CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.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, 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 ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de servicii de mentenanță, extindere și dezvoltare a sistemului informatic al „...”, coduri CPV 72590000-7, 72210000-0 și 72600000-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 18.09....., organizată de ....., cu sediul în ....., sector 2, ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 reclamă răspunsul de clarificare nr. 6120/18.09..... emis de autoritatea contractantă ..... în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că autoritatea a furnizat operatorilor informații confuze și incomplete, de natură să îi avantajeze pe unii dintre ei, a răspuns evaziv la întrebările de clarificare, a inclus informații noi în documentația de atribuire, respectiv a modificat documentația în aceeași zi cu

depunerea ofertelor și nu a asigurat informații suficiente în vederea estimărilor de cost și construirii unei oferte financiare corecte și complete, în așa fel încât să nu favorizeze anumiți potențiali participanți.

La 15.09....., cu trei zile calendaristice înainte de data-limită de depunere a ofertelor, autoritatea a postat în SEAP fișierul „Măsuri de remediere 3", prin care a modificat și completat documentația de atribuire. De asemenea, în urma unei solicitări de clarificări din 14.09....., autoritatea a răspuns în mod evaziv și cu mai puțin de 50 de minute înainte de momentul până la care trebuiau depuse ofertele, prin adresa nr. 6120/18.09.....

Autoritatea a încălcat în mod voit legislația în vigoare, atât prin nepunerea în timp util la dispoziția operatorilor economici interesați a tuturor cerințelor în documentația de atribuire, cât și prin publicarea lor în SEAP, ca răspuns la o solicitare de clarificare, în aceeași zi cu depunerea ofertelor, fără publicarea unei erate în acest sens. Ținând seama că, prin modalitatea de desfășurare a licitației, autoritatea a îngrădit posibilitatea participării tuturor operatorilor interesați, contestatoarea solicită Consiliului anularea licitației.

În punctul său de vedere nr. 41382/11.10..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 42741/11.10....., autoritatea contractantă afirmă în apărare că, după publicarea anunțului de participare în SEAP, a răspuns în termenul legal atât solicitărilor de clarificare, cât și notificărilor prealabile primite, luând, acolo unde a fost cazul, inclusiv măsuri de remediere.

La 14.09....., ora 18:51, după sfârșitul programului de lucru și cu doar o zi lucrătoare înainte de depunerea ofertelor, SC ..... SRL i-a transmis, prin intermediul SEAP, o solicitare de clarificare, la care autoritatea a răspuns în data de luni 18.09....., ora 15:11, cu adresa nr. 6120/18.09....., fără a modifica prevederile documentației de atribuire (inclusiv ale caietului de sarcini). Deși în contestație se invocă imposibilitatea elaborării ofertei din cauza unor pretinse lipsuri ale documentației de atribuire, contestatoarea a transmis singura solicitare de clarificare doar la 14.09....., după orele de program, cu doar o zi lucrătoare înainte de depunerea ofertelor.

Perioada de depunere a ofertelor a fost mai mare decât de aceea minimă impusă de lege (30 de zile), iar contestatoarea a solicitat lămuriri după 33 de zile de la publicarea anunțului de participare în SEAP. Deși solicitarea a fost transmisă foarte târziu, autoritatea a depus toate diligențele pentru a emite un răspuns înainte de depunerea ofertelor.

Criticile contestatoarei vizează elemente ale documentației de atribuire care, dacă se considera necesar, ar fi trebuit atacate până la 22.08....., respectiv în termen de 10 zile de la data publicării ei în SEAP, raportat la prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Întrucât prin răspunsul nr. 6120/18.09..... nu s-au modificat prevederile documentației de atribuire, ci doar s-au clarificat și explicitat aspectele sesizate de către operatorul economic, data până la care contestatoarea avea posibilitatea să notifice autoritatea a fost 22.08.....

Autoritatea solicită Consiliului respingerea contestației SC ..... SRL ca fiind tardivă și nefondată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., și cu nr. 322966 în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene nr. S155 din 18 august 2016, autoritatea contractantă ..... a inițiat o licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de mentenanță, extindere și dezvoltare a sistemului informatic al autorității, inclusiv servicii de suport pentru utilizarea sistemului informatic, de administrare a sistemului, de analiză, proiectare, dezvoltare și implementare funcționalități noi, de instruire a utilizatorilor, de asistență tehnică, de management de proiect si de calitate, precum și de evaluare a securității informatice, pentru o perioadă de trei ani, estimate valoric la 97.358.400 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, SC ..... SRL a adresat organizatoarei o solicitare de clarificare la 14.09....., ora 18:51, la care autoritatea a răspuns în SEAP, cu adresa nr. 6120/18.09....., împotriva căruia SC ..... SRL a formulat notificarea prealabilă nr. 152/22.09....., considerând că autoritatea nu a răspuns concludent și suficient, avantajează anumiți operatori și că a modificat documentația în ultima zi pentru depunerea ofertelor. După primirea răspunsului autorității nr. 39005/25.09..... la notificare, a înaintat contestația nr. ...../....., prin intermediul căreia solicită Consiliului să dispună .....

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, respectiv ….. (în asociere), …. și …., aflate în etapa de evaluare. SC ..... SRL nu a depus ofertă la licitație.

Pentru a se asigura de capacitatea ofertanților de a executa în mod corespunzător obligațiile contractuale, autoritatea organizatoare a instituit și publicat în anunțul și fișei de date a

achiziției condițiile de calificare pe care aceștia trebuie să le îndeplinească pentru a le fi admise ofertele și a avea șanse de a obține acordul-cadru supus licitației, între care:

- operatorii economici ce depun oferta trebuie sa dovedeasca o forma de înregistrare în conditiile legii în tara de rezidenta, sa reiasa ca acestia sunt legal constituiti, ca nu se afla în niciuna dintre situatiile de anulare a constituirii precum si faptul ca au capacitatea profesionala de a realiza activitatile care fac obiectul contractului, sens în care trebuie sa existe o corespondenta între capacitatea de exercitare profesionala si obiectul principal al contractului;

- media cifrei de afaceri totale pe ultimii 3 ani calendaristici (2014, 2015, 2016) trebuie sa fie cel putin 15.000.000 lei sau echivalentul sumei în valuta la cursul mediu anual lei/valuta comunicat de BNR;

- se solicita tuturor ofertantilor ca odata cu depunerea DUAE sa prezinte angajamentul tertului sustinator, acordul de asociere si acordul de subcontractare, dupa caz;

- experienta similara: lista principalelor servicii similare cu cele care fac obiectul contractului, prestate în ultimii 3 ani, calculati prin raportare la data limita de depunere a ofertelor (cu indicarea valorilor, datelor si a beneficiarilor publici sau privati). Din lista trebuie sa rezulte ca ofertantul a prestat activitati de prestari servicii in domeniul sistemelor informatice, cum ar fi: dezvoltarea software de sisteme informatice, implementarea sau administrarea de sisteme informatice, efectuarea de analize de business ce vizeaza dezvoltarea de functionalitati noi software sau prestarea de servicii de mentenanta si suport pentru sisteme informatice, în valoare cumulata de cel putin 15.000.000 lei fara TVA la nivelul a unul sau mai multor contracte (se cumuleaza valoarea serviciilor prestate si nu valoarea contractelor);

- ofertantul va face dovada implementarii unui sistem de management al calitatii in conformitate cu SR EN ISO 27001/2006 sau echivalent valabil la momentul prezentarii, pentru implementarea si mentinerea în prezent a unui sistem de management al securitatii informatiei. În cazul depunerii unei oferte comune, fiecare asociat trebuie sa detina un astfel de certificat, valabil momentul prezentarii, pentru partea de contract pe care o realizeaza.

Astfel fiind, se observă că autoritatea a impus anumite condiții riguroase de participare la procedură, ceea ce restrânge sfera operatorilor economici apți să se califice și să obțină acordul-cadru în discuție. Cu alte cuvinte, achiziția este destinată exclusiv operatorilor cu un anumit potențial, propriu sau atras, iar nu celor cu alt obiect de activitate, fără experiență similară, fără cifră de afaceri, fără personal de specialitate și fără certificare ISO 27001, care nu au nicio șansă de a se califica și de a câștiga respectivul acord-cadru.

Întrucât din informațiile disponibile la Ministerul Finanțelor Publice și Registrul Comerțului reiese că SC ..... SRL are CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., fiind înființată în urmă cu șase ani, și un capital social subscris de 400 de lei, o cifră de afaceri netă în 2016 de 880.407 lei, un număr mediu de 5 salariați în 2016, un număr de 3 salariați la data de 31 decembrie 2016, precum și un obiect de activitate restrâns, activitatea principală fiind „Activități de consultanță pentru afaceri și management” – CAEN 7022, ceea ce reflectă eventuala lipsă de experiență similară a societății de natura și la nivelul solicitate de

autoritate, lipsa cifrei de afaceri minime solicitate și lipsa de personal de specialitate suficient, indicatori care nasc o îndoială serioasă asupra capacității firmei de a participa la achiziție și, implicit, de a o contesta, cu adresa nr. 44108/.....-...../ 18.10....., organul administrativ-jurisdicțional a solicitat contesta-toarei, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și al art. 14 alin. (5) și art. 22 alin. (2) C. proc. civ., să îi comunice, în termen de cel mult cinci zile, dovada capacității de participare la procedura de atribuire a SC ..... SRL, respectiv a interesului acesteia de a contesta procedura. Va face proba că societatea are interes în contestarea licitației, că deține capacitatea de a participa la procedura de atribuire, respectiv că are, în obiectul său de activitate înregistrat la Registrul Comerțului, prestarea de servicii de tipul celor care formează obiectul acordului-cadru, cifra medie de afaceri în ultimii trei ani la nivelul celei impuse de autoritatea contractantă, experiența similară de cel puțin 15.000.000 lei, fără TVA, și un sistem de management conform SR EN ISO 27001/2006 sau echivalent.

Societatea a formulat răspunsul nr. 179/23.102....., în care arată că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/2016, persoana care se consideră vătămată este 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.

Societatea a avut interesul de a participa la procedura de atribuire în condițiile în care autoritatea nu ar fi încălcat prevederile legale în materia achizițiilor publice prin răspunsurile la solicitările de clarificare publicate în SEAP chiar în ziua depunerii ofertelor, „suferind astfel un prejudiciu în ceea ce privește imposibilitate depunerii unei oferte conforme cu documentația de atribuire.”

În plus, orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat individual ori în comun cu alți operatori economici (inclusiv în forme de asociere temporală în scopul participării la procedura de atribuire), subcontractant propus sau terț susținător. Astfel, indiferent de formele de participare la procedura de atribuire pentru care opta SC ..... SRL, aceasta avea un interes pentru prezenta procedură, iar prin încălcarea prevederilor legale de către autoritate a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, prin imposibilitatea participării la procedura de atribuire.

În speță, continuarea procedurii de atribuire în condițiile în care autoritatea, prin cerințele sale, încălcă dispozițiile legale pune orice operator economic interesat să participe la procedură în fața unui prejudiciu material viitor și previzibil. Iminența pagubei în condițiile în care procedura de licitație s-ar desfășura în condițiile actuale este evidentă atât din perspectiva interesului public, cât și al intereselor SC ..... SRL, câtă vreme aspecte esențiale ale procedurii, vădit viciate, ar rămâne neclarificate și ar perpetua o stare de nelegalitate, iar societatea s-ar afla în imposibilitate de a depune o ofertă conformă cu prevederile documentației de atribuire atacate prin contestație.

În ceea ce privește probarea faptului că societatea are în obiectul de activitate înregistrat în Registrul Comerțului prestarea de servicii de tipul celor care formează obiectul acordului-cadru, reclamanta atașează un certificat constatator eliberat de Registrul Comerțului la 10.05....., fără a indica vreo activitate sau un cod CAEN aferent prestării de servicii de tipul celor care formează obiectul acordului-cadru.

Referitor la experiența similară constând în prestarea de servicii de tipul celor care formează obiectul acordului-cadru, atașează un contract de prestări servicii încheiat cu …., cu prețul de 212.000 lei, aflat în derulare până la 31.12....., un contract de furnizare (parțial) încheiat nu de SC ..... SRL, ci de asocierea SC …. SRL (redenumită SC ..... SRL) – SC …. SRL – SC …. SRL (fără indicarea părților concrete executate de fiecare asociat) cu …., cu prețul de 2.733.950 lei, și anunțul de atribuire aferent contractului. Adaugă faptul că experiența similară se cumulează pentru toți membrii asocierii, în cazul în care operatorul economic urmează să participe într-o asociere. Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat individual ori în comun cu alți operatori economici, subcontractant propus sau terț susținător.

Legat de cifra medie de afaceri în ultimii trei ani la nivelul celei impuse de autoritatea contractantă, ea se cumulează pentru toți membrii asocierii, în cazul în care operatorul economic urmează să participe într-o asociere.

În ceea ce privește probarea faptului că societatea are implementat un sistem de management conform SR EN ISO 27001/2006 sau echivalent, este atașat un certificat ISO 27001: „2005” al societății … SRL.

Preliminar oricărei discuții asupra fondului contestației, Consiliul este ținut să analizeze existența interesului contestatoarei

în demersul său, în condițiile în care există îndoieli că îndeplinește condițiile de participare la licitația inițiată de .....

Calea de atac a contestației nu este deschisă oricărei persoane, ci doar acelora care fac dovada că au calitatea de persoană vătămată, în sensul art. art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/2016, respectiv care:

- are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

- a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

În cauza de față, nu poate deține calitatea de persoană vătămată o societate comercială fără cifră de afaceri și experiență similară la nivelul minim impus de autoritate, pentru a menționa doar aceste cerințe, deoarece o asemenea firmă nu are capacitatea de a se califica la procedură, ceea ce exclude și posibilitatea de a i se atribui acordul-cadru/contractul de achiziție publică. Desigur, societatea ar putea apela la asociați, la susținători sau la subcontractanți, însă nu a comunicat Consiliului nicio calitate determinată de participant la licitație (ofertant individual, ofertant asociat, terț susținător ori subcontractant). Dacă SC ..... SRL intenționa să participe la achiziția pentru acordul-cadru estimat la peste 100 de milioane de lei, inclusiv TVA, cu certitudine ar fi trebuit să cunoască în ce calitate urma să participe, calitate pe care să o releve organului administrativ-jurisdicțional, chemat să aprecieze interesul procesual al contestatoarei.

În prezenta cauză, SC ..... SRL nu doar că nu își declară în mod cert o anume calitate, ci face trimitere și la calitățile de terț susținător sau subcontractant, calități care nu conferă legitimare procesuală activă, întrucât terții susținători sau subcontractanții nu pot obține un contract de achiziție publică, nefiind ofertanți.

De asemenea, SC ..... SRL nu indică niciun potențial asociat care urma să fie cooptat la licitație și nici nu prezintă vreun înscris în acest sens (care să confirme că potențialul asociat dorea să participe la licitație alături de reclamantă). Inclusiv autoritatea achizitoare a solicitat ca toți ofertanții să prezinte angajamentul terțului susținător, acordul de asociere și acordul de subcontractare [pct. III.2.2) - Capacitatea economică și financiară din fișa de date]. La dosarul cauzei nu există depus de către contestatoare niciun angajament de susținere, acord de asociere sau acord de subcontractare.

În cazul asocierilor de operatori economici, este veridic faptul că oricare dintre membrii asocierii poate formula orice cale de atac

reglementată de Legea nr. 101/2016 [după cum dispune expres la art. 2 alin. (2)], însă la fel de veridic este și faptul că revine contestatoarei sarcina să probeze că participă sau intenționează să participe într-o asociere de operatori, clar identificați.

Contestatoarea era datoare să manifeste o minimă diligență în îndeplinirea în termenul acordat a obligației probatorii care îi revenea, astfel încât Consiliul să primească informațiile necesare din care să reiasă capacitatea acesteia de a participa la licitație cu șanse de obținere a acordului-cadru, inclusiv prin cumularea indicatorilor financiari și a experienței similare cu ai altor operatori.

Faptul că SC ..... SRL nu a indicat Consiliului niciun potențial asociat, susținător sau subcontractant dispus să participe la licitație alături de contestatoare se constituie într-un mijloc de probă suplimentar în sensul că societatea contestatoare nu dispune de potențialul de a se califica la procedura de achiziție, respectiv de a câștiga contractul ce formează obiectul ei. Nimic nu a împiedicat contestatoarea să răspundă Consiliului și să facă dovada interesului său în contestarea unei proceduri la care, din datele de la dosar, reiese că nu se poate califica și, implicit, nu poate câștiga contractul, în nume propriu.

Cu alte cuvinte, o persoană fizică sau o firmă mică, fără angajați suficienți, fără experiență similară suficientă, fără cifră de afaceri suficientă nu poate aspira la obținerea unui contract din fonduri publice cu o valoare de peste 100 de milioane de lei. În consecință, întrucât anunțul de participare, fișa de date și răspunsul de clarificare nr. 6120/18.09....., postate de autoritatea contractantă în SEAP, nu o pot prejudicia în vreun fel pe SC ..... SRL, care nu a produs nicio dovadă că urma să participe în asociere la licitație, este vădită lipsa ei de interes (procesual) în a contesta achiziția pe care o derulează .....

Potrivit art. 33 C. proc. civ., interesul (procesual) al autorului cererii trebuie să fie personal, ceea ce înseamnă că SC ..... SRL nu poate contesta în numele altei societăți comerciale licitația deschisă pentru atribuirea acordului-cadru de servicii de mentenanță, extindere și dezvoltare a sistemului informatic al autorității, ci doar în nume propriu, iar în nume propriu nu are vocația de a se califica la procedură și nici de a câștiga contractul, dată fiind evidența că nu dispune de cifra medie de afaceri în ultimii trei ani la nivelul a minimum 15.000.000 lei și de o experiență similară de cel puțin 15.000.000 lei, fără TVA, niveluri impuse de autoritatea contractantă și necontestate anterior de către SC ..... SRL.

Într-o ipoteză similară se află și persoanele fizice (autorizate sau nu), care, de asemenea, individual nu pot justifica un interes personal în a contesta clarificările din adresa nr. 6120/18.09....., neîndeplinind personal condițiile substanțiale de acces la licitație stabilite de autoritate.

Contestația nu poate servi ca mijloc de blocare a investiției autorității contractante sau ca prilej de dezbateri teoretice pe marginea legalității clarificării nr. 6120/18.09..... Totodată, prin declanșarea demersului jurisdicțional trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese ale contestatoarei, nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici care ar avea acces la licitația deschisă. Interesul reprezintă folosul urmărit de către cel care a pus în mișcare acțiunea și el trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie legitim, să fie născut și actual, să fie personal și direct. Interesul este legitim atunci când nu contravine legii și normelor sociale; născut și actual atunci când există în momentul în care se exercită acțiunea și pe întreg parcursul exercitării acesteia; este personal și direct atunci când folosul practic îl vizează pe cel care recurge la această formă procedurală și nu pe altcineva. Folosul urmărit prin cerere trebuie să aparțină titularului acesteia, prin aceasta justificându-se caracterul de interes direct și personal, admițându-se unanim că, prin declanșarea unui demers procesual, trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese și nu interesul general de respectare a legii ori al altor persoane, străine de cauză.

Pentru a exista un interes în formularea criticilor, vătămarea suferită de reclamantă trebuie să fie o vătămare concretă, iar nu una teoretică – respectarea legii (decizia civilă nr. 3792 din 30 iunie 2016 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal). Pentru a garanta buna administrare a justiției, evitând sesizarea instanței cu aspecte pur teoretice, a căror soluționare nu poate produce efecte juridice sau nu îi poate aduce un beneficiu reclamantului, orice persoană care formulează o acțiune în justiție trebuie să aibă, indiferent de calea de atac aleasă, un interes de a exercita acțiunea. În decizia sa civilă nr. 2309 din 20 octombrie 2011, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a arătat că [ordonanța privind achizițiile publice] nu instituie posibilitatea introducerii unor acțiuni pentru analize și dezbateri pur teoretice, fără consecințe practice asupra persoanei pretins vătămate, sau susținerea exclusiv a vătămării unui interes public (contencios obiectiv). Decizia civilă nr. 6243 din 26 iulie 2012, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și deciziile nr. 2800/R-CONT din 10 decembrie 2012 și nr. 2076/R-CONT din 7 iunie 2013

ale Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, sunt în aceeași direcție.

„Interesul nu poate consta în dorința obținerii unei soluții de principiu, a obținerii unei dezlegări pur teoretice sau ipotetice a unei chestiuni de fapt sau de drept. Pe cale de consecință, o acțiune nu va putea fi introdusă și exercitată doar din dorința de a se obține o jurisprudență oarecare pe o anumită materie sau pentru «condamnarea de principiu», preventivă, a părții adverse, în scopul disciplinării conduitei sale ulterioare.” – decizia civilă nr. 219 din 15 ianuarie 2015 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Art. 8 alin. (1) ind. 1 din Legea nr. 554/2004 își găsește pe deplin aplicabilitatea și în contenciosul achizițiilor publice, sens în care persoanele fizice sau juridice pot formula capete de cerere prin care invocă apărarea unui interes legitim public numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

În Hotărârea din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt, în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), Curtea de Justiție a Comunităților Europene a statuat că, în conformitate cu art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, statele membre sunt obligate să se asigure că procedurile de revizuire stabilite de directivă sunt disponibile "cel puțin" oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract public și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare a dreptului comunitar privind contractele de achiziții publice sau normele interne de aplicare a legii. Este, așadar, evident că prevederea nu obligă statele membre să instituie căile de atac disponibile pentru orice persoană care dorește să obțină un contract de achiziție publică, ci le permite să solicite ca persoana în cauză să fi fost sau să riște să fie lezată de încălcarea pe care o invocă. Prin urmare, art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă.

Ținând seama de probatoriul aflat la dosar, de considerentele expuse și de practica judiciară statornică, raportat la art. 26 alin. (1) din din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., având a cerceta cu precădere existența interesului (procesual al) contestatoarei în cauză, Consiliul constată că reclamanta nu are

interes în demararea și susținerea acesteia, deoarece nu îi servește niciunui interes personal și direct remedierea actului vătămător atacat și nici anularea licitației. Este evident că eventuala remediere a răspunsului nu are „aptitudinea” de a aduce în competiție societatea contestatoare, pornind de la premisa că reclamanta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a actelor autorității contractante pe care le atacă, neîndeplinind cel puțin condițiile de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri. De asemenea, nici anularea licitației nu îi servește unui interes propriu, mai cu seamă că nu a prezentat nicio dovadă că urmează să participe la licitație într-o formă de coparticipare.

Suplimentar, interesul vizând anularea procedurii și reluarea ei nu poate fi luat în considerare deoarece, pentru a fi actual, interesul trebuie să privească procedura de atribuire prezentă, nu altă procedură - decizia nr. 131 din 27 ianuarie 2016 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Inclusiv Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a îmbrățișat această opinie, elocvente fiind, cu titlu de exemplu, deciziile civile nr. 151 din 18 ianuarie 2016 (ipoteza susținută de petentă în justificarea interesului său, și anume aceea a unei eventuale anulări a întregii proceduri, variantă în care ea s-ar putea prezenta/ar putea veni cu o nouă ofertă care ar putea fi admisibilă, nu poate fi primită de instanță, nesituându-se în limitele legale care impun ca interesul să fie născut și actual, ceea ce nu este cazul în speța de față) și nr. 3928 din 23 august 2016 (anularea procedurii nu poate fi echivalată cu actualitatea interesului, ci presupune un interes viitor și nesigur).

Luând în considerare cele ce preced, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și a art. 40 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul va respinge, ca lipsită de interes procesual, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția lipsei de interes procesual în formularea contestației, Consiliului îi este interzisă cercetarea și pronunțarea în privința altor excepții sau a fondului contestației.

Demersul contestatoarei, în contextul neîndeplinirii în nume propriu a cerințelor de calificare și al neprobării participării la licitație împreună cu alți operatori economici determinați, este lipsit de interes procesual, în sensul art. 33 C. proc. civ., noțiune diferită de interesul contestatoarei în sens substanțial, astfel cum este reglementat de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/2016 și art. 2 alin. (1) lit. p) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a documentației de atribuire și a răspunsurilor de clarificare pe marginea ei.

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

Respinge, ca lipsită de interes procesual, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține douăsprezece pagini.