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. ...../....., 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 domnul ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de materiale consumabile pentru întreținere și funcționare echipamente medicale, loturile 22 și 23, cod CPV 33140000-3, cu data-limită de depunere a ofertelor 21.01....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., 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 ofertantul SC ..... SRL reclamă refuzul autorității contractante ..... de a completa comunicarea rezultatului procedurii nr. 3450/29.03..... cu datele de identificare ale produselor din ofertele câștigătoare la loturile 22 [lavoar aseptic (instalație lavoare) apă sterilă producător Tehnoplus] și 23 [lavoar aseptic (instalație lavoare) apa sterilă

producător .....], refuz consemnat în adresa nr. 3505/02.04....., învederând în motivare că atitudinea autorității reprezintă o încălcare a principiilor egalității de tratament și transparenței, precum și a dreptului la apărare al participanților la licitație, care nu își pot exercita dreptul la contestație prevăzut de lege.

Dacă se identifică produsul, prin denumire sau alte elemente (producător, cod de fabricație etc.), pot fi cunoscute caracteristicile sale tehnice (din materialele publicitare întocmite de producător, din fișele tehnice și alte documentații tehnice pe care producătorul le pune la dispoziția publicului), context în care competitorii vor aprecia dacă decizia achizitorului este corectă sau nu. Comunicarea motivelor concrete pentru care o ofertă este declarată conformă sau neconformă presupune și indicarea produsului din propunerea tehnică. Procesul-verbal de evaluare tehnică nu a fost anexa raportului procedurii.

Refuzul autorității de a comunica informațiile solicitate trezește suspiciunea că are lucruri de ascuns.

În punctul său de vedere nr. 3688/..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 12751/....., autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de obiect a contestației, deoarece, în textul art. 215 alin. (7) din Legea nr. 98/ 2016, nu este prevăzută obligația autorității de a comunica datele de identificare ale produselor desemnate câștigătoare (denumire comercială, denumirea sub care este vândut produsul, model, producătorul, țara de fabricație).

Totodată, invocă și excepția lipsei de interes. Atât timp cât contestatoarea a depus o ofertă care i-a fost luată în considerare și evaluată corect din punct de vedere tehnic și financiar, pentru loturile 22 și 23, unde s-a clasat pe locul secund, contestația se dovedește a fi lipsită de interes.

Autoritatea solicită Consiliului să rețină comportamentul necorespunzător al contestatoarei și să ia act de solicitarea de daune morale, aprobând reținerea garanției de participare depusă de contestatoare.

Autoritatea nu a fost în măsură să-i comunice contestatoarei datele cerute, întrucât ar fi adus atingere intereselor comerciale legitime ale unui alt operator economic, respective firma clasată pe primul loc, sau ar fi putut aduce atingere concurenței loiale între operatorii economici și ar fi încălcat art. 215 alin. (7) din Legea nr. 98/2016, riscând să fie obligată la plata de daune-interese.

Prin adresa nr. 844/09.04....., înregistrată la Consiliu cu nr. 13157/09.04....., SC ..... SRL a formulat o replică la punctul de vedere al autorității, în care solicită respingerea, ca inadmisibile, a cererilor autorității de obligare la plata de daune morale, respectiv

de reținere a garanției de participare, întrucât Legea nr. 101/2016 nu furnizează temei legal și nici nu acordă Consiliului competența pentru asemenea măsuri. Totodată, se impune și respingerea excepțiilor lipsei de interes și de obiect.

Prin adresa nr. 876/11.04....., înregistrată la Consiliu cu nr. 13592/11.04....., SC ..... SRL a formulat note scrise, în care precizează că, la dosarul achiziției publice, pag. 000051 – 000063, pentru lotul 22, și pag. 000019 – 000031, pentru lotul 23, se află datele solicitate și pe care autoritatea contractantă a refuzat în mod nejustificat să i le comunice. Niciuna dintre informațiile solicitate nu sunt pretinse a fi confidențiale de către ofertantul SC ...SRL, potrivit poziției intimatei.

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 ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de materiale consumabile pentru întreținere și funcționare echipamente medicale, pentru o perioadă de 24 de luni, materiale grupate în 24 de loturi și estimate valoric la 2.819.381 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici pentru lotul 22 și doi pentru lotul 23, între care și SC ..... SRL, a cărui ofertă a fost clasată de autoritate pe locul secund, la ambele loturi, potrivit solicitării primite din partea autorității la 05.03..... (solicitare de furnizare a documentelor suport DUAE). Nemulțumită fiind că nu a fost informată cu privire la rezultatul final al procedurii, pentru a îl putea contesta, SC ..... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației nr. 501/06.03....., asupra căreia forul jurisdicțional a pronunțat decizia nr. 409/...../...../18.03....., de respingere, ca nefondată, a contestației, inclusiv în ceea ce privește capătul de cerere de obligare a autorității la plata cheltuielilor aferente contestației (onorariul avocațial).

Din consultarea portalului instanțelor de judecată (http:// portal.just.ro/SitePages/acasa.aspx) și până la proba contrară reiese că decizia amintită nu a fost atacată în justiție, rămânând definitivă.

Asupra aspectelor sesizate în prezent de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul final al evaluării ofertelor la cele două loturi a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii nr. 3449/29.03....., ... comunicat competitorilor în aceeași zi.

La 01.04....., luni, SC ..... SRL a solicitat autorității să îi indice „datele de identificare ale produsului desemnat câștigător a ofertei clasate pe primul loc (denumire comercială, denumirea sub care este vândut produsul, model, producătorul, țara de fabricație)”.

Unitatea spitalicească a răspuns cu adresa nr. 3505/02.04....., în care argumentează că informațiile cerute nu se încadrează în textul art. 215 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, pe de o parte, iar pe de altă parte, că nu este în măsură să i le comunice, întrucât ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale unui alt operator economic sau ar putea aduce atingere concurenței loiale între operatorii economici și ar încălca art. 215 alin. (7) din aceeași lege.

Nemulțumită fiind de refuzul de a îi comunica informațiile dorite, societatea a reacționat prin formularea contestației nr. ...../ ..... la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal. Văzând că în finalul contestației există un capăt de cerere de studiere a dosarului achiziției publice, în acest scop, Consiliul a invitat societatea la sediul său, prin adresa nr. 13099/.....-...../08.04....., iar societatea s-a prezentat la 09.04..... La 11.04....., prin fișierul intitulat „concluzii scrise.pdf”, aceasta a precizat Consiliului că a constatat existența, la dosarul achiziției, pag. 000051 – 000063, pentru lotul 22, și pag. 000019 – 000031, pentru lotul 23, a datelor solicitate și pe care autoritatea contractantă a refuzat să i le comunice. Niciuna dintre informațiile solicitate nu este pretinsă a fi confidențială de către ofertantul SC ...SRL, potrivit poziției contestatoarei.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării atât de către autoritatea achizitoare, cât și din oficiu a excepției lipsei de interes actual al contestatoarei, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția.

Cu adresa nr. 14036/.....-...../15.04....., Consiliul a solicitat reclamantei să îi comunice punctul său de vedere faţă de excepţia lipsei de interes în susținerea contestaţiei, în condițiile în care informațiile pe care le pretinde autorității au fost deja obținute de reclamantă în urma studiului dosarului cauzei, după cum reiese și din concluziile nr. 876/11.04..... Cu nr. 911/15.04....., societatea a răspuns adresei, fiind de părere că excepția lipsei de interes trebuie respinsă, întrucât autoritatea nu a efectuat comunicarea care i-a fost solicitată, adăugând:

- echipolența nu semnifică respectiva comunicare fixată de lege în sarcina autorității contractante;

- chiar dacă ar fi admisă excepția lipsei de interes, autoritatea contractantă tot ar trebui obligată la plata cheltuielilor de judecată

ocazionate de demersul procedural necesar obținerii informațiilor datorate.

În legătură cu interesul pe care trebuie să îl prezinte orice inițiativă de ordin jurisdicțional sunt relevante nu doar dispozițiile Legii nr. 101/2016, ci și acelea ale dreptului comun – Codul de procedură civilă:

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

a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenţie;

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi **actual**. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut şi actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv ameninţat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente şi care nu s-ar putea repara.

Demararea oricărei acțiuni de sesizare a instanței judecătorești sau a jurisdicției administrative speciale presupune un interes (Decizia Curții Constituționale nr. 749 din 4 noiembrie 2015), înțeles ca folosul practic urmărit prin înaintarea contestației. În speță, interesul SC ..... SRL era de a obține informațiile legate de produsele ofertate de concurenta câștigătoare (SC ...SRL), interes care a fost pe deplin satisfăcut odată cu studierea de către societate a documentelor aflate la dosarul cauzei. Cu alte cuvinte, contestatoarea a aflat deja informațiile dorite, identificate în dosarul achiziției publice la pag. 000051 – 000063, pentru lotul 22, și la pag. 000019 – 000031, pentru lotul 23. Astfel fiind, devine lipsită de interes eventuala obligare a ... la comunicarea unor informații aflate deja în posesia reclamantei (interesul acesteia a dispărut odată cu obținerea lor pe calea consultării dosarului la Consiliu). Implicit, pretinsa vătămare a fost acoperită.

Interesul procesual al contestatoarei trebuie să fie actual pe durata soluționării contestației, nu doar la momentul formulării ei.

Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene, aceasta poate, în orice stadiu al procedurii, să stabilească dacă interesul reclamantului este unul continuu, fie la cererea pârâtului (sau a oricărei alte părți interesate), fie din oficiu (Hotărârea din 19 octombrie 1995, Rendo și alții/Comisia, C-19/93 P, EU:C:1995:339, punctul 13, și Ordonanța din 17 octombrie 2005, First Data și alții/Comisia, T-28/02, EU:T:2005:357, punctele 36 și 37, Hotărârea din 7 martie 2013, Acino/Comisia, T-539/10, EU:T:2013:110, punctele 29-46, și Hotărârea din 10 aprilie 2013, GRP Security/Curtea de Conturi, T-87/11, EU:T:2013:161, punctele 43-49).

Interesul trebuie să existe în etapa introducerii acțiunii și trebuie să persiste până la pronunțarea hotărârii finale (Hotărârea din 7 iunie 2007, Wunenburger/Comisia, C-362/05 P,

EU:C:2007:322, punctul 42, și Hotărârea din 17 septembrie 2015, Mory și alții/Comisia, C-33/14 P, EU:C:2015:609, punctul 57), ceea ce ar presupune ca acțiunea să fie susceptibilă, prin rezultatul ei, să aducă un beneficiu părții care a formulat-o, sub sancțiunea nepronunțării asupra fondului (Hotărârea din 28 mai 2013, Abdulrahim/Consiliul și Comisia, C-239/12 P, EU:C:2013:331, punctul 61, și Hotărârea din 24 martie 2011, Ferrero/OAPI, C-552/09 P, EU:C:2011:177, punctul 39).

Optica este întâlnită, destul de des, și în practica judiciară internă. Dăm ca exemplu decizia civilă nr. 539 din 1 februarie 2018, pronunțată de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal (nu poate fi invocat un interes oarecare, ci acesta trebuie să fie legitim, personal, adică propriu celui ce promovează acțiunea, născut și actual, care există atât la data promovării acțiunii, cât și pe tot timpul exercitării acesteia).

Alte referințe sunt:

– deciziile civile nr. 1746 din 25 iunie 2009 (interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie legitim, să fie născut și actual, să fie personal și direct. Interesul este născut și actual atunci când există în momentul în care se exercită acțiunea civilă și pe întreg parcursul exercitării acesteia), nr. 2309 din 20 octombrie 2011 (interesul legitim al contestatoarei „în legătură cu respectiva procedură de atribuire” poate fi actual sau trecut, însă interesul acțiunii jurisdicționale trebuie să fie întotdeauna actual), nr. 5800 din 10 iulie 2014 (nu este suficient ca persoana vătămată să justifice un interes născut și actual la momentul formulării contestației, ci trebuie să dovedească menținerea actualității interesului pe tot parcursul soluționării contestației) și nr. 219 din 15 ianuarie 2015 (interesul trebuie să existe atât la momentul introducerii acțiunii, cât și pe parcursul ei, până la momentul pronunțării hotărârii judecătorești), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 10087 din 23 octombrie 2013 (interesul acțiunii trebuie să fie întotdeauna actual), Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În concluzie, interesul pe care SC ..... SRL îl urmărea a fost deja satisfăcut la data de 09.04.2018, prin aflarea informațiilor din oferta câștigătoare de la dosarul cauzei. În considerarea celor evocate, Consiliul determină că nu mai subzistă motive pentru a analiza dacă autoritatea ar trebui obligată la comunicarea respectivelor informații. Drept urmare, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca lipsit de interes, capătul principal de cerere din contestația SC ..... SRL nr. ...../ ..... de obligare a ... la completarea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 3450/29.03.....

Consiliul va respinge cererea accesorie a reclamantei, de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu depunerea contestației, în condițiile în care această din urmă parte procesuală nu a pierdut procesul în fața contestatoarei. Nu sunt îndeplinite condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 453 C. proc. civ., în sensul că societatea contestatoare nu a câștigat procesul și autoritatea contractantă nu s-a aflat în culpă, întrucât art. 215 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, invocat de contestatoare, nu îi impunea autorității să comunice *„datele de identificare ale produsului desemnat câștigător a ofertei clasate pe primul loc (denumire comercială, denumirea sub care este vândut produsul, model, producătorul, țara de fabricație)*".

Conform art. 215 alin. (1) și (2):

Art. 215. - (1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce priveşte rezultatul selecţiei, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziţie publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziţii, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziţii ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligaţia de a cuprinde:

a) fiecărui candidat respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a solicitării sale de participare;

b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale;

c) fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câştigătoare, caracteristicile şi avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câştigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuie contractul de achiziţie publică sau, după caz, ale ofertantului/ofertanţilor cu care urmează să se încheie un acord-cadru;

d) fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, informaţii referitoare la desfăşurarea şi progresul negocierilor şi al dialogului cu ofertanţii.

Unitatea spitalicească a informat societatea, prin comunicarea nr. 3450/29.03....., despre avantajul ofertei câștigătoare, constând în prețul mai scăzut, criteriul utilizat la licitație fiind, în mod exclusiv, „prețul cel mai scăzut", iar nu „denumirea comercială, denumirea sub care este vândut produsul, model, producătorul, țara de fabricație".

SC ..... SRL avea la îndemână solicitarea informațiilor dorite fie pe calea art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016:

Accesul persoanelor la dosarul achiziţiei publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

fie pe calea art. 217 alin. (6) din aceeași lege:

Prin excepţie de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire şi la informaţiile din cadrul

documentelor de calificare, precum şi la informaţiile din cadrul propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Relativ la cererile autorității contractante, din punctul de vedere nr. 3688/....., de obligare a contestatoarei la plata de daune morale, respectiv de aprobare a reținerii garanției de participare, ele sunt inadmisibile, întrucât nu intră în competența Consiliului asemenea măsuri, care nici măcar nu sunt individualizate în concret.

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

Respinge, ca lipsit de interes, capătul principal de cerere din contestația SC ..... SRL nr. ...../....., de obligare a ... la completarea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 3450/ 29.03..... Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de obligare a autorității la plata cheltuielilor aferente contestației (onorariul avocațial).

Respinge, ca inadmisibile, cererile autorității contractante de obligare a contestatoarei la plata de daune morale, respectiv de aprobare a reținerii garanției de participare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

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

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.