



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ...SRL, cu punct de lucru în ..., înregistrată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., reprezintă prin ... - administrator, împotriva rezultatului procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2”, s-au solicitat Consiliului următoarele:

- să dispună anularea rezultatului final al procedurii de atribuire a acordului-cadru având ca obiect achiziționarea de „Teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2” pentru asigurarea stocurilor de urgență medicală, derulată de către autoritatea contractantă în data de ...;

- să oblige autoritatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire de la momentul anterior declarării ofertelor câștigătoare, prin reevaluarea ofertei sale.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ...SRL atacă rezultatul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele mai sus menționate.

În motivarea contestației, SC ...SRL arată că, în data de ..., ... l-a invitat, ca până la data de ..., să depună oferta sa în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare organizată de aceasta pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect achiziționarea de „Teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2” pentru asigurarea stocurilor de urgență medicală. Ca urmare a acestei solicitări, a transmis autorității oferta sa comercială care prevede furnizarea unei cantități totale de 3.000.000 teste rapide de antigen Covid-19 la prețul unitar de 6,5 euro/test fără TVA, cu livrare eșalonată într-un termen de maxim 8 săptămâni, astfel: 1) 200.000 teste cu livrare în 3 săptămâni; 2) 600.000 teste cu livrare în 2,5 săptămâni; 3) 2.200.000 teste cu livrare în 2,5 săptămâni. În oferta comercială depusă (pe care o anexează prezentei contestații), a precizat cu claritate disponibilitatea de a stabili condițiile comerciale ale ofertei sale în cadrul unei eventuale negocieri. Deși a prezentat oferta sa comercială în conformitate cu ”cerințele caietului de sarcini”, făcând dovada deținerii tuturor autorizațiilor specifice necesare furnizării testelor rapide de antigen Covid-19, autoritatea contractantă nu a luat în considerare aceste documente depuse în cadrul ofertei și nici nu l-a invitat la negocieri. Autoritatea contractantă a ignorat atât termenele scurte de livrare ofertate de SC ...SRL, cât și disponibilitatea exprimată de aceasta pentru a negocia condițiile comerciale. A continuat procesul de negociere cu ceilalți ofertanți, fără a oferi SC ...SRL posibilitatea de a-și îmbunătăți oferta comercială depusă inițial, nerespectând astfel principiul tratamentului egal în procesul de achiziție.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a transmis punctul de vedere asupra contestației formulate de SC ...SRL, invocând excepția lipsei de interes a acestuia în formularea contestației. În acest sens, se menționează că, autorul contestației susține, în mod eronat, că, în data de ..., ... "a invitat subscria ca până la data de ..., să depună oferta sa în cadrul procedurii de

negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare" și că, urmare a acestei invitații, a transmis oferta sa comercială pentru furnizarea unei cantități de 3.000.000 teste rapide de antigen Covid-19.

Din perspectiva lipsei interesului SC ...SRL în promovarea contestației, organizatoarea procedurii face următoarele precizări, chiar dacă ating unul din motivele contestației pe fond:

Invitația despre care menționează contestatorul că ar fi primită în data de ... este în fapt *Solicitarea de cerere de ofertă informativă (studiu de piață)* emisă sub nr. înregistrare ... și adresată operatorilor economici interesați.

Se menționează expres în *Solicitarea de cerere de ofertă informativă* că "Prin prezentul comunicat ... inițiază un studiu de piață premergător demarării unor proceduri de achiziție (...)".

De asemenea este făcută precizarea că "această solicitare de ofertă nu obligă ... la semnarea niciunui angajament legal (acord-cadru), ci face parte dintr-un studiu de piață premergător inițierii procedurilor de achiziții. Astfel, în urma studiului piețelor de profil, pe baza corelării informațiilor furnizate de dvs. și a cantităților necesare maxime estimate care trebuie identificate și în urma unei evaluări preliminare a ofertelor din punct de vedere tehnic și financiar din partea reprezentanților desemnați de ..., ... va putea transmite punctual invitații de participare în conformitate cu documentația de atribuire întocmită".

Din cele de mai sus rezultă că "invitația" despre care menționează contestatorul reprezintă etapa de planificare/pregătire a achiziției publice, premergătoare inițierii acesteia, astfel cum este prevăzută la art. 139 și urm. din Legea nr. 98/2016 - Consultarea pieței.

Autoritatea contractantă are dreptul, dar nu și obligația, de a lua în considerare opiniile și informațiile din ofertele primite în această etapă a consultărilor.

În concluzie, autoritatea contractantă nu are nicio obligație impusă de lege de a invita în cadrul procedurii de negociere fără publicare toți operatorii economici care au transmis informații în procedura de consultare a pieței.

Și din perspectiva prevederilor legale referitoare la procedura de negociere fără publicare, autoritatea contractantă are dreptul de a invita la negociere unul sau mai mulți operatori economici, fără a fi impusă obligația motivării selecției efectuate în legătură cu

operatorii economici invitați să depună ofertă (conform art. 94 din HG nr. 395/2016).

Având în vedere cele de mai sus, rezultă că SC ...SRL nu a avut calitatea de ofertant în procedură, este terț față de procedura de negociere al cărui rezultat solicită a fi anulat. Mai mult, contestatorul solicită obligarea autorității la reevaluarea ofertei sale, deși nu a depus nicio ofertă în procedura de achiziție publică.

Oferta depusă de contestator în procedura preliminară de prospectare piață, în temeiul Solicitării nr. ... nu poate echivala cu oferta ce trebuia depusă în procedura de negociere, astfel cum aceasta este definită de dispozițiile art. 3 pct. 34 hh) din Legea nr. 98/2016 (oferta informativă a contestatorului nu este elaborată în baza documentației de atribuire, transmisă ulterior), motiv pentru care rezultă că aceasta nu justifică un interes în prezenta contestație.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că lipsa interesului poate fi analizată din următoarele perspective:

1. Contestatorul nu are calitate de parte vătămată, întrucât nu a avut calitate de ofertant, deci nu se încadrează în condițiile speciale ale interesului în formularea contestației, prevăzut la art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016;

2. Contestatorul nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, întrucât nu a depus ofertă în procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț, astfel că și în ipoteza în care s-ar anula rezultatul procedurii, nu poate înregistra niciun prejudiciu întrucât nu deține calitatea de ofertant;

3. În subsidiar, chiar dacă s-ar reține interesul contestatorului în participarea la procedura de negociere, aceasta nu ar putea obține niciun folos practic prin admiterea contestației, întrucât, nedepunând ofertă, autoritatea contractantă nu poate ajunge la alt rezultat al procedurii de negociere, cererea de reevaluare a ofertei contestatoarei neavând obiect.

Drept urmare, ... solicită Consiliul admiterea excepției mai sus motivată și respingerea contestației ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes.

În ceea ce privește fondul cauzei, organizatoarea procedurii solicită Consiliul respingerea contestației formulată de SC ...SRL ca nefondată, având în vedere caracterul nereal și nefondat al susținerilor contestatorului. Oferta transmisă de contestator nu are la bază caietul de sarcini, ci este o ofertă informativă, astfel cum s-a solicitat în etapa prealabilă inițierii procedurii de negociere, respectiv prospectarea de piață. Cerințele sumare pentru oferta informativă,

specifice unei prospectări de piață, care au fost precizate în Solicitarea nr. ... nu reprezintă "caiet de sarcini/documentație de atribuire", ci reprezintă doar elementele necesare autorității contractante pentru "studiu de piață premergător inițierii procedurilor de achiziții", adică doar acele elemente de interes care se urmăresc a fi prospectate pe piață și în funcție de care se va stabili forma finală a documentației de atribuire.

Motivul principal al contestației este acela că autoritatea contractantă nu a invitat contestatorul la procedura de negociere, nerespectând astfel principiul tratamentului egal în procesul de achiziție.

În raport de prevederile art. 94 din HG nr. 395/2016, arată autoritatea, inițierea negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, împreună cu documentația de atribuire, către unul sau, ori de câte ori este posibil, către mai mulți operatori economici.

De altfel, preambulul Directivei 14/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, la pct. (50) recunoaște dreptul și atributul exclusiv al autorității contractante de a selecta operatorii economici care vor fi invitați la negociere, constatând că regulile concurenței nu au efect deplin atunci când situația excepțională impune organizarea unei proceduri de negociere fără publicarea unui anunț prealabil.

Contestatorul a cunoscut încă de la data luării la cunoștință de conținutul Solicitării de cerere de ofertă informativă nr. ... că procedura de achiziție publică se va derula în condițiile impuse de art. 4 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 11/2020 privind stocurile de urgență medicală, precum și unele măsuri aferente instituirii carantinei, respectiv că va fi o procedură de negociere fără publicarea unui anunț, "până la atingerea nivelului maxim, pentru acoperirea necesităților de produse, stocuri de urgență medicală, inclusiv a scannerelor tehnice, prevăzute în anexă, în regim de urgență, prin procedura de negociere fără publicare prealabilă, conform prevederilor art. 68 alin. (1) lit. f) coroborat cu art. 69 alin. (4) și art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare".

Cunoscând aceste aspecte, precum și mențiunea expresă că în urma analizării ofertelor primite ... "va putea transmite punctual invitații de participare în conformitate cu documentația de atribuire întocmită", corelat și cu prevederile art. 94 din HG nr. 395/2016,

contestatorul avea cunoștință despre dreptul exclusiv al autorității contractante de a nu o invita la procedura de negociere.

Legiuitorul, prin prevederile OUG nr. 11/2020, subliniază organizatoarea procedurii, a stabilit deja dreptul exclusiv al autorității contractante de a preselecta operatorii economici în vederea negocierii directe cu aceștia, în condițiile prevăzute de dispozițiile art. 94 din HG nr. 395/2016.

În situația de față, solicitarea contestatorului de a-i fi evaluată o ofertă care nu există, echivalează cu lipsa obiectului cererii, care nu poate fi complinită în temeiul prevederilor art. 11 din Legea nr. 101/2016, întrucât acesta nu a depus o astfel de ofertă în termenul limită impus în documentația de atribuire.

Drept pentru care, dat fiind acest capăt al cererii, ... solicită Consiliului anularea contestației, în temeiul prevederilor art. 10 lit. e) din Legea nr. 101/2016, pentru lipsa de obiect a acesteia.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice, care au fost înregistrate la Consiliu sub nr. ..., respectiv, nr. ... și ... din ...

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2”, prin publicarea, pe site-ul propriu, a *Solicitării de cerere de ofertă informativă (studiu de piață)* nr.

Împotriva rezultatului procedurii, SC ...SRL a înaintat Consiliului contestația de față, constituind cauțiunea aferentă, conform dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, prin depunerea Recipisei de consemnare nr. ..., emisă de ..., în valoare de 35.000,00 lei, solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

În cauză este în discuție modalitatea de derulare a unei proceduri de atribuire organizată conform dispozițiilor art. 4 alin. (2) din OUG nr. 11/2020 privind stocurile de urgență medicală, precum și unele măsuri aferente instituirii carantinei, conform cărora:

(2) *Se desemnează ... ca instituție abilitată pentru organizarea și derularea procedurilor de atribuire, în vederea încheierii de acorduri-cadru:*

(...)

b) până la atingerea nivelului maxim, pentru acoperirea necesităților de produse stocuri de urgență medicală, inclusiv a

scannerelor termice, prevăzute în anexă, în regim de urgență, prin procedura de negociere fără publicare prealabilă, conform prevederilor art. 68 alin. (1) lit. f) coroborat cu art. 69 alin. (4) și art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de SC ...SRL, este de cercetat excepția lipsei de interes a acestuia în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă.

În conformitate cu dispozițiile 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.*

De asemenea, art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 prevede: *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

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

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

Codul de procedură civilă stabilește:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;*
- b) are calitate procesuală;*
- c) formulează o pretenție;*
- d) justifică un interes.*

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În verificarea excepției, Consiliul constata că pe site-ul autorității contractante s-a publicat sub nr. 5527/CN/19.11.2020, documentul intitulat *"Solicitare de cerere de ofertă informativă (studiu de piață)" adresat operatorilor economici interesați.*

În cuprinsul acestui document, autoritatea contractantă precizează, printre altele că:

Prin prezentul comunicat, ... (...) inițiază un studiu de piață premergător demarării unor proceduri de achiziție având ca obiect produsele expuse în tabelul de mai sus.

Pe această cale, ... vă adresează rugămintea de a transmite oferte tehnice și de preț asumate de către reprezentantul legal sau împuternicit al societății pe care o reprezentați pentru unul sau mai multe produse, până la data de 23.11.2020 orele 14:00, la adresele de e-mail ...@....gov.ro.

(...)

Totodată, dorim să subliniem faptul că această solicitare de ofertă NU obligă ... la semnarea nici unui angajament legal (acord-cadru), ci face parte dintr-un studiu de piață premergător inițierii procedurilor de achiziții. Astfel, în urma studiului piețelor de profil, (...) ... va putea transmite punctual invitații de participare în conformitate cu documentația de atribuire întocmită.

În urma depunerii unei noi oferte în baza invitației de participare transmisă și a evaluării corespondenței acesteia cu documentația de atribuire în cauză, ... va putea încheia acordul-cadru cu ofertanții a căror oferte au fost declarate admisibile.

SC ...SRL arata în cuprinsul contestației ca, În data de 20.11.2020, ... l-a invitat, ca până la data de 23.11.2020, să depună oferta sa în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare organizată de aceasta pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect achiziționarea de „Teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2” pentru asigurarea stocurilor de urgență medicală.

Este de reținut că, în fapt, prin email-ul transmis în data de ... ora 10:44 ... a solicitat SC ...SRL: Având în vedere Ordonanța de Urgență nr. 194/2020 pentru completarea Ordonanței de Urgență nr. 11/04.02.2020 privind stocurile de urgență medicală și în vederea cunoașterii pieței de profil, vă rugăm să ne transmiteți o ofertă de preț estimativă și o prezentare pentru produsul “Teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2”, pentru asigurarea stocurilor de urgență medicală, indicând modelul/modelele avute în vedere, numele producătorului, marcajul CE, certificările și avizele aferente produsului ofertat precum și capacitatea de livrare. Astfel, având în vedere urgența procedurii de achiziție vă rugăm să ne confirmați cu celeritate primirea prezentului e-mail și să ne transmiteți oferta dvs până la data de ..., ora 12:00.

La această solicitare, SC ...SRL, a răspuns prin email la data de ... ora 10:14, transmitand mai multe documente, printre care se regăsește și cel intitulat "Oferta comercială" din "decembrie 2020", în care, la final se precizează: "*● Condițiile comercializare vor fi stabilite în cadrul unor eventuale negocieri*".

Din conținutul informațiilor mai sus evocate, raportat la criticile SC ...SRL, Consiliul constată lipsa de interes a acestuia în depunerea prezentei contestații. În acest sens, apare ca fiind evident faptul că autorul contestației cunoștea încă de la data transmiterii propriei *Oferte comerciale*, respectiv ... ora 10:14, că cererea din email-ul transmis de ... în data de ... ora 10:44, nu reprezintă o Invitație de depunere oferte în cadrul procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, prin însăși mențiunea din cuprinsul acesteia că: "*● Condițiile comercializare vor fi stabilite în cadrul unor eventuale negocieri*".

Mai mult, autoritatea contractantă, nu avea nicio obligație de transmitere a unei invitații de participare la negociere, în condițiile în care nu a transmis anterior nici o invitație de depunere de ofertă, demersul inițiat de autoritate în data de ... reprezentând doar un studiu de piață, în urma realizării căruia a fost desfășurată procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, la care nu a fost invitat și contestatorul.

Este de subliniat că SC ...SRL a participat exclusiv la studiul de piață derulat de către autoritatea contractanta (demarat în pregătirea procedurii de achiziție publică), nu și la procedura de încheiere a acordului-cadru, al cărei rezultat îl contestă.

Or, în condițiile în care SC ...SRL nu a depus ofertă în procedura propriu-zisă, ca urmare a primirii, din partea autorității contractante a unei invitații (însoțită de o documentație de atribuire corespunzătoare) la negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, ce face obiectul cererii sale, acest operator economic nefiind ofertant în procedură, nu are niciun interes dovedit în derularea ei.

În atari condiții, Consiliul apreciază ca fiind lipsite de interes criticile contestatorului față de actul autorității contractante care privește rezultatul procedurii de atribuire a acordului-cadru în discuție, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, va admite excepția lipsei de interes a contestatorului, invocată de autoritatea contractantă și va respinge contestația SC ...SRL, ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL, CU MAJORITATE DE VOTURI, DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă, referitoare la lipsa de interes a SC ...SRL, în formularea contestației și o respinge ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere a contestației SC ...SRL ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes –, în ceea ce ne privește opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele, având în vedere următoarele considerente:

Este cert că între reclamantă și ... a existat o corespondență, parte a unui studiu de piață premergător inițierii unei proceduri de atribuire. Respectivul studiu de piață nu constituie o procedură de

atribuire și, din această cauză, nu este compatibil cu recurgerea la calea de atac administrativ-jurisdicțională, care poate avea ca obiect material doar un act (comisiv sau omisiv) aferent ori în legătură cu o procedură de atribuire, sens în care cităm din Legea nr. 101/2016:

Art. 2. - (1) 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.

[...]

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) **act al autorității contractante** - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, **în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire**, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, **prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice**, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

Art. 12. - (1) Consiliul este competent să soluționeze contestațiile **cu privire la procedurile de atribuire** a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).

Studiul de piață, prin actele pe care le presupune, este reglementat de art. 139 și 140 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, nefiind inclus în rândul procedurilor de atribuire și, în consecință, nu este contestabil în baza Legii nr. 101/2016. Excepția lipsei de interes nu poate fi confundată cu excepția inadmisibilității, care este prioritară în cercetare, asupra căreia se impuneau lămuriri.

În planul dreptului Uniunii s-a dat o interpretare foarte cuprinzătoare noțiunii de act ce poate fi contestat, relevantă în această direcție fiind Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5 (decizia autorității contractante de a nu iniția o procedură de atribuire poate fi privită în simetrie cu cea de anulare a procedurii; în cazul în care o autoritate contractantă decide să nu inițieze procedura de atribuire pe motiv că respectivul contract, în opinia sa, nu intră sub incidența normelor comunitare relevante, o astfel de decizie constituie chiar prima decizie supusă revizuirii judiciare; nesupuse revizuirii sunt actele care constituie doar un studiu preliminar al pieței sau care sunt doar pregătitoare și fac parte din reflectările interne ale autorității contractante cu privire la procedura de atribuire publică). Așadar, dacă este atacabil actul autorității de a nu iniția o procedură de atribuire, este atacabil și actul de a nu invita un operator economic la o asemenea procedură.

Din perspectiva noastră, trecând peste exprimarea derutantă din cuprinsul contestației, problema pe care o sesizează reclamanta forului jurisdicțional consistă în neacceptarea ei nu la studiul de piață, ci la procedura de negociere care i-a succedat, procedură despre care reclamanta nu deține informații din partea Oficiului organizator, întrucât nu a fost invitată la respectiva negociere (după cum însăși reclamanta notează la pag. 3 din contestație).

Prejudiciul și interesul procesual rămân chestiuni de fapt, contextuale, lăsate de legiuitor la aprecierea celui care judecă. Spre pildă, prin Hotărârea din 29 octombrie 2015, cauza T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits împotriva Comisiei Europene, Tribunalul de la Luxemburg a obligat Uniunea Europeană să repare prejudiciul suferit de Vanbreda Risk & Benefits prin pierderea șansei de a i se atribui contractul în litigiu și de a obține referințele corespunzătoare de atribuire a contractului. Potrivit jurisprudenței instanțelor Uniunii, condiția privind existența unui prejudiciu sigur este îndeplinită atunci când prejudiciul este iminent și previzibil cu certitudine suficientă, chiar dacă acesta încă nu poate fi cuantificat cu precizie (Hotărârea Curtii din 14 ianuarie 1987, Zuckerfabrik Bedburg și alții/Consiliul și Comisia, 281/84, Rec., p. 49, punctul 14, Ordonanța

Tribunalului din 27 august 2009, Abouchar/Comisia, T-367/08,

punctul 24). Beneficiul nerealizat urmărește despăgubirea pierderii contractului însuși, în timp ce pierderea unei șanse urmărește obținerea unei compensări a pierderii unei șanse de a încheia contractul menționat (în acest sens, Hotărârea din 21 mai 2008, Belfass/ Consiliul, T-495/04, EU:T:2008: 160, punctul 124, și Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, punctul 210). Împrejurarea că autoritatea contractantă dispune de o marjă largă de apreciere în privința acordării contractului nu împiedică faptul ca prejudiciul întemeiat pe pierderea unei șanse să aibă un caracter real și cert în sensul jurisprudenței (în acest sens și prin analogie Hotărârea din 9 noiembrie 2006, Agraz și alții/Comisia, C-243/05 P, EU:C:2006:708, punctele 26-42, și Concluziile avocatului general Cruz Villalón prezentate în cauza Giordano/Comisia, C-611/12 P, EU:C:2014:195, punctele 60 și 61).

Art. 53 din Legea nr. 98/2016 dispune că orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire însemnând că și SC ...SRL posedă respectivul drept. Nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere nr. ... și nici prin mijloacele de probă anexate lui, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu

mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, organizatoarea nu reușește să probeze cu date certe și convingătoare că reclamanta nu dorea să participe ori că nu putea să participe la procedura de negociere, în vederea obținerii acordului-cadru. Lipsa interesului procesual nu se prezumă, ci trebuie temeinic dovedită, *quod non*.

Potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (1) al treilea paragraf și ale art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract

și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o

presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

Excepția lipsei de interes nu trebuia validată de către organul administrativ-jurisdicțional, întrucât nici Legea nr. 101/2016 și nici alt act de drept pozitiv nu obligă persoanele care se consideră vătămate să depună oferte la autoritățile contractante în prealabil contestării prin care reclamă tocmai neinvitarea lor la ofertare de către autoritate, precum în speță. De altminteri, nici nu poate fi condiționată contestarea de depunerea ofertei, în condițiile în care SC ...SRL reclamă chiar omisiunea autorității de a o chema la negociere (actele omisive putând fi contestate, încadrându-se în definiția precitată din Legea nr. 101/2016).

Din cererea supusă atenției Consiliului, dincolo de redactarea confuzantă, se poate extrage concluzia că societatea urmărește să clarifice condițiile de participare a sa la procedura de adjudecare, spre a obține acordul contractual de furnizare a testelor, justificând astfel propriul interes. Contestația nu putea fi respinsă, mai ales în integralitatea sa, ca lipsită de interes, societatea îndeplinind toate condițiile impuse de Legea nr. 101/2016 în legătură cu interesul contestatorilor, folosul urmărit fiind participarea sa la competiție, pentru a îi putea fi atribuit contractul (acordul-cadru).

O cerere privind căile de atac, în sensul art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, este admisibilă prin simplul fapt că reclamantul susține de o manieră convingătoare interesul său în obținerea contractului de achiziții publice, existența unei erori de drept și prejudiciul care a fost eventual cauzat sau care amenință să fie cauzat. În cazul în care contractul de achiziții publice a fost atribuit fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, din simplul fapt că persoana vizată a fost împiedicată să participe la procedura de atribuire rezultă că, probabil, reclamantul a fost lezat, cu

excepția cazului în care lipsa capacității sale de a furniza serviciul este evidentă (concluziile prezentate la 13 martie 2008 de avocatul general în cauza C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH).

Prin urmare, din perspectiva noastră, Consiliul trebuia să respingă, ca nefondată, excepția lipsei interesului, invocată de către ..., putând fi atacat la Consiliu și actul potențial vătămător asumat de autoritatea contractantă constând în neinvitarea la negociere a SC ...SRL. După cum se cunoaște, Curtea de la Strasbourg a subliniat că o interpretare strictă a regulilor procedurale îl poate priva pe reclamant de dreptul de acces la justiție. Acest drept poate fi afectat atunci când regulile încetează să mai servească principiului securității juridice și unei bune administrări a justiției, formând un fel de barieră ce îl împiedică pe justițiabil să supună cazul său pe fond instanței competente [Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Omerović împotriva Croației (nr. 2), Hotărârea din 5 decembrie 2013, § 39].

Intrând în cercetarea fondului cauzei, autoritatea organizatoare învederează în punctul de vedere nr. ...:

Motivul principal al contestației este acela că autoritatea contractantă nu a invitat contestatoarea la procedura de negociere, nerespectând astfel principiul tratamentului egal în procesul de achiziție.

Astfel cum am menționat în precedentele, în raport de prevederile art. 94 din HG nr. 395/2016, inițierea negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, împreună cu documentația de atribuire, către unul sau, ori de câte ori este posibil, către mai mulți operatori economici.

Din rațiuni care au scăpat cercetării, care presupunea o discuție mai aplecată, este ignorată tocmai dispoziția legală pe care o invocă autoritatea, respectiv art. 94 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 94. - Inițierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, însoțită de documentația de atribuire, către unul sau, **ori de câte ori este posibil**, către **mai mulți operatori economici**.

Sintagma *„transmiterea unei invitații de participare la negocieri [...], ori de câte ori este posibil, către mai mulți operatori economici”* se traduce tocmai prin obligatia autorității de a invita întotdeauna mai mulți operatori economici, dacă ei există, nu doar pe cine preferă, discreționar. Imposibilitatea cade în sarcina dovedirii de către autoritatea care se prevalează de ea, dovadă ce nu a fost furnizată Consiliului de către Oficiul organizator. Nici lipsa capacității SC ...SRL de a furniza testele nu este evidentă (sau dovedită în vreun fel de către autoritate).

Nu există un așa-numit *„drept discreționar al autorităților contractante în procedurile de negociere de a selecta după etapa prospectării pieței, care sunt operatorii cu care înțelege să inițieze negocierea contractului”*, mai cu seamă că exercițiul oricărui drept este spus art. 15 C. civ.: *„Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe.”* În absența producerii unui

mijloc de probă care să releve că SC ...SRL nu putea livra testele necesare autorității (compliance), aceasta din urmă nu putea neglija interesul manifestat expres al respectivei companii de a lua parte la negociere.

Nici Comunicarea Comisiei „Orientările Comisiei Europene pentru utilizarea cadrului privind achizițiile publice în situația de urgență legată de criza COVID-19” (2020/C 108 I/01) nu susține existența unui drept discreționar al autorităților contractante care apelează la negocieri fără publicare.

Însuși ... a ales să îl implice în discuțiile premergătoare negocierii pe distribuitorul SC ...SRL, care și-a exprimat univoc intenția de a oferi teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2, context în care este evident că Oficiul cunoștea intenția și interesul distribuitorului și, în baza art. 94 din normele amintite, trebuia să îl invite la competiție, alături de orice alt potențial ofertant aflat în situație similară. În caz contrar, actul omisiv al neinvitării se impunea a fi motivat, tocmai pentru a nu fi considerat discreționar.

În absența de la dosarul cauzei a documentelor relevante privind derularea negocierii, nu este posibilă adoptarea unei decizii asupra temeiniciei neinvitării la negociere a SC ...SRL.

În concluzie, lichidarea disputei din cauza aflată pe rol presupunea admiterea, cel puțin parțială, a contestației SC ...SRL, cu obligarea autorității contractante la informarea contestatoarei asupra cauzelor concrete pentru care nu a fost invitată la procedura de negociere, cauze în raport de care contestatoarea să poată acționa ulterior în consecință, neputând fi validată drept legală prevalarea autorității de existența unui drept discreționar, de a invita la negociere doar pe cine dorește, dintre aceia pe care îi cunoaște că și-au manifestat interesul.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând, totodată, necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

...

Redactată practica deciziei de către