



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația nr.1053/17.06.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr.24062/18.06.2020, formulată de ..., cu sediul în ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr.10702/15.06.2020 și a raportului procedurii de atribuire nr.10701/15.06.2020, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată pe 12 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect "...", s-a solicitat, cu privire la **lotul 4**, obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere, în sensul: anulării actelor susmenționate, reevaluării ofertei câștigătoare, continuarea procedurii de atribuire prin aplicarea, în mod corespunzător, a criteriului de atribuire și emiterea unei noi comunicări privind rezultatul procedurii de atribuire.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr.25261/25.06.2020, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI R..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional de ..., împotriva raportului procedurii de atribuire nr.11312/24.06.2020, aferent **lot 4**, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, s-a solicitat anularea înscrisului susmenționat și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor tehnice plasate pe primele două locuri.

Contestațiile vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art.17 din Legea nr.101/2016.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, S.C. critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr.10702/15.06.2020 și raportul procedurii de atribuire nr.10701/15.06.2020, emise de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată pe 12 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect "....", solicitând cele arătate în partea introductivă, cu privire la **lot 4**.

În motivarea contestației, S.C. formulează critici cu privire la oferta depusă de, susținând că desemnarea acesteia drept câștigătoare este nelegală.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr.11298/24.06.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.25024/24.06.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, a învederat faptul că, în urma contestației formulată de S.C., a dispus măsuri de remediere, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr.10701/15.06.2020, prin respingerea ofertei depusă de pentru lotul 4, și a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr.10702/15.06.2020, corespunzător concluziilor raportului procedurii de atribuire.

Prin adresa nr.1127/25.06.2020, înregistrată la Consiliu sub nr.25374/26.06.2020, S.C. a formulat cerere de renunțare la contestația nr.1053/17.06.2020.

Având în vedere dispozițiile art.26 alin.8 din Legea nr.101/2016 potrivit căroră „*Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator*”, Consiliul ia act de renunțarea la contestația formulată de S.C., în contradictoriu cu

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr.25261/25.06.2020, ... critică raportul procedurii de atribuire nr.11312/24.06.2020, aferent lotului 4, emis de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, solicitând anularea înscrisului susmenționat și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor tehnice plasate pe primele două locuri.

În motivarea contestației, ... susține că ofertele clasate pe primele două locuri, potrivit raportului procedurii de atribuire nr.11312/24.06.2020, sunt neconforme pentru următoarele motive:

- Potrivit Avizului BIO nr.1427BIO/02.12.24, produsul TRIOTON RAPID AFB solicitat nu este testat conform standardului EN 13697, pentru dovedirea efectului fungicid (testare pe ambele tulpini *Candida albicans* și *Aspergillus brasiliensis*), deși în

caietul de sarcini s-a solicitat spectrul activității antimicrobiene al dezinfectantului.

- Potrivit Avizului BIO nr.3228BIO/02.12.19, produsul INCIDIN ACTIVE solicitat nu este testat conform standardului EN 13697, pentru dovedirea efectului fungicid (testare pe ambele tulpini *Candida albicans* și *Aspergillus brasiliensis*), deși în caietul de sarcini s-a solicitat spectrul activității antimicrobiene al dezinfectantului.

În concluzie, contestatorul susține că ofertele depuse de S. și S. nu pot fi declarate admisibile potrivit art.215 alin.3 din Legea nr.98/2016, acestea fiind neconforme.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.101/2016, Legii nr.98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Dovada constituirii cauțiunii în cuantumul stabilit de lege a fost făcută de contestator cu recipisa de consemnare nr.206348603/1 din 25.06.2020.

Prin punctul de vedere nr.11681/30.06.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.26228/01.07.2020, ... a solicitat respingerea contestației depusă de

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, de interes fiind informațiile potrivit cărora, urmare contestației depusă de s-au adoptat măsuri de remediere, respectiv s-a procedat la reevaluarea ofertelor și s-a constatat faptul că oferta depusă de este neconformă în sensul că, deși produsul ofertat: surfanios premium are aviz pentru dezinfecția suprafețelor, nu acoperă în totalitate spectrul de activitate conform EN 14885:2015, nu are testări pentru activitate fungicidă/levuricidă: EN 13624.█

Arată autoritatea contractantă că a întocmit raportul procedurii nr.11312/24.06.2020 pentru lotul 4, având două oferte conforme și admisibile: oferta depusă, produs ofertat Trioton Rapid AFb și oferta depusă de SC Sante Internationa SA - produs ofertat Incidin active și o ofertă neconformă, cea depusă de, întrucât surfanios premium nu are testări pentru activitate fungicida/levuricida : EN 13624.

Prezentând sub formă tabelară cerințele minime din caietul de sarcini și conformitatea Trioton rapid AFb, respectiv Incidin Active, autoritatea contractantă consideră că a procedat în mod corect la stabilirea celor două oferte ca fiind conforme, întrucât au respectat cerințele minime ale caietului de sarcini.

Astfel, cerințele minime din caietul de sarcini au fost stabilite în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 1071/16413/2017 privind modificarea anexei nr. 3 la Ordinul Ministrului Sănătății și al Președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1.082/731/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide.

Conform prevederilor legale, autoritatea contractantă apreciază că un produs biocid respectă EN 13697 dacă are specificat în Avizul emis de Comisia Națională pentru Produse Biocide la cap. IX – Eficacitate

activitatea bactericidă testată conform EN 13967 sau activitatea fungicidă testată conform EN 13697.

Față de criticile aduse de prin contestarea conformității celor două produse: Trioton Rapid AFb și Incidin Active, conform Ordinul nr. 1071/16413/2017 privind modificarea anexei nr. 3 la Ordinul Ministrului Sănătății și al Președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1.082/731/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, pentru eficacitatea conform EN 13697 (2,2), timp de contact 5 min., reducere lg. > 4,0 (fără să se fac referire la cele două tulpini: candida albicans și aspergillus brasiliensis) spectru de activitate bactericid / fungicid este unul alternativ și nu cumulativ.

Standardul este respectat, după cum se arată, dacă una dintre cele două activități: bactericidă sau fungicidă este acoperită conform EN 13697, nu ambele.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că și în cazul spectrului de activitate fungicidă/levuricidă este o cerință alternativă și nu cumulativă.

Produsul biocid este eficace acoperind spectrul de activitatea fungicidă pentru EN 13624 dacă este testat pentru aspergillus brasiliensis și levuricidă dacă este testat pentru candida albicans.

Aspergillus brasiliensis este un fung filamentos, iar candida albicans un fung levuric.

Atat Trioton Rapid AFb, cât și Incidin Active au prezentat testări pe cele două tulpini conform EN 13624.

În cadrul propunerilor tehnice, pentru cele două produse au fost prezentate rapoarte de testare ulterioare EN 14885:2015.

Totodată, autoritatea contractantă apreciază ca fiind greșită interpretarea contestatorului, în sensul impunerii cumulative a spectrului de activitate: bactericid/fungicid și fungicid/levuricid, întrucât legea nu impune o astfel de condiție. Prin urmare, nici autoritatea contractantă nu o poate impune, întrucât ar restrânge fără temei legal accesul pe o piață concurențială discriminând astfel posibili ofertanți ai unor produse conforme.

În probațiune, s-au depus, în copie, înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.26136/01.07.2020, precizând că excede obiectului contestației, ...combate susținerea autorității contractante conform căreia produsul oferat de societatea sa (Surfanios Premium) nu are testări pentru activitatea fungicidă/levuricidă conform standardului EN 13624.

În considerarea prevederilor art.15 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul a pus în discuția părților, din oficiu, excepția lipsei de interes a contestatorului în formularea contestației, raportat la art.2 alin.1 coroborat cu art.3 alin.1 lit.f și alin.3 din Legea nr.101/2016, având în vedere că critică ofertele clasate pe primele două locuri în clasament, nu și decizia de respingere a propriei oferte.

Prin adresa nr.464/06.07.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.26725/06.07.2020, ...a solicitat respingerea excepției lipsei de interes în formularea contestației, motivat de faptul că, pe de-o parte, autoritatea contractantă avea obligația de a trata, în mod egal, toți participanții la procedura de atribuire, și de a reevalua toate ofertele, iar, pe de altă parte, interesul său este acela de a determina autoritatea contractantă să constate inexistența ofertelor admisibile pentru lotul 4 și să dispună anularea procedurii de atribuire în temeiul art.212 alin.1 lit.a din Legea nr.98/2016.

În susținerea celor afirmate, contestatorul invocă practica instanțelor de judecată și jurisprudența CJUE.

Prin adresa nr.12085/07.07.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.26989/07.07.2020, autoritatea contractantă a comunicat că este de acord cu excepția lipsei de interes atâta timp cât contestatorul critică conformitatea celorlalte două oferte depuse și nu motivul de respingere a ofertei sale.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă excepția prematurității contestației întrucât i s-au transmis măsurile de remediere, nu și comunicarea motivată a rezultatului procedurii.

Precizează că raportul procedurii nr.11312/24.06.2020 a fost postat în SEAP la data de 24.06.2020 și că a depus contestația la data de 25.06.2020 înainte să i se facă comunicarea prevăzută la art.215 alin.2 lit.b din Legea nr.98/2016.

Consiliul a solicitat contestatorului, prin adresa nr.27172/1253/C2/07.07.2020, transmisă în aceeași zi prin e-mail, punct de vedere cu privire la excepția prematurității contestației.

Prin adresa nr.482/10.07.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.27750/10.07.2020, ...a solicitat respingerea excepției prematurității contestației, susținând că actul pe care îl atacă este raportul procedurii de atribuire nr.11312/24.06.2020, ca act primar decizional al autorității contractante, iar nu comunicarea rezultatului procedurii.

Precizează că raportul procedurii a fost postat în SEAP la data de 24.06.2020, dată de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestației.

Că există sau nu comunicarea invocată de autoritatea contractantă, arată contestatorul, aceasta este un act subsecvent raportului care, în cazul anulării raportului procedurii va fi anulat conform principiului quod nullum est, nullum product effectum.

În considerarea art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, care statuează și asupra ordinii de soluționare a contestațiilor, Consiliul se va pronunța:

- asupra excepției prematurității contestației, invocată de autoritatea contractantă din considerentul că a depus contestația înainte de a i se face comunicarea rezultatului procedurii;

- asupra excepției lipsei de interes a invocată din oficiu, față de împrejurarea că acesta a înțeles să critice doar ofertele clasate pe primele două locuri, iar nu și decizia de respingere a ofertei sale.

Examinând excepția prematurității contestației, invocată de autoritatea contractantă din considerentul că a depus contestația înainte de a i se face comunicarea rezultatului procedurii, Consiliul o va respinge având în vedere că, prin contestație, ...a indicat actul care îl vatămă ca fiind constituit de raportul procedurii nr.11312/24.06.2020, act despre care însuși arată că a fost publicat în SEAP la data de 24.06.2020 și pe care îl anexează contestației.

Asupra faptului că raportul procedurii publicat în SEAP la data de 24.06.2020 este actul care îl vatămă pe contestator, dincolo de indicarea lui expresă ca act atacat, Consiliul reține că nu este niciun dubiu, deoarece, prin înscrisul menționat, contestatorul **a fost informat complet cu privire la oferta sa**, respectiv au fost enunțate motivele concrete de respingere și temeiul legal în baza căreia oferta a fost respinsă, ca neconformă.

Mai mult, prin răspunsul său cu privire la excepția în discuție, contestatorului precizează explicit că atacă raportul procedurii de atribuire nr.11312/24.06.2020, despre care arată că este actul primar decizional al autorității contractante, de la care curge termenul de formulare a contestației, comunicarea rezultatului procedurii fiind, în opinia sa, un act subsecvent.

Astfel, nu există niciun motiv pentru care să se considere că actul vătămător ar fi altul sau că raportul procedurii nu ar putea fi considerat vătămător.

Raportul procedurii de atribuire se întocmește de comisia de evaluare în exercitarea atribuției sale prevăzută expres de art.127 alin.1 lit.n din H.G. nr.395/2016 și conține, printre altele, potrivit art.216 alin.2 lit.b și alin.3 lit.b din Legea nr.98/2016 *„denumirea candidaților/ofertanților respinși și motivele respingerii”*, în timp ce comunicarea rezultatului procedurii, conform art.215 alin.1 din Legea nr.98/2016, este un act subsecvent raportului procedurii și se transmite de autoritatea contractantă ofertantului în scopul informării lui cu privire la rezultatul procedurii, fără a exista posibilitatea de a se comunica ceva în plus sau în minus cu privire la rezultatul evaluării ofertei depuse.

Pe de altă parte, lipsa comunicării rezultatului procedurii în contextul dat, în care contestatorul are cunoștință despre raportul procedurii de atribuire, pe care a înțeles să îl atace, este lipsită de orice relevanță. Cu alte cuvinte, o comunicare a rezultatului procedurii nu lipsește de efecte demersul de față, așa cum, probabil, gândește autoritatea contractantă.

Totodată, unica culpabilă de nerespectarea dispozițiilor art.215 alin.2 lit.b din Legea nr.98/2016 în cadrul procedurii de față este autoritatea contractantă, însă comportamentul acesteia nu este apt să invalideze demersul contestatorului, ci echivalează cu invocarea propriei culpe pentru a obține un beneficiu.

În logica autorității contractante ar însemna ca aceasta, cu încălcarea obligațiilor ce îi revin privind comunicarea rezultatului procedurii, să fie cea care dirijează momentul de la care începe să curgă

termenul de contestare. Respectiv, comunicarea rezultatului ar putea fi făcută după o jumătate de an sau un an de la data întocmirii raportului procedurii, exagerarea fiind în sensul evidențierii absurdului unei asemenea interpretări.

Relevantă în acest sens este și practica judiciară care, într-o speță similară, a postării raportului procedurii de atribuire în SEAP și chiar a transmiterii unei comunicări a rezultatului procedurii, instanța Curții de Apel Galați, prin decizia nr.223/24.03.2020, a decis că termenul de depunere a contestației curge de la data postării în SEAP a raportului procedurii, iar nu de la data comunicării rezultatului procedurii.

Rolul publicării actelor în SEAP este tocmai acela de a înlesni comunicarea autorității contractante cu participanții la procedura de atribuire, dar și de a stabili un sistem obiectiv de identificare a datei de la care părțile pot lua cunoștință de actele de care sunt interesate și de la care acestea pot formula obiecțiuni, a reținut și Curtea de Apel Timișoara prin decizia nr.552/07.05.2019.

Deși practica instanțelor de judecată națională nu constituie izvor de drept, Consiliul apreciază că atingerea dezideratului de practică unitară impune a se ține seamă de acestea.

Astfel, argumentul invocat în susținerea excepției nu poate fi primit în soluționare.

Examinând excepția lipsei de interes a ... Consiliul o va admite, din următoarele considerente:

....critică oferta desemnată câștigătoare, depusă de S. și oferta clasată pe locul 2, depusă de, solicitând:

- anularea raportului procedurii nr.11312/24.06.2020 în ceea ce privește lotul 4;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnică a ofertelor clasate pe primele locuri ale lotului menționat.

În soluționare, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, organizată pe 12 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect "....", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.CN1018681.

Au fost depuse în cadrul lotului 4 – *„Detergent dezinfectant de nivel intermediar (mediu) pentru suprafețe”*, vizat prin contestație, 4 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost vizualizate, în SEAP, la data de 10.03.2020, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.4876.

Prin raportul procedurii nr.1051/16.06.2020, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare a lotului 4, ulterior etapei de licitație electronică, oferta depusă de ... în timp ce ofertele depuse de S. și S. au fost declarate admisibile și clasate pe locurile 2, respectiv 3.

Împotriva acestui prim rezultat al procedurii, S. a înțeles să formuleze contestația care formează obiectul dosarului nr.1179/2020,

conexat cu dosarul nr.1253/2020 - având ca obiect contestația de față depusă de ...

Urmare a contestației depusă de S.C., autoritatea contractantă a înțeles să adopte măsuri de remediere, sens în care a înlăturat raportul procedurii nr.1051/16.06.2020 și actele subsecvente, cu consecința reevaluării ofertei câștigătoare.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.11312/24.06.2020, atacat de în cadrul contestației de față, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de S., oferta depusă de S. a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 2, în timp de oferta contestatorului a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art.123 alin.1 coroborat cu alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Împotriva acestui nou rezultat al procedurii, ...a formulat contestația de față, solicitând cele mai sus arătate.

Față de situația de fapt relevată, coroborat cu capetele de cerere formulate prin contestație, Consiliul reține că a acceptat decizia de respingere a ofertei sale, pe de o parte, iar, pe de altă parte, urmărește să obțină doar reevaluarea ofertelor clasate pe primele două locuri.

În analiza excepției lipsei de interes, Consiliul se va raporta la prevederile art.2 alin.1 din Legea nr.101/2106, potrivit cu care:

*„O **pers** care se c **vă** într-un drept al său ori într-un **i** **l** 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.”*

La art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016, este definită noțiunea de „persoană care se consideră vătămată”, ca fiind:

„(...) 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.”*

În doctrină s-a arătat că, prin interes, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale.

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 procesuală;*
- c) *formulează o pretenție;*
- d) ***justifică un interes.***

Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute expres la art.33 din noul C.proc.civ, respectiv „*Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual*”.

Interesul este legitim când nu contravine legii sau regulilor de conviețuire socială. În legătură cu această cerință, se arată că interesul trebuie să fie și juridic, ceea ce înseamnă că un interes pur economic (ex: dorința unui comerciant de a elimina concurența pe o anumită piață relevantă) sau pur teoretic nu justifică exercitarea acțiunii civile.

Prin interes născut și actual se înțelege interesul care există în momentul în care se exercită acțiunea civilă (forma procedurală concretă) în sensul în care partea s-ar expune unui prejudiciu numai dacă nu ar recurge în acel moment la acțiune (în forma concretă de manifestare a acțiunii).

În speța de față, ...nu are interes, iar interesul invocat de acesta nu este actual și legitim.

Astfel, prin promovarea demersului de față, ...nu poate obține atribuirea contractului, întrucât oferta sa nu poate fi desemnată câștigătoare, fiind neconformă, astfel cum a reținut autoritatea contractantă, iar contestatorul însuși a acceptat.

Art.3 alin.3 din Legea nr.101/2016, stabilește că:

„În sensul alin.1 lit.f pct (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.”

Nu pot fi primite în soluționare argumente în sensul că interesul constă în a obține anularea procedurii de atribuire, întrucât ..., acceptând decizia de respingere a ofertei sale, nu mai este operator economic implicat în procedura de atribuire, excluderea sa fiind una definitivă, după cum reglementează textul de lege susenunțat, deoarece nu mai poate face obiectul vreunei căi de atac.

De asemenea, interesul trebuie să fie, potrivit art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016, în legătură cu o procedură de achiziție la care petentul a participat, ori dezideratul de a obține anularea procedurii nu poate fi apreciat ca fiind un *interes în legătură* cu procedura.

Buna credință și interesul legitim sunt dovedite când ofertantul întocmește oferta cu respectarea documentației de atribuire, iar în ipoteza respingerii ofertei, atacă decizia luată în privința sa, toate acestea în scopul de a câștiga contractul pentru care a participat la respectiva procedură.

Ori, câtă vreme, în termenul legal, contestatorul nu a înțeles să formuleze o cale de atac împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, această respingere a devenit definitivă, calitatea acestuia de terț față de prezenta procedură este una evidentă.

Apreciază Consiliul că interesul constând în anularea procedurii în vederea reluării acesteia și participării contestatorului și la viitoarea procedură nu constituie interes în sens de folos practic obținut, întrucât nu există nicio garanție că oferta contestatorului va fi declarată câștigătoare. Simpla participare la o viitoare procedură nu constituie un interes legitim, născut și actual, personal și direct, putând fi vorba cel mult de un interes ipotetic.

Pe de altă parte, nici argumentul că urmărește realizarea interesului general, public, nu poate fi primit în soluționare, atâta vreme cât interesul urmărit prin inițierea demersului de contestare trebuie să îndeplinească condiția de a fi personal.

Astfel, în condițiile în care legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului nu mai poate fi pusă în discuție, acesta nu are un interes legitim în ceea ce privește verificarea ofertei desemnată câștigătoare și a celei clasată pe locul 2.

Este, așadar, exclusă îndeplinirea condiției cumulative a existenței interesului, prevăzută la art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016, de vreme ce contestatorul nu mai are nicio cale de atac împotriva respingerii ofertei sale.

De asemenea, nu este îndeplinită nici cea de a doua condiție, a cauzării unui prejudiciu contestatorului ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce nu poate obține, în actuala procedură, beneficiul atribuirii contractului și a acceptat situația.

Cum oferta contestatorului este neconformă, acesta nu riscă să suporte un prejudiciu actual ca urmare a desemnării ofertei depusă de S. drept câștigătoare, deoarece respingerea acestei oferte nu ar determina atribuirea contractului către contestator.

Faptul că anularea procedurii ar crea premisele declanșării unei alte proceduri nu demonstrează producerea unui prejudiciu concret contestatorului prin desemnarea, în această procedură, a unei alte oferte câștigătoare, căci prejudiciul nu poate fi raportat la un eveniment viitor (și eventual).

Nu prezintă relevanță în cauză Hotărârea Curții (Camera a zecea) din 4 iulie, cauza C-100/12 (FASTWEB), deoarece speța de față nu este identică celei avută în vedere de CJUE, așa cum consideră contestatorul.

Astfel, în cauza menționată ipoteza este aceea în care doi ofertanți introduc căi de atac prin care urmăresc excluderea lor reciprocă. Într-o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

De asemenea, situația din speța de față se distinge foarte clar de situația din cauza Fastweb, întrucât, în cadrul acesteia din urmă, ofertele depuse de ofertanții nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a

autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de contestator în speța de față.

Pe de altă parte, în cauza Fastweb fiecare ofertant contestă legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală, în schimb, în speța de față, contestatorul nu critică decizia de respingere a ofertei sale, care, astfel, a rămas definitivă, ci doar oferta desemnată câștigătoare.

În soluționare, Consiliul a avut în vedere și practica judiciară, care a reținut constat că este lipsită de interes contestația prin care ofertantul nu critică respingerea ofertei sale, ci atribuirea contractului unei oferte concurente, respectiv:

- decizia civilă nr.5754/03.07.2014, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a reținut:

„(...) Cât timp oferta reclamantei este în mod definitiv inacceptabilă (ea necontestând acest aspect), aceasta nu a suferit, nu a suferă și nu riscă să sufere un prejudiciu ca urmare a declarării drept conformă a ofertei câștigătoare.

În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a decis, în Hotărârea din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, Werner Hackermuller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (Big) și Wiwner Entwicklungsgesellschaft mbH fur den Donauraum AG (WED), că art.1 alin.3 din Directiva 89/665 nu obligă statele membre să instituie căi 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 fi fost lezată de încălcarea pe care o invocă. Or, tocmai această soluție legislativă, identică celei consacrată în directivă, a fost opțiunea legiuitorului român.

Potrivit unei jurisprudențe constante a Tribunalului Uniunii Europene, respectiv Curții de Justiție a Uniunii Europene, o acțiune în anulare introdusă de o persoană fizică sau juridică nu este admisibilă decât în măsura în care această persoană are un interes să obțină anularea actului atacat (Hotărârea Tribunalului din 28 septembrie 2004, MCI/Comisia, T-310/00). Un astfel de interes presupune ca anularea actului atacat să poată avea, în sine, consecințe juridice (Hotărârea Tribunalului din 14 septembrie 1995, Antillean Rice Mills și alții/Comisia, T-408/93 și T-483/93) și ca acțiunea să poată astfel aduce, prin rezultatul său, un beneficiu părții care a introdus-o (Hotărârea Curții din 25 iulie 2002, Union de Pequenos Agricultores/Consiliul, C-50/00 P).

Prin urmare, este necesar să se verifice dacă, în speță, o eventuală anulare a deciziei atacate poate crea un avantaj petentei, mai exact dacă eventuala respingere a ofertei declarată câștigătoare pentru lipsa de conformitate ar avea drept consecință atribuirea contractului de achiziții publice în cauză petentei-contestatoare, după cum se desprinde din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08.

În raport de cele arătate, instanța reține că analizarea conformității ofertei câștigătoare nu se fundamentează pe un interes al petentei în sensul celor mai sus arătate, astfel că aceasta din urmă nu poate fi considerată persoană vătămată” de decizia autorității contractante de a declara conformă oferta concurentă (...);

- decizia nr.5993/03.07.2015, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, în cadrul căreia instanța a reținut:

„Atâta timp cât petenta nu a atacat raportul procedurii sub aspectul respingerii propriei oferte, această respingere a căpătat caracter definitiv, astfel încât în nicio circumstanță nu poate deveni câștigătoare a procedurii de achiziție publică. Interesul

nu este nici născut și nici actual, întrucât se raportează la un eveniment viitor și incert, reprezentat de eventualitatea inițierii unei noi proceduri având ca obiect atribuirea contractului de achiziție. Este cu atât mai mult un eveniment incert, întrucât este atributul autorității publice de inițiere a unei noi proceduri de atribuire.

Cu privire la prejudiciu nici această condiție nu este îndeplinită, dat fiind că suntem în prezența contenciosului administrativ special, în care criticile care se aduc cu privire la încălcarea unor prevederi legale pot fi reținute doar dacă au adus o vătămare.

Pentru petentă, vătămarea constă în pierderea șansei de atribuire a contractului. Or, pierderea șansei s-a produs la momentul respingerii ofertei ei ca inacceptabilă și neconformă. Nefiind contestată, respingerea a devenit definitivă, iar sub acest aspect Consiliul a pronunțat o soluție justă în momentul în care a admis excepția lipsei de interes.”.

Chiar dacă practică judiciară arătată este mai veche, aceasta își păstrează relevanța de vreme ce condițiile cumulative ce trebuie îndeplinite pentru a putea fi considerată „persoană vătămată” sunt aceleași și în actuala legislație.

Subliniază Consiliul că jurisprudența CJUE este unanimă în sensul că acțiunea de anulare a unui act este admisibilă dacă aduce prin rezultatul său un beneficiu persoanei care a promovat-o, relevante pe lângă decizia invocată de contestator, fiind și cauza C-355/15, *Bietergemeinschaft Techbische Gebaudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH c/Universität für Bodenkultur Wien și Vamed Management und Service GmbH*.

Având în vedere considerentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art.26 alin.1 și 6 din Legea nr.101/2016, va respinge excepția prematurității contestației, invocată de autoritatea contractantă, și o va admite pe cea a lipsei de interes a în formularea contestației, invocată din oficiu.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Ia act de renunțarea la contestația formulată de S.C., în contradictoriu cu

Respinge excepția prematurității contestației și o admite pe cea a lipsei de interes a în formularea contestației, astfel că, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de, în contradictoriu cu, ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămăte.

...