuitate, în condițiile în care în perioada 03.09.....-17.09....., prețul nu a fost modificat în raport de ofertele de preț depuse, contestatorul a trebuit să reducă prețul, pentru a avansa în clasament, fără a-i fi cunoscute prețurile celorlalți participanți, deci în necunoștință de cauză.

Totodată subliniază faptul că nici la data de 14.09....., concomitent raportului procedurii nr. ..... și adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ....., și nici ulterior finalizării procedurii, la data de 17.09....., nu au fost actualizate informațiile din SICAP referitoare la „cea mai buna ofertă" și poziția în clasament, SC ..... SRL figurând în SICAP la poziția 2 în clasament, deși a fost declarată câștigătoare.

Contestatorul susține că în această situație a ofertat prețuri aleatorii, neserioase, bazate pe supoziții privind prețurile ce ar fi putut fi ofertate de către ceilalți participanți, ceea ce atrage nevalabilitatea prețului ofertat, preț neserios și determinat fără niciun criteriu stabilit.

Practic, contestatorul susține că a redus prețul pe criterii de ordinul hazardului, ceea ce în concepția sa viciază procedura de atribuire în etapa licitației electronice, precum și rezultatul acesteia, întrucât acestea nu au fost bazate pe concurență loială între ofertanți, ci pe introducerea prețurilor aleatoriu.

Prin urmare consideră că devin incidente dispozițiile art. 115 din HG nr. 395/2016, care interzic desfășurarea procedurii de o asemenea manieră, respectiv prin încălcarea concurenței între participanți, iar autorității contractante îi sunt imputabile denaturarea rezultatului procedurii și împiedicarea participanților la procedura să liciteze în sistem, în cunoștință de cauză, prin oferte de preț reale, serioase, această modalitatea de formare a prețului fiind unica ce putea fi o manifestare a concurenței între participanți, în mod transparent.

Prin urmare datorită neactualizării informațiilor privind *„oferta cea mai buna"* și neștiind care este cel mai bun preț real propus de operatorii economici contestatorul consideră că au fost descurajați să își îmbunătățească ofertele în cadrul acestei proceduri de achiziție și, implicit, a fost distorsionată concurența între participanți.

În susținerea celor precizate anterior contestatorul invocă Decizia Civilă nr. 507 din 23 februarie 2009, a Curții de Apel .....

Față de cele precizate anterior, precum și în scopul asigurării cadrului legal necesar pentru realizarea achiziționării de servicii în condiții de eficientă economică și socială de către autoritatea contractantă, contestatorul susține că în mod nelegal autoritatea contractantă a validat etapa de licitație electronică, drept pentru care se impune, admiterea prezentei contestații.

În urma adresei CNSC nr. ...../.....-...../24.09....., contestatorul depune conform art. 611 alin. (1) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original, nr. ....., tranzacția nr. ..... din data de 26.09....., emisă de CEC Bank, sucursala Valea Cascadelor, în valoare de ..... RON pe seama și la dispoziția CNSC.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../26.09....., autoritatea contractantă trimite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație și dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă consideră prezenta contestație nefondată.

1) Referitor la afirmația contestatorului, cu privire la menționarea existenței unui caz bine justificat referitor la neactualizarea informațiilor din SICAP, privitor la *„cea mai buna ofertă”* și poziția în clasament a ofertanților, autoritatea contractantă apreciază justificarea ca fiind nefondată, deoarece în cadrul licitației electronice ofertanții participanți la etapa de licitație electronică pot vizualiza *„cea mai buna ofertă”,* respectiv locul acestora în clasament.

Autoritatea contractantă precizează că s-a aflat sub incidența unei erori materiale în cadrul etapei de licitație electronică, datorită faptului că operatorul clasat pe locul I în urma finalizării etapei, a criptat prețul unitar/kg și nu valoarea totală a acordului-cadru.

Drept consecință, în baza art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 actualizată, autoritatea contractantă a avut în vedere, în baza formularelor de ofertă financiară anexate, atât prețul unitar cât și valoarea totală ofertată, consemnându-se întocmai în procesul verbal de evaluare financiară după finalizarea etapei de licitație electronică nr. ..... că oferta cu prețul cel mai scăzut este cea a ofertantului SC ..... SRL, acesta fiind clasat pe locul II în clasamentul SICAP, respectând-se normele legislative în vigoare.

2) Referitor la motivația expusă de către contestator la pct. 2 din cadrul contestației formulate, cu privire la iminența producerii unei pagube, menționând faptul că *„în cazul refuzului nemotivat de a semna contractul va fi exclusă de la procedură, cu consecința reținerii garanției de participare*”, autoritatea contractantă precizează că a adus la cunoștință ofertantului câștigător dispozițiile art. 144 alin. (1) din HG nr.

395/2016 actualizată care face referire la refuzul ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru.

Practic, autoritatea contractantă prin anunțul de participare nr. ...../....., publicat în SICAP, autoritatea contractantă a inițiat procedura de licitație deschisă având ca obiect „.....”, cod CPV 98310000-9, servicii estimate valoric la ..... lei, exclusiv TVA.

În cadrul procedurii au fost depuse un număr de 3 oferte, printre care și oferta contestatorului. Oferta declarată câștigătoare prin raportul procedurii nr. 44910/14.09..... a fost adusă la cunoștința ofertantului câștigător prin comunicarea nr. 44953/14.09....., comunicare prin care acesta a fost informat atât de faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare, precum și de valoarea totală a acordului cadru, aceasta fiind de ..... lei, exclusiv TVA.

Având în vedere erorile materiale sesizate de către autoritatea contractantă în urma etapei de licitație electronică, s-au luat în calcul, ținând cont de formularele de ofertă financiară anexate, atât prețul unitar cât și valoarea totală ofertată, acest lucru consemnându-se întocmai în procesul verbal de evaluare financiară după finalizarea etapei de licitație electronică nr. 43330/05.09.....

Autoritatea contractantă precizează că oferta cu prețul cel mai scăzut a aparținut contestatorului și indiferent de faptul că datorită erorilor materiale acesta a fost clasat pe locul II în clasamentul SICAP în procesul verbal amintit anterior, se regăsesc pozițiile tuturor ofertanților în cadrul clasamentului intermediar, clasament stabilit respectând normele legislative in vigoare.

Totodată autoritatea contractantă precizează că în momentul fundamentării ofertei financiare, ofertanții au obligația de a respecta întocmai cerințele caietului de sarcini în susținerea acordului-cadru, respectiv costurile necesare pentru îndeplinirea acestuia. În momentul formulării ofertei, contestatorul s-a bazat pe *„capacitatea proprie”* de a aduce la îndeplinire a acordului-cadru, neputând fi indusă în eroare de către propunerile financiare ale celorlalți ofertanți ori de clasamentul intermediar din cadrul SICAP.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că s-a aflat în imposibilitatea de a actualiza SICAP din motive neimputabile acesteia, platforma nepermițând intervenția autorității contractante asupra clasamentului intermediar după licitația electronică.

Totodată susține faptul că în cadrul etapei de licitație electronică, ofertanții au avut posibilitatea de a vizualiza cea mai buna ofertă, numărul de ofertanți, respectiv locul acestora în cadrul clasamentului intermediar, existând astfel transparență totală în cadrul etapei de licitație electronică.

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

.....” ....., în calitate de autoritatea contractantă, a organizat procedura licitație deschisă având ca obiect: „.....”, cod CPV ..... prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. ...../26.06....., conform căreia, valoarea estimată a achiziției este ..... Potrivit cap. II.2.5) din anunțul de participare, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

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

În cadrul contestației, SC ..... SRL solicită anularea raportului procedurii nr. ..... și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, ca acte subsecvente și reluarea etapei de licitație electronică.

În analiza sa, Consiliul va reține că, potrivit actului atacat, raportul procedurii de atribuire nr. ..... (pag. 125-150 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), oferta depusă de SC ..... SRL a fost declarată câștigătoare cu prețul ofertat de acesta și îmbunătățit în urma etapei finale de licitație electronică, respectiv 2.288.800 lei.

Totodată, Consiliul va reține că, potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 „*orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*”.

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

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

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

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

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că, prin declanșarea unei proceduri de soluționare a contestației, nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu al acțiunii de a contesta.

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

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

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

Mai mult, în soluționarea excepției, Consiliul va reține că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, oferta reprezintă *„actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire*”, de unde rezultă că oferta (atât cea tehnică cât și cea financiară) depusă de contestator nu este un simplu înscris ci un angajament asumat de către acesta și care își produce efectele față de autoritatea contractantă

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. bb) din lege, licitația electronică reprezintă *„procesul repetitiv desfășurat prin mijloace electronice după o evaluare inițială completă a ofertelor, în cadrul căruia ofertanții au posibilitatea de a reduce prețurile prezentate și/sau de a îmbunătăți alte valori ale unor elemente ale ofertei, care permite clasificarea ofertelor prin metode automate de evaluare*”, de unde se poate trage concluzia că licitația electronică nu constituie un mijloc prin care ofertanții să își reducă prețurile ofertate inițial prin raportare la ceilalți operatori economici ofertanți ci acest preț se poate reduce atâta cât operatorul economic poate să justifice valoarea nou îmbunătățită, mai mult autoritatea contractantă având obligația ca după această etapă suplimentară de licitație electronică să verifice prețurile aparent neobișnuit de scăzute și să solicite operatorilor economici justificarea lor.

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

- a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire;
- a participat la etapa finală de licitație electronică în cadrul căreia și-a îmbunătățit oferta depusă inițial în SICAP;

- în calitate de ofertant situat pe locul I în ierarhia rezultată prin aplicarea criteriului de atribuire, SC ..... SRL a transmis autorității contractantele documentele doveditoare ale aspectelor declarate în DUAE.

Față de acest aspect, Consiliul constată că SC ..... SRL nu ar putea obține niciun folos material și direct din anularea raportului procedurii de atribuire deoarece:

- pe de o parte SC ..... SRL a fost deja desemnat ofertant câștigător cu prețul îmbunătățit pe care acesta a ales prin manifestarea propriei voințe să îl propună autorității contractante în etapa suplimentară de licitație electronic și pe care evident ar trebui să îl justifice, acesta fiind unul ferm, real, corect;
- nu își poate invoca propria culpă pentru îmbunătățirea prețului, autoritatea contractantă neavând obligația legală de a configura procedura de licitație electronică după dorințele fiecărui ofertant, prețurile ofertate nefiind îmbunătățite în funcție de prețul cel mai bun real propus ci prin raportare la necesitatea autorității contractante expres reglementată în cadrul caietului de sarcini și de cel mai mic preț pentru care ofertantul poate îndeplini/executa/ presta respectiva necesitate,
- pe de altă parte, pentru că o eventuală reluare/refacere a etapei finale de licitație electronică nu implică în mod automat declararea ofertei contestatorului ca fiind câștigătoare.

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

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

Faptul că, ulterior luării la cunoștință a prețurilor ofertate de contracandidații săi, SC ..... SRL consideră că ar fi putut oferta un preț mai mare (și implicit să-și fi asigurat un profit mai mare) nu poate constitui temei pentru reluarea licitației electronice în speranța asigurării unei creșteri a nivelului profitului având în vedere că potrivit art. 124 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, oferta depusă de SC ..... SRL îmbunătățită în urma etapei de licitație electronică are caracter

obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

Astfel, alegând să-și îmbunătățească oferta în cadrul licitației electronice până la nivelul care i-a asigurat calitatea de ofertant desemnat câștigător, SC ..... SRL și-a asumat și obligația semnării contractului de achiziție publică, sub sancțiunea prevăzută la art. 144 și art. 37 din HG nr. 395/2016, a căror aplicabilitate îi este cunoscută, având în vedere că invocă aceste consecințe legale chiar în cuprinsul contestației.

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

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

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

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

DISPUNE:

Respinge ca lipsită de interes contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....

Fără analiza pe fond a cauzei.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

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

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