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 nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. .., jud. ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., împotriva: raportului procedurii nr. C 1744/18.08.....; adresei nr. C 1752/21.08..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a adresei nr. C 1851/31.08..... reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, emise de către ...., cu sediul în localitatea ....., str. ..., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru cu un singur agent economic, pe o perioadă de 24 luni, având drept obiect: „.....” cod CPV: 31120000-3, s-a solicitat: „anularea actelor administrative atacate, cu consecința excluderii/respingerii ofertelor SC ....SRL pentru loturile 1, 2 și 3 cu o ofertă totală de 2.464.841,00 lei fără TVA și a ofertei SC ..... SRL pentru lotul 4, cu o ofertă de 7.782.260,00 lei fără TVA, ca fiind neconforme, deoarece ofertele declarate câștigătoare nu îndeplinesc cerințele Normei de poluare STAGE III A, Etapa a III A, așa cum prevede HG nr. 332/2007, de transpunere în legislația națională a Directivei 97/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului; anularea tuturor actelor subsecvente acestui moment; reevaluarea ofertelor cu includerea ofertei sale; recunoașterea dreptului de a-i fi evaluată oferta; reluarea procedurii de atribuire și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului stabilit prin documentația de atribuire.”

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ...../19.09....., SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., jud. ....., având CUI: ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. .....,

formulează cerere de intervenție, în interesul autorității contractante, solicitând respingerea contestației depuse.

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

SC ..... SRL formulează contestația nr. ...../ ....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., împotriva: raportului procedurii nr. C 1744/18.08.....; adresei nr. C 1752/21.08..... reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a adresei nr. C 1851/31.08..... reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă, emise de către ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru cu un singur agent economic, pe o perioadă de 24 luni, având drept obiect: „.....” cod CPV: 31120000-3, s-a solicitat: „anularea actelor administrative atacate, cu consecința excluderii/respingerii ofertelor SC ....SRL pentru loturile 1, 2 și 3 cu o ofertă totală de 2.464.841,00 lei fără TVA și a ofertei SC ..... SRL pentru lotul 4, cu o ofertă de 7.782.260,00 lei fără TVA, ca fiind neconforme, deoarece ofertele declarate câștigătoare nu îndeplinesc cerințele Normei de poluare STAGE III A, Etapa a III A, așa cum prevede HG nr. 332/2007, de transpunere în legislația națională a Directivei 97/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului; anularea tuturor actelor subsecvente acestui moment; reevaluarea ofertelor cu includerea ofertei sale; recunoașterea dreptului de a-i fi evaluată oferta; reluarea procedurii de atribuire și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului stabilit prin documentația de atribuire.”

În fapt, contestatorul menționează că prin Raportul procedurii nr. C- 1744 din 18.08..... autoritatea contractantă a declarat câștigătoare ofertele SC ....SRL și SC ..... SRL iar prin adresa nr. C 1752 din 21.08..... s-a comunicat rezultatul procedurii. În acest sens, contestatorul apreciază că produsele ofertanților declarați câștigători nu îndeplinesc cerințele legale aplicabile în materie și nu respectă Norma de poluare STAGE III A.

În speță, contestatorul consideră că nu au fost respectate prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016, subliniind că atribuirea contractelor în prezenta procedură s-a făcut cu încălcarea art. 215 alin. (5) din legea nr. 98/2016. În acest sens, arată că ofertele declarate câștigătoare sunt neconforme, prin nerespectarea cerințelor legale aplicabile în materie, respectiv, HG nr. 332/2007 care transpune în legislația națională Directiva 97/68/CE, motiv pentru care, acestea trebuiau respinse, în conformitate cu prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016. Astfel, contestatorul consideră că nu sunt respectate prevederile legale imperative aplicabile în materie respectiv- Norma de poluare STAGE III A (Etapa a III-a) conform H.G. nr. 332/2007 conform legislației în vigoare aplicabile, care transpune în dreptul intern Directiva nr. 97/68/CE, conform dispoziții finale din HG nr. 332/2007: *„Prezenta hotărâre transpune în legislația națională Directiva 97/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 1997*

referitoare la măsurile privind limitarea emisiilor de gaze și particule poluante provenite de la motoarele cu ardere internă instalate pe mașini mobile nerutiere, publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene nr. L 59 din 27 februarie 1998, modificată și completată prin Directiva 2001/63/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind adaptarea la progresul tehnic a Directivei 97/68/CE, prin Directiva 2002/88/CE a Parlamentului European și a Consiliului, Directiva 2004/26/CE și prin Corrigendum-ul la Directiva 2004/26/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 30 aprilie 2004."

Totodată, în susținere, contestatorul invocă Directiva 97/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului (în continuare Directiva 97/68/CE) transpusă în legislația națională prin HG nr. 332/2007, și care prevede: *„5) întrucât emisiile echipamentelor mobile fără destinație rutieră care circulă la sol, echipate cu motoare cu aprindere prin compresie, în special emisiile de NOx si PT, constituie principala sursă de îngrijorare în acest domeniu; întrucât aceste surse ar trebui reglementate cu prioritate; întrucât, în viitor, trebuie să se extindă domeniul de aplicare al prezentei directive pentru a include un control bazat pe teste ciclice corespunzătoare al emisiilor provenind de la alte motoare ale echipamentelor mobile fară destinație rutieră, inclusiv grupuri electrogene mobile, în special emisiile provenind de la motoarele cu benzină; întrucât o reducere considerabilă a emisiilor de CO și HC poate fi realizată o dată cu extinderea preconizată a domeniului de aplicare al prezentei directive pentru a include motoarele cu benzină (...)"*. La art. 3.5 din Directiva nr. 97/68/CE se prevede: *„3.5. Ciclul de încercare 3.5.1. Specificația (c) a echipamentelor prevăzute în anexa I punctul 1 litera A punctul (iii). Se aplică următoarele cicluri de încercare privind funcționarea dinamometrului la încercarea motorului, în funcție de tipul de echipament dat: ciclul D (1): motoare cu turație constantă și sarcină intermitentă, precum grupurile electrogene*".

Față de prevederile invocate ale Directivei nr. 97/68/EC în care se prevede fără dubiu domeniul de aplicare a acesteia, și care include conform dispoziții invocate, și generatoarele, contestatorul precizează faptul că autoritatea contractantă a admis produse neconforme și care nu respectă dispozițiile legale invocate, aplicabile în materie. Prin Clarificare nr. 2 autoritatea contractantă s-a obligat să respecte *„toate normele tehnice de poluare europene valabile în momentul recepției*", însă acest criteriu legal de selecție, conform normelor legale aplicabile, și anume acela că motoarele generatoarelor trebuie să îndeplinească norma de poluare STAGE III A, (Etapa a III A) nu a fost respectat în speță.

În ceea ce privește clarificarea 2: „14. întrebare/problema/solicitare

„întrebare generală: În caietul de sarcini nu este impus ca motoarele grupurilor electrogene să respecte norma tehnică de poluare valabilă în acest moment, și anume, STAGE III A (sau „Etapa III A"). Vă rugăm să

precizați dacă autoritatea contractantă este interesată de respectarea acestei norme tehnice sau nu.” Răspuns: „Autoritatea contractantă este interesată ca bunurile furnizate să respecte toate normele tehnice de poluare europene valabile în momentul recepției”, având în vedere faptul că dispozițiile europene în materie impun respectarea Normei de poluare Stage III A, iar produsele ofertanților declarați câștigători nu respectă aceste cerințe, contestatorul solicită Consiliului să procedeze conform conform celor precizate.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a putut să pună la dispoziție: Certificat de omologare care să ateste faptul că motoarele din aceste produse ale ofertanților declarați câștigători SC ....SRL și SC ..... SRL îndeplinesc Norma de poluare legiferată de Statul Român prin HG nr. 332/2007 - Norma de poluare STAGE III A, invocând în acest sens, articolul 4 din Directiva nr. 97/68/CE prevede: „Procedura de acordare a omologării de tip (1) Statul membru care primește cererea trebuie să acorde omologarea de tip pentru toate tipurile de motoare sau familii de motoare care se conformează datelor din dosarul informativ și care îndeplinesc cerințele prezentei directive. (2) Statul membru trebuie să completeze toate punctele necesare din certificatul de omologare de tip, modelul acestuia fiind prezentat la M2 anexa VII”. Astfel, conform dispozițiilor aplicabile din Directiv nr. 97/68/CE, Certificatul de omologare emis de autoritățile competente, este singurul document care poate face dovada că motorul generatorului îndeplinește Norma de poluare STAGE III A, Etapa a III -a. În prezenta procedură, motoarele produselor ofertanților declarați câștigători, nu îndeplinesc această cerință, iar autoritatea contractantă nu a putut pune la dispoziția sa, Certificatul de omologare tip care să ateste îndeplinirea acestei cerințe legale/ criteriu legal de selecție pentru motoarele în discuție.

Având în vedere faptul că niciunul dintre produsele declarate câștigătoare nu îndeplinește condițiile Normei de poluare STAGE III A care sunt expres prevăzute de legiuitor în legislația aplicabilă, contestatorul consideră că generatoarele admise în procedura de achiziție publică sunt neconforme, produse fabricate în Turcia cu motoare chinezești care încalcă grav legislația europeană în materie, și constituie factori poluanți admiși pe teritoriu UE de către autoritatea contractantă.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a răspuns notificării nr. 1851/31.08..... precizând faptul că: „nici oferta SC ..... SRL nu cuprinde certificatele de omologare” care atestă îndeplinirea de către motoarele generatoarelor ofertate a Normei de poluare STAGE III A. Contestatorul subliniază că oferta sa cuprinde și aceste Certificare de omologare pentru motoarele generatoarelor și care atestă îndeplinirea de către produsele ofertate a prescripțiilor legale naționale și europene imperative aplicabile; aceste certificate de omologare atestă îndeplinirea de către produse a Normei de poluare STAGE III.

Contestatorul menționează că din răspunsul autorității contractante nr. 1851/31.08....., rezultă că în data de 29.08..... sub nr. FC

1055, autoritatea contractantă face cunoscut faptul că a cerut participanților declarați câștigători să depună dovada că produselor ofertate îndeplinesc prescripțiile legale imperative în domeniu și îndeplinesc cerințele Normei de poluare STAGE III A. Se observă astfel, o încălcare a legislației aplicabile în cauză art. 3 din Legea nr. 98/2016 care prevede: art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 „ofertă - 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". Astfel, se constată că autoritatea contractantă nu a solicitat ofertanților declarați câștigători clarificări încălcând prevederile art. 209 și art. 92 alin. (7) din Legea nr. 98/2016, cu privire la documentele de participare care să ateste îndeplinirea de către produsele ofertate a Normei de poluare STAGE III A, ci a înțeles să facă acest lucru după atribuirea contractului. Astfel, autoritatea contractantă a ignorat cerințele din caietul de sarcini și din clarificare nr. 2 redată mai sus. Așadar, conform dispozițiilor aplicabile din Directivă nr. 97/68/CE singurul document valid care atestă îndeplinirea cerințelor Normei de poluare STAGE III A este Certificatul de omologare pentru motoarele care intră în componența generatoarelor.

Contestatorul apreciază că aceste certificate de omologare care să ateste conformarea la cerințele imperative - STAGE III A, pentru echipamentele declarate câștigătoare, trebuiau să fie prezente în oferta participanților declarați câștigători și nu cerute de autoritatea contractantă după atribuirea contractelor, moment la care, se pare că solicitările SC ..... SRL sunt premature - așa cum susține autoritatea contractantă prin adresa cu nr. 1851/31.08.....

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 37647/.....-...../07.09....., 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 ultimei Decizii CNSC și până în prezent;
- oferta SC ....SRL pentru loturile 1, 2 și 3;
- oferta SC ..... SRL pentru lotul 4;
- 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. 1909/11.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 38240/12.09....., autoritatea contractantă transmite documentele solicitate precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Cu privire la solicitarea contestatorului de a anula actele administrative atacate cu consecința excluderii/respingerii ofertelor câștigătoare, raportat la cerința din caietul de sarcini: 2. Cerințe generale, alin. (4), autoritatea contractantă menționează că generatoarele aferente loturilor 1, 2 și 3 sunt fixe, se montează pe poziție, în locații bine specificate, nu sunt mobile (cu excepția transportului), rolul acestora fiind de a intra în funcțiune în eventualitatea unei întreruperi a furnizării energiei electrice. Conform răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 2, potrivit căruia: „Autoritatea contractantă este interesată ca bunurile furnizate să respecte toate normele tehnice de poluare europene valabile în momentul recepției", s-a confirmat faptul că la momentul recepției se vor respecta normele europene de poluare, acest răspuns fiind dat datorită modificării și abrogării Directivei 97/68 EC precum și a intrării în vigoare a Regulamentului UE 2016/1628, gradual în anii 2018 și 2019. De asemenea precizează că acordul-cadru va fi încheiat pentru o perioada de 2 ani (.....-2019) prin urmare modificările legislative europene și naționale aduc atingere acestuia aplicându-se etapizat.

Având în vedere prevederile Regulamentului UE 2016/1628/ 14.09.2016, privind cerințele referitoare la limitele emisiilor de poluanți gazoși și de particule poluante și omologarea de tip pentru motoarele cu ardere internă, pentru echipamentele mobile fără destinație rutieră, de modificare a regulamentelor (UE) nr. 1024/2012 și UE 167/2013 și de modificare și abrogare a Directivei 97/68/CE, se constată următoarele:

- generatoarele care fac obiectul procedurii de achiziție (pentru loturile 1, 2 și 3) sunt echipamente staționare; conform celor precizate la pct. 2.1 din prezenta și a celor stipulate la art. 2 - Domeniu de aplicare, alin. (2), lit. D) din Regulamentul 2016/1628, rezultă faptul că acesta nu este aplicabil echipamentelor staționare prin urmare solicitarea contestatorului de a se prezenta certificate de acreditare/omologare de tip pentru aceste produse nu se justifica;
- de asemenea, conform cap. VIII - Derogări, art. 34 - Derogări generale, alin. (2) din Regulamentul 2016/1628, din analiza materiei rezultă faptul că „motoarele destinate utilizării de către forțele armate" nu fac obiectul regulamentului în cauză.

De asemenea, raportat la criticile contestatorului, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- autoritatea contractantă nu a fost notificată privind o posibilă încălcare a prevederilor art. 3 din Legea nr. 98/2016;
- la momentul publicării clarificării nr. 2 (la documentația de atribuire) și ulterior acesteia, precum si până la împlinirea termenului de 10 zile de la publicarea documentației în SEAP, SC ....SRL nu a notificat/contestat niciun element al caietului de sarcini, astfel, contestatorul trebuia să solicite completarea caietului de sarcini cu documente în vederea evaluării tehnice la momentul răspunsului autorității contractante la clarificarea nr. 2, nu în aceasta etapă a

procedurii de atribuire, motiv pentru care, contestarea pe nereguli de ordin procedural este tardivă;

- de asemenea, nici un ofertant nu a notificat/contestat autoritatea contractantă referitor la modificarea/completarea documentației de atribuire / caiet de sarcini cu referire la documentele ce trebuiau depuse de către ofertanți la deschidere;

- prin adresa nr. 195/25.08....., SC ....SRL a solicitat autorității contractante certificatele de acreditare prin care să se confirme faptul că motoarele din cadrul generatoarelor ofertate de către SC ....SRL pentru lotul 1 și 2 și SC ..... SRL pentru lotul 4 respectă norma de poluare prevăzută în HG 332/2007. Având în vedere acest aspect, cu adresa nr. FC-1052/29.08....., s-a solicitat celor 2 ofertanți declarați câștigători, depunerea de documente prin care să se ateste îndeplinirea condițiilor prevăzute în HG nr. 332/2007 (deși aceste documente nu au fost solicitate în caietul de sarcini, documentele de conformitate trebuiau depuse la momentul recepției) și s-a comunicat SC ..... SRL despre faptul că se va da curs solicitării în cauză. Autoritatea contractanta a luat aceasta măsură în data de 29.08....., cererea SC ..... SRL fiind dublata de o notificare în data de 28.08....., fără a se aștepta răspunsul la cerere sau fără a solicita accesul la dosarul achiziției în condițiile legii. Autoritatea contractantă subliniază că nu a avut în vedere completarea ofertelor tehnice ale câștigătorilor cu alte documente după data întocmirii raportului procedurii ci a avut în vedere faptul că putea dispune măsuri de remediere specificate în legislația incidența în domeniu ca urmare a notificări primite. Mai mult, solicitarea s-a adresat și câștigătorului lotului 3, lot care nu a fost cuprins în cererea nr. 195/25.08....., dar a fost cuprins în notificare. Ulterior, prin adresa nr. FC-1065/31.08..... (SC ....SRL) și nr. FC- 1064/31.08..... (SC ..... SRL), ofertanții au prezentat documente din care rezultă îndeplinirea cerințelor de mediu (documente de conformitate), aceste documente fiind declarate / marcate confidențial, conform art. 57 paragraful 1 din Legea 98/2016, motiv pentru care nu au putut fi înaintate către contestator. Ulterior, în răspunsul la notificarea nr. 202/28.08.....(înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. FA-111/28.07.....) s-a comunicat faptul că ofertanții declarați câștigători au depus documentele care au fost solicitate.

- în Cererea nr. 195/25.08..... și Notificarea nr. 202/28.08..... SC ..... SRL a solicitat prezentarea de către ofertanții declarați câștigători a unor „certificate de acreditare”, ulterior, prin contestația nr. ...../..... face referire la alte documente și anume „certificate de omologare de tip”;

- s-au primit de la ofertanții declarați câștigători documente de conformitate de la producătorii motoarelor din compunerea generatoarelor prin care se certifică faptul că aceste produse respectă Directiva 97/68/CE (SC ....SRL pentru loturile 1, 2 si 3) iar SC .....

SRL a declarat că produsele respectă Directiva 2006/42/CE și Directiva 97/68/CE.

- de asemenea, documentele solicitate de către SC ..... SRL prin contestația nr. ...../..... și anume „certificatele de omologare de tip” nu au fost depuse de către niciun ofertant participant la procedură, pentru niciun lot deoarece acestea nu au fost menționate în caietul de sarcini.

Referitor solicitarea contestatorului de a „anula actele administrative atacate, cu consecința Excluderii/Respingerii ofertei - SC ..... SRL, pentru lotul 4 (...)”, având în vedere prevederile Regulamentului UE 2016/1628/14.09.2016, privind cerințele referitoare la limitele emisiilor de poluanți gazoși și de particule poluante și omologarea de tip pentru motoarele cu ardere internă, pentru echipamentele mobile fără destinație rutieră, de modificare a regulamentelor (UE) nr. 1024/2012 și UE 167/2013 și de modificare și abrogare a Directivei 97/68/CE, autoritatea contractantă invocă cap. VIII-Derogări, art. 34-Derogări generale, alin. 2, arătând că: „motoarele destinate utilizării de către forțele armate” nu fac obiectul regulamentului în cauză.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ...../19.09....., SC ..... SRL, formulează cerere de intervenție, în interesul autorității contractante, solicitând respingerea contestației depuse.

În urma analizării adresei înregistrată la CNSC sub nr. ...../19.09....., depusă de SC ..... SRL, raportat la contestație, Consiliul o califică ca fiind o cerere de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante și o admite în principiu, conform art. 65 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Pe cale de excepție, intervenientul invocă excepția lipsei de interes cu privire la formularea contestației, având în vedere poziția în clasament a contestatorului.

În ceea ce privește fondul contestației, intervenientul consideră că actele emise de autoritatea contractantă sunt legale și temeinice și se bazează pe analiza completă a documentelor depuse la dosarul procedurii. Contrar susținerilor contestatorului, atât oferta cât și produsele SC ..... SRL îndeplinesc toate condițiile de formă prevăzute de lege și de caietul de sarcini. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) lit. a) din HG nr. 332/2007 privind stabilirea procedurilor pentru aprobarea de tip a motoarelor destinate a fi montate pe mașini mobile nerutiere și a motoarelor destinate vehiculelor pentru transportul rutier de persoane sau de marfă și stabilirea măsurilor de limitare a emisiilor gazoase și de particule poluante provenite de la acestea, în scopul protecției atmosferei, „cerințele prevăzute la art. 9 alin. (1) și (2), la art. 10 alin. (4) și art. 11 alin. (5) nu se aplică în cazul motoarelor destinate forțelor armate”. Deci limitările prevăzute în acest act normativ, invocate de contestator, nu se aplică în speță, legea prevăzând o derogare în ceea

ce privește motoarele destinate forțelor armate, derogare care de altfel se regăsește și în art. 10 al Directivei nr. 97/68/CE.

Prin adresa nr. înregistrată la CNSC sub nr. 39898/22.09....., intervenientul face dovada transmiterii cererii de intervenție către autoritatea contractantă. Totodată solicită Consiliului să-i comunice denumirea contestatorului și datele de identificare ale acestuia, în vederea comunicării cererii de intervenție către acesta.

Pentru respectarea principiilor contradictorialității, asigurării dreptului la apărare și imparțialității, prevăzute de art. 15 din legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 40062/.....-...../25.09....., Consiliul transmite contestatorului, cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

Prin adresa nr. 268/27.09....., înregistrată la CNSC sub nr. 40593/27.09....., contestatorul confirmă primirea cererii de intervenție formulată de SC ..... SRL, solicitând totodată Consiliului respingerea acesteia.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru cu un singur agent economic, pe o perioadă de 24 luni, având drept obiect: „.....” cod CPV: 31120000-3, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., conform căruia, valoarea estimată a achiziției este de 14.983.428,47 lei. Potrivit cap. IV.2.1) din anunțul de participare, criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC ..... SRL împreună cu contestația formulată de SC ..... SRL.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, Consiliul se va pronunța asupra excepției lipsei de interes a contestatorului, invocată de SC ..... SRL în cererea de intervenție.

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.

Consiliul va reține că, potrivit Raportului procedurii nr. C1744/ 18.08..... (paginile 114 – 130 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), ofertele contestatorului pentru loturile 1 – 4 au fost evaluate astfel:

- oferta SC ..... SRL pentru lotul 1 se situează pe locul 7, cu o ofertă financiară de 1.270.290,00 lei;
- oferta SC ..... SRL pentru lotul 2 se situează pe locul 4, cu o ofertă financiară de 453.000,00 lei;
- oferta SC ..... SRL pentru lotul 3 se situează pe locul 4, cu o ofertă financiară de 2.588.000,00 lei;
- oferta SC ..... SRL pentru lotul 4 a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2), lit. a) din HG nr. 395/2016 lei.

Prin contestația formulată, SC ..... SRL a solicitat: „anularea actelor administrative atacate, cu consecința excluderii/respingerii ofertelor SC ....SRL pentru loturile 1, 2 și 3 cu o ofertă totală de 2.464.841,00 lei fără TVA și a ofertei SC ..... SRL pentru lotul 4, cu o ofertă de 7.782.260,00 lei fără TVA, ca fiind neconforme, deoarece

ofertele declarate câștigătoare nu îndeplinesc cerințele Normei de poluare STAGE III A, Etapa a III A, așa cum prevede HG nr. 332/2007, de transpunere în legislația națională a Directivei 97/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului; anularea tuturor actelor subsecvente acestui moment; reevaluarea ofertelor cu includerea ofertei sale; recunoașterea dreptului de a-i fi evaluată oferta; reluarea procedurii de atribuire și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului stabilit prin documentația de atribuire."

Se constată astfel că, în condițiile în care ofertele SC ..... SRL pentru loturile 1 – 3 au fost declarate necâștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut" deoarece s-au situat pe locul 7 (lotul 1) și locul 4 (loturile 2 și 3) iar oferta sa pentru lotul 3 a fost respinsă ca inacceptabilă, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. C1744/18.08....., contestatorul nu ar putea obține niciun folos material și direct din reținerea ca neconformă a ofertei declarate câștigătoare pentru cele 4 loturi, eventuala înlăturare a acestora nu ar putea să-i producă un folos practic imediat.

Astfel, contestatorul în cadrul contestației formulate nu a adus nicio critică cu privire la ofertele admisibile declarate necâștigătoare dar care se situează pe loc inferior în cadrul clasamentului efectuat de către autoritatea contractantă urmare a aplicării criteriului de atribuire pentru loturile 1, 2 și 3 și nicio critică cu privire la respingerea propriei sale oferte pentru lotul 4.

În aceste condiții este evident că societatea contestatoare nu a avut un interes legitim în legătură cu declararea ofertelor SC ....SRL pentru loturile 1, 2 și 3 și a ofertei SC ..... SRL pentru lotul 4 drept câștigătoare deoarece, deși de natură să producă efecte juridice operatorilor economici, această calitate a respectivelor oferte nu este de natură a-i fi produs contestatorului un prejudiciu nici în trecut nici în prezent și nici în viitor câtă vreme celelalte oferte depuse au fost declarate admisibile în cadrul raportului procedurii nr. C1744/18.08....., însă modalitatea de evaluare a ofertelor clasate pe locurile 2-6 (lotul 1), locurile 2-3 (lotul 2 și 3), locuri anterior contestatorului, precum și a ofertei contestatorului pentru lotul 4 nu au fost contestate, rezultă, prin urmare, că nu este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim al contestatoarei ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, așa cum dispune art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016; deci contestatoarea nu îndeplinește condiția de parte vătămată, soluția ce ar urma a fi pronunțată referitor la oferta unui terț, neavând deci nici o influență asupra raporturilor dintre contestatoare și autoritatea contractantă.

Prin urmare, în condițiile în care propria ofertă:

- fie a fost admisibilă însă se situează pe locul 7 (Lotul 1), locul 4 (Lotul 2 și 3),

- fie a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2), lit. a) din HG nr. 395/2016 lei (Lotul 4),

nu se poate vorbi de o eventuală atribuire a contractului de achiziție publică în cauză pe calea contestării ofertelor desemnate câștigătoare pentru cele 4 loturi.

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 nu ar putea fi atribuit contestatorului.

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. (1^1) 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.

Eventuala anulare a raportului procedurii actual nu ar da contestatorului posibilitatea de a participa din nou la etapa de reevaluare a ofertelor ca urmare a reluării acesteia, motivele referitoare la oferta declarată câștigătoare nefiind de natură să înlăture caracterul de ofertă declarată necâștigătoare situată pe locul 7 (Lotul 1), locul 4 (Loturile 2 și 3) sau pe cea de ofertă inacceptabilă pentru lotul 4 și să îi asigure accesul la încheierea contractului pentru vreunul din aceste loturi.

Mai mult, Consiliului reține și faptul că SC ..... SRL nu a respectat nici prevederile art. 249 c.p.c „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*”.

Având în vedere prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că, în cadrul procesului civil, sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

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 prejudiciul/vătămarea produsă, care sunt cerințele pe care ofertanții aflați pe locurile inferioare, nu le-au îndeplinit.

Ori, contestatorul nu a formulat nicio critică cu privire la ofertanții clasați pe locurile anterioare în clasamentul rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire pentru loturile 1, 2 și 3 și nici cu privire la respingerea ofertei sale pentru lotul 4.

Față de aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca fiind lipsită de interes contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

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

DECIDE:

Admite excepția invocată de intervenient iar, pe cale de consecință, respinge ca fiind lipsită de interes contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

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 5 (cinci) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.