C.N.S.C.

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.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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 163/30.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30796/31.07.2020, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., .., ... și cu adresă de corespondență în ....., str. …, sector 2, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI …, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3826/28.07.2020, emisă de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii acordului - cadru de având ca obiect „Servicii de pază în piețele administrate direct de .....”, cod CPV 79713000-5 – Servicii de pază (Rev.2), s-au solicitat: "anularea raportului procedurii nr. 3803/27.07.2020 și a actelor subsecvente acestuia, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3826 din data de 28.07.2020 aferentă ca fiind nelegale și netemeinice și pe cale de consecință, să dispuneți obligarea autorității contractante la respectarea prevederilor Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, cu privire la evaluarea ofertelor (în special pe cea desemnată câștigătoare, pe care o considerăm nerealistă și imposibil de realizat) și continuarea procedurii de atribuire cu stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile".

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3826/28.07.2020, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, organizată în vederea încheierii acordului - cadru de având ca obiect „Servicii de pază în piețele administrate direct de .....", cod CPV 79713000-5 – Servicii de pază (Rev.2), solicitând cele menționate în partea introductivă.

Autoarea contestației susține că, potrivit raportului procedurii și a comunicării rezultatului acestuia, a luat la cunoștință de declararea ofertei sale ca admisibilă și conformă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul 9 în clasament, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de asocierea …, cu un tarif de 12.00 lei/h.

Contestatorul susține că, pe lângă faptul că prețul ofertei declarate câștigătoare este neobișnuit de scăzut, fiind cu mult sub tariful orar legale de 13,327 lei/oră, acesta nu respectă nici prevederile Codului muncii, ale Codului fiscal și ale Legii nr. 448/2016.

De asemenea, precizează că autoritatea contractantă, în evaluarea ofertelor, nu a analizat și coroborat fundamentarea tarifului ofertat, declarând cu ușurință drept câștigătoare o ofertă a cărei preț este neobișnuit de scăzut, ce se încadrează în prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016. În fundamentarea tarifului, ofertantul câștigător nu a ținut cont și nici nu a calculat în mod corect cheltuielile pe care societatea le are cu forța de muncă, coroborate de altfel cu legislația în vigoare la data demarării procedurii, invocând, în susținere, dispozițiile legale la care face referire.

În opinia contestatorului, toate argumentele prezentate conduc la concluzia că oferta desemnată câștigătoare, cât și cele clasate pe locurile 2, 3, 4, 5 și 6 au fost declarate admisibile și conforme cu încălcarea principiilor care guvernează achizițiile publice prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a), b), d) și e), cât și cu obligațiile privind evaluarea ofertelor financiare prin analizarea modului de formare a prețurilor conform art. 210 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

Apreciind astfel că decizia autorității contractante de declarare drept câștigătoare a unei oferte cu un preț neobișnuit de scăzut, este abuzivă, nelegală și netemeinică, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În punctul de vedere transmis prin adresa nr. 3895/04.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 31459/04.08.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca lipsită de interes și nefondată.

În susținerea excepției lipsei de interes în formularea contestației, autoritatea contractantă susține că din analiza criticilor formulate de SC ..... SRL, rezultă că acestea sunt îndreptate împotriva ofertei declarate câștigătoare, criticând exclusiv oferta clasată pe primul loc, în condițiile în care oferta acestuia a fost clasată pe locul 9 în clasament.

Cu privire la ofertele clasate pe locurile 2-8, superioare locului său în clasamentul ofertelor admisibile, contestatorul nu evocă motive pentru care decizia autorității contractante să poată fi considerată neîntemeiată și/sau nelegală.

Apreciind ca fiind incidente prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă susține că, pentru a fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritatea contractantă, contestatorul trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al acesteia.

Or, în speța de față, în cazul în care s-ar admite contestația, SC ..... SRL nu ar obține nici un folos practic, dat fiind că soluția ar avea drept consecință ....., anularea în parte a raportului procedurii și reevaluarea ofertei câștigătoare.

Prin urmare, acesta neavând șansa reală de a câștiga adjudecarea contractului în discuție, întrucât atacarea numai a ofertei desemnate câștigătoare, fără a fi criticate și toate celelalte oferte clasate înaintea sa, în condițiile în care oferta sa este pe locul 9, deci fără a exista posibilitatea modificării actualei finalități a procedurii de atribuire față de oferta depusă, reprezintă o acțiune fără interes.

În susținerea celor evocate, autoritatea contractantă invocă hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, prin care s-a precizat că 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 a invocă. Articolul precizat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

Față de cele prezentate anterior, autoritatea contractantă apreciază că autorul contestației nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii, motiv pentru care invocă excepția lipsei de interes și respingerea contestației ca fiind lipsită de interes în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ca lipsită de interes.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere cu privire la rezultatul procedurii, prezentând argumente în susținere.

Având în vedere că recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206421282/1/04.08.2020, depusă de contestator la dosarul cauzei, nu respectă cuantumul prevăzut de art. 611 din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 31848/1542/C2/05.08.2020, Consiliul a solicitat SC ..... SRL completarea acesteia, precum și, în considerarea dispozițiilor art. 15 din același act normativ, punctul său de vedere cu privire la excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 32093/06.08.2020, contestatorul a transmis completarea cauțiunii.

Cu privire la excepția lipsei de interes, prin răspunsul transmis cu adresa nr. 175/07.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 32399/07.08.2020, contestatorului înțelege să reia susținerile din cuprinsul contestației, extinzând motivele expuse în argumentarea prezentată, prin indicarea ofertelor criticate ca fiind cele situate pe locurile 2-8 în clasamentul întocmit de autoritatea contractantă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, ... a organizat procedura simplificată, în vederea încheierii acordului - cadru de având ca obiect „Servicii de pază în pieţele administrate direct de .....”, cod CPV 79713000-5 – Servicii de pază (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1069873/16.06.2020. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 1.106.028,84 Ron, iar criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

Ulterior evaluării ofertelor primite, comisia abilitată din cadrul autorității contractante a întocmit raportul procedurii nr. 3803/27.07.2020, în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, primirea a 12 oferte, admisibilitatea acestora, precum și desemnarea ofertei depusă de asocierea Rino Guard SRL – SGPI Security Force SRL, câștigătoare a procedurii.

Împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3826/28.07.2020, SC ..... SRL (consemnând cauțiunea aferentă,

potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, respectiv *„Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", Consiliul va examina excepția lipsei de interes a societății contestatoare în promovarea contestației, invocată de autoritatea contractantă.

În soluționarea acestei excepții, Consiliul reține că oferta SC ..... SRL s-a clasat pe locul 9 în clasamentul ofertelor admisibile, situație, de altfel, afirmată și prin contestație.

De asemenea, reține că, în motivarea contestației, autorul acesteia face referire, în principal, la situația ofertei desemnată câștigătoare, însă aceste argumente înțelege să le extindă și cu privire la ofertele situate pe locurile 2, 3, 4, 5 și 6 în clasamentul rezultat urmare a aplicării criteriului de atribuire.

Astfel, se constată că, referitor la ofertele clasate pe locurile 7 și 8, contestatorul nu formulează, nici direct, nici indirect, niciun fel de critică.

În acest context de fapt, în virtutea principiului disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața CNSC [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților], Consiliul constată că nu poate extinde verificările de legalitate solicitate de contestator și cu privire la admisibilitatea ofertelor clasate pe locurile 7 și 8.

Pe cale de consecință, în soluționare va fi reținută incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*."

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia *„În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:*

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

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă

efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

Prin urmare, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate/entitate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică/sectorială, contestatorul trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al entității.

Analizând situația de fapt expusă mai sus, prin prisma dispozițiilor legale citate anterior, Consiliul constată că, în ipoteza în care s-ar admite contestația, SC ..... SRL nu ar obține niciun folos practic, dat fiind că soluția ar avea drept consecință anularea comunicării către ofertantul declarat câștigător, precum și către cei situați pe locurile 2-6, anularea în parte a raportului procedurii și reevaluarea acestora, prin urmare, nu și a ofertanților clasați pe locurile 7 și 8, deoarece, conform principiului disponibilității, limitele contestației au fost determinate de contestator care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016.

Neavând o șansa reală de a obține primul loc în clasamentul ofertelor admisibile, pentru a putea fi desemnat câștigător, atacarea de către contestator numai a ofertelor situate pe locurile 1-6, fără nicio referire la o eventuală evaluare nelegală și a celorlalte oferte clasate înaintea sa, respectiv locurile 7 și 8, în condițiile în care oferta SC ..... SRL se regăsește pe locul 9, nu determină obținerea niciunui folos practic, fiind așadar, o acțiune fără interes.

Deşi nici Legea nr.101/2016 şi nici codul de procedură civilă nu definesc această cerință a acţiunii, în doctrină s-a arătat că, prin interes, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie ca cea de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate.

Existența interesului este o condiție necesară promovării unei cereri în justiție, astfel cum impune art. 32 alin. (1) din noul C. proc. Civ., conform căruia *„orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:*

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

Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să îndeplinească cerinţele prevăzute expres la art. 33 din noul C.proc.civ, respectiv:

-să fie legitim, corespunzător cerinţelor legii materiale şi procesuale;

-să fie personal şi direct, adică folosul practic urmărit prin declanşarea procedurii judiciare să aparţină celui care recurge la acţiune;

-să fie născut şi actual, să existe în momentul în care este formulată cererea. Un interes eventual, viitor ca şi un interes care a trecut nu poate fi luat în considerare.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speţa pendinte, se constată că prezenta contestaţie nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior, interesul contestatorului nefiind unul născut şi actual, dar nici unul personal şi direct, de vreme ce oferta acestuia se situează în clasamentul întocmit pe baza criteriului de atribuire, pe locul 9.

Astfel, pentru a putea să-i fie atribuit prezentul contract, contestatorul trebuia să critice și ofertele clasate pe locurile 7 și 8, deoarece numai înlăturându-le și pe acestea oferta sa ar fi putut deveni câştigătoare.

Pe de altă parte, nu poate fi reţinută a fi îndeplinită nici condiţia cumulativă a prejudiciului pe care să-l fi suferit sau riscă să-l sufere contestatorul, de vreme ce oferta acestuia nu poate fi desemnată câştigătoare, cel mult, în urma unei eventuale admiteri a contestaţiei, urmând a ocupa locul 3.

În concluzie, în lipsa unor critici concrete față de toate cele 8 oferte situate înaintea ofertei sale în clasamentul ofertelor admisibile, Consiliul nu poate proceda la o evaluare integrală a acestora.

În cauză, Consiliul mai reține că nu poate fi apărat prin contestație un interes general, deoarece, așa cum s-a arătat deja, interesul trebuie să fie personal şi direct, adică să aparțină contestatorului, să-i procure acestuia un beneficiu.

În susținerea celor expuse anterior stă și practica judiciară europeană, în hotărârea Curţii de Justiţie a Comunităţilor Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunţare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) şi Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), precizându-se că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obţină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziţii publice: pe de o parte, prin necesitatea existenţei unui interes al reclamantului pentru contractul

de achiziţii publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

Calea de atac a contestaţiei nu este deschisă oricărei persoane, ci doar acelora care fac dovada că au calitatea de persoană vătămată, în sensul art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Contestaţia nu poate servi ca mijloc de blocare cu rea-credinţă a investiţiei autorităţii contractante sau ca prilej de dezbateri teoretice pe marginea legalităţii actelor întreprinse de aceasta. Totodată, prin declanşarea demersului jurisdicţional trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese ale contestatorului, nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici care ar avea acces la procedura de atribuire.

În sensul lipsei de interes în promovarea contestației a ofertantului care, clasat pe un loc inferior, nu critică toate ofertele situate înaintea ofertei sale, s-a pronunțat și practica judiciară națională, relevante fiind decizia civilă nr. 2995/2010, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, decizia nr. 7860/19.11.2014 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr. 6714/10.09.2014, pronunțată de Curtea de Apel Suceava, decizia nr. 485/08.03.2016 pronunțată de Curtea de Apel Bacău, decizia nr. 413/15.04.2019, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia.

Completările la contestație, în sensul extinderii criticilor formulate în cuprinsul acesteia și asupra ofertelor clasate pe locurile 7 și 8, aduse de contestator prin adresa de răspuns la excepția analizată, constată Consiliul că sunt inadmisibile, potrivit dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *„(3) Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia.*" Ca să fie luat în considerare, acest demers al contestatorului ar fi trebuit întreprins până cel târziu la data de 04.08.2020, ultima zi a termenului de contestare al actului autorității contractante, calculat potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) din același act normativ, în forma în vigoare la data formulării contestației.

Față de cele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite excepția lipsei de interes a SC ..... SRL în formularea contestației, invocată de ....., în calitate de autoritate contractantă, și, pe cale de consecință, va respinge contestația ca fiind introdusă de o persoană lipsită de interes.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei și a altor excepții.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

Admite excepția lipsei de interes în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă, și respinge contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., ca fiind introdusă de o persoană lipsită de interes.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate.

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