

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.cnsr.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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în Napoca, ..., județul și cu sediu procesual ales în, înregistrată la ORC sub nr., având CUI RO, reprezentată convențional prin avocat, împotriva deciziei de perfectare a contractului de lucrări nr. 6176 din 02.06..... încheiat cu SC ... SA, privind procedura de cerere de oferte, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- în principal, ..., a anunțului de atribuire publicat în SEAP sub nr. 199344/06.06....., precum și a contractului de lucrări nr. 6176/02.06..... și obligarea autorității contractante la comunicarea rezultatului procedurii;

- în subsidiar, repunerea în termenul de contestare a rezultatului, urmată de, a anunțului de atribuire publicat în SEAP sub nr. 199344/ 06.06....., precum și a contractului de lucrări nr. 6176/02.06....., obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ... SA;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat, de către SC SRL, să soluționeze contestația de față, aceasta din urmă arătând că depus o ofertă în cadrul procedurii anterior menționată, iar după data de 01.04....., când a avut loc deschiderea ofertelor, singurul document pe care l-a primit de la autoritatea contractantă a fost o solicitare de clarificări, transmisă prin e-mail, în data de 22.04....., la care a răspuns în data de 26.04.....

Contestatoarea menționează că ulterior, în data de, la o verificare întâmplătoare a informațiilor din SEAP, a constatat că autoritatea contractantă publicase, în data de, un anunț de atribuire a contractului, având nr. 199344/06.06..... Apreciind ca nelegală atribuirea contractului fără, ca anterior, rezultatul procedurii să-i fi fost comunicat, în conformitate cu art. 206 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, SC SRL consideră că se impune anularea anunțului de atribuire a contractului precum și a contractului de lucrări nr. 6176/02.06....., încheiat de autoritatea contractantă cu SC ... SA, urmată de obligarea autorității contractante la comunicarea rezultatului procedurii.

De asemenea, solicită și prin care oferta depusă de SC ... SA a fost declarată câștigătoare, deoarece, în aprecierea sa, ofertantul în cauză nu a făcut dovada experienței similare în sensul executării unui contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 8500 m de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă, iar o serie de echipamente oferite de acesta, respectiv grup de pompare, debimetru electromagnetic, contor apă, RTU, pompă epuizant etc. nu au respectat parametri tehnici minimi impuși prin caietul de sarcini.

Totodată, apreciază că oferta financiară a ofertantului câștigător nu poate fi justificată din punct de vedere economic, în opinia sa, fiind imposibilă îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi impuși prin caietul de sarcini.

Din punct de vedere procedural, contestatoarea arată că a avut în vedere dispozițiile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/....., transmitând autorității contractante o notificare prealabilă în data de Neprimind niciun răspuns la aceasta, în termen legal, a fost declanșată prezenta procedură administrativ-jurisdicțională. Referitor la modul de calcul al termenului, contestatoarea precizează că s-a raportat la data de, când a luat cunoștință, întâmplător, de anunțul de atribuire nr. 199344/06.06..... În aprecierea sa, în condițiile în care rezultatul procedurii nu i-a fost comunicat, nu poate fi avută în vedere, pentru calculul termenului, data publicării în SEAP a anunțului în cauză.

Prin „întâmpinarea” nr. 6871/14.07....., înregistrată la Consiliu cu nr. 21751/18.07....., ... a solicitat respingerea contestației SC SRL, în principal, ca tardivă și, în subsidiar, ca nefondată.

Referitor la excepția tardivității contestației, autoritatea contractantă arată că, după evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, a fost încheiat raportul procedurii nr. 5933/24.05.2016, prin

care oferta depusă de SC ... SA a fost declarată câștigătoare a procedurii. Acest rezultat a fost comunicat contestatoarei SC SRL în data de 25.05.2016, prin e-mail, la adresa menționată în oferta acesteia, respectiv

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că termenul legal în care rezultatul procedurii putea fi contestat s-a împlinit la data de 31.05..... Neprimind nicio contestație în acest termen, în data de 02.06..... a procedat la încheierea contractului cu ofertantul declarat câștigător. Pentru aceste motive, în opinia sa, contestația SC SRL este tardiv formulată. În sprijinul excepției invocate, autoritatea contractantă atașează o copie a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5954/....., însoțită de o serie de printscreen-uri doveditoare ale transmiterii respectivei adrese, prin e-mail, către contestatoare.

Răspunzând „întâmpinării” autorității contractante, SC SRL a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 22174/20.07....., prin care arată că, atât potrivit OUG nr. 34/2006 cât și potrivit Legii nr. 101/....., termenul de declanșare a procedurii administrativ-jurisdicționale începe să curgă din ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal. Prin urmare, în cazul de față, termenul în cauză începe să curgă din data de, respectiv din ziua următoare luării la cunoștință de anunțul de atribuire nr. 199344/06.06.....

Referitor la înscrisurile prin care autoritatea contractantă încearcă să dovedească îndeplinirea obligației de comunicare a rezultatului procedurii, contestatoarea arată că acestea nu pot fi considerate dovezi ale recepționării/primirii respectivei adrese de către destinatar. În plus, susține că autoritatea contractantă nu a depus nicio dovadă cu privire la recepționarea prin e-mail a adresei în cauză, deși, din cuprinsul adresei, rezultă că acest lucru a fost solicitat.

Potrivit contestatoarei era obligația autorității contractante de a depune minimul de diligență pentru a se asigura că adresa nr. 5954/ a ajuns, prin e-mail, la destinatar sau de a transmite respectiva adresă prin poștă sau curierat rapid, cu confirmare de primire.

În consecință, apreciază că, în acest caz, nu poate face dovada unui fapt negativ, sarcina probei revenind autorității contractante. De asemenea, mai arată că procedura în cauză nu a fost una online, prin urmare, ofertanții nu au avut obligația de a consulta informațiile publicate în SEAP. Astfel, în cazul în care autoritatea contractantă nu își îndeplinește obligația de comunicare a rezultatului procedurii, termenul de zile prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/..... nu începe să curgă, astfel încât ofertanții pot declanșa oricând procedura administrativă și, implicit, cea administrativ-jurisdicțională.

Prin adresele nr. 22784/...../...../..... și nr. 22785/...../...../, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei de interes în formularea contestației, solicitând un punct de vedere cu privire la aceasta.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 7942/, înregistrată la Consiliu cu nr. 23012/....., solicitând admiterea excepției, având în vedere că, prin contestația depusă de SC SRL, sunt aduse critici doar ofertei clasată pe locul întâi nu și celei clasate pe locul 2. Astfel, în opinia sa, contestatoarea, clasată pe locul 3 nu justifică un interes determinat, legitim, personal, născut, actual și direct în formularea contestației.

De asemenea, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 23014/, a răspuns excepției în discuție și contestatoarea, solicitând respingerea acesteia, motivat de următoarele aspecte:

- în prezenta procedură, comisia de evaluare nu i-a comunicat nicio adresă de informare, prin urmare, la data redactării contestației nu avea cunoștință despre rezultatul procesului de evaluare a ofertei sale, respectiv dacă aceasta a fost declarată ca fiind admisibilă sau a fost respinsă ca inacceptabilă sau neconformă și implicit nu avea cunoștință despre locul pe care s-a situat oferta;

- acest aspect a fost comunicat autorității contractante prin intermediul notificării prealabile din data de, prin care a propus să se dispună, ca măsuri de remediere, revocarea în tot a anunțului de atribuire publicat în SEAP sub nr. 199344/06.06..... respectiv a tuturor actelor administrative încheiate în prezenta procedură prin care a fost stabilită ca fiind câștigătoare oferta depusă de SC ... SA, inclusiv raportul procedurii de atribuire cu actele subsecvente precum și îndeplinirea obligației prevăzută de art. 206 din OUG nr. 34/2006, cu privire la comunicarea adresei cu privire la rezultatul procedurii de atribuire;

- cu toate că autoritatea contractantă a fost informată cu privire la neregulile de pe parcursul procedurii de atribuire, susține că aceasta nu a răspuns la notificarea prealabilă în termenul prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., care s-a împlinit în data de 27.06....., iar raportat la acest aspect, se deduce faptul că nu înțelege să adopte nicio măsură de remediere, nici măcar să ne informeze cu privire la rezultatul procedurii de atribuire;

- în opinia sa, nelegalitatea modului în care a fost atribuit contractul este evidentă, constând în nesocotirea dispozițiilor imperative prevăzute de art. 206 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, context în care a formulat capătul de cerere (în principal), prin care a solicitat Consiliului să dispună anularea anunțului de atribuire publicat în SEAP sub nr. 199344/06.06....., respectiv anularea contractului de lucrări nr. 6176 din 02.06..... încheiat cu SC ... SA, cu obligarea autorității contractante la îndeplinirea obligației prevăzută de art. 206 din OUG nr. 34/2006, respectiv de a-i comunica rezultatul procedurii de atribuire;

- numai după comunicarea rezultatului procedurii un operator economic poate declanșa controlul de legalitate propriu-zis a actelor emise de autoritatea contractantă, astfel încât interesul său constă în ocrotirea dreptului conferit de legiuitor prin art. 206 din OUG nr. 34/2006 respectiv de a fi informați cu privire la rezultatul procedurii de atribuire,

pentru ca mai apoi să fie exercitat dreptul de contestare a actelor întocmite de autoritatea contractantă;

- folosul practic urmărit prin contestație este de a se dispune anularea anunțului de atribuire publicat în SEAP sub nr. 199344/06.06..... respectiv anularea contractului de lucrări nr. 6176 din 02.06....., încheiat cu SC ... SA cu obligarea autorității contractante de a comunica rezultatul procedurii pentru ca mai apoi, cunoscând toate informațiile ce rezultă dintr-un act de comunicare a rezultatului să fie criticate ofertele declarate de autoritatea contractantă ca fiind admisibile în urma unei evaluări superficiale cel puțin prin prisma prețului ofertat;

- în prezenta cauză nu a fost informată asupra rezultatului procedurii de atribuire, astfel încât a fost pusă în imposibilitatea de a declanșa controlul de legalitate a procedurii de achiziție publică, fiind practic, privată de exercitarea unui drept procesual.

În consecință, SC SRL arată că, prin prisma capătului de cerere formulat în principal, interesul său este determinat, legitim, personal, născut și actual și constă în valorificarea dreptului de a fi informată cu privire la rezultatul procedurii respectiv declanșarea unei căi de atac propriu-zise împotriva unui act administrativ.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, ... a organizat o procedură de cerere de oferte, inițiată prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr./..... Criteriul de atribuire a contractului a fost „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului a fost de 1.396.124 lei, fără TVA.

Deschiderea ofertelor depuse în cadrul procedurii a avut loc la data de 01.04....., ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. 4688/01.04..... În urma evaluării celor 12 oferte depuse, câștigătoare a procedurii a fost desemnată oferta SC ... SA, cu un preț de 1.124.812,66 lei, fără TVA; cea a contestatoarei clasându-se pe locul 3 cu un preț de 1.207.516,66 lei, fără TVA. Rezultatul procedurii a fost comunicat tuturor participanților, ofertantului SC SRL fiindu-i transmisă, în acest sens, adresa nr. 5954/....., la adresa de e-mail indicată.

Susținând că nu a primit respectiva adresă și că a aflat de atribuirea contractului, în mod întâmplător, din SEAP, în data de, SC SRL a formulat, la data de, o notificare prealabilă împotriva rezultatului procedurii, transmițând-o autorității contractante prin e-mail, în aceeași zi, cu solicitarea de revocare în tot a anunțului de atribuire a contractului, de comunicare a rezultatului procedurii, conform art. 206 din OUG nr. 34/2006, de constatare a nulității contractului încheiat cu SC ... SA, de revocare a tuturor actelor administrative încheiate în prezenta procedură și de reevaluare a ofertei depuse de SC ... SA.

Neprimind niciun răspuns din partea autorității contractante până la data de 27.06....., în data de SC SRL a înregistrat la Consiliu contestația în analiză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Referitor la acest aspect, Consiliul constată că autoritatea contractantă a depus la dosarul cauzei copia adresei de comunicare nr. 5954/25.05.2016, prin care a comunicat contestatoarei SC SRL că oferta acesteia a fost declarată admisibilă și conformă clasându-se pe locul 3, oferta desemnată câștigătoare a procedurii fiind cea depusă de SC ... SA. De asemenea, a fost depusă și copia raportului adresei de e-mail ..., din care reiese că adresa anterior invocată a fost transmisă contestatoarei la data de 25.05.2016, ora 12:18, la adresa ..., adresă menționată de contestatoare în Formularul nr. 9 (document existent la dosarul cauzei), din oferta depusă ca fiind a persoanei de contact pentru prezenta procedură.

Transmiterea prin e-mail a rezultatului procedurii era o modalitate permisă atât de art. 60 alin. (1) cât și de art. 206 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, act normativ aflat în vigoare la data de, autorității contractante neputându-i fi imputată alegerea acestui mijloc de comunicare. Pe de altă parte, contestatoarea, în afară de a susține că nu a primit respectivul e-mail, nu produce nicio probă în sensul că autoritatea contractantă nu i-ar fi transmis acel mesaj e-mail.

Astfel, sub acest aspect, Consiliul stabilește că a fost făcută dovada privind comunicarea rezultatului procedurii la data de, motiv pentru care consideră nefondate criticile contestatoarei legate de acest aspect.

Pe de altă parte, Consiliul constată că, în prezenta procedură au fost depuse 12 oferte, între care și aceea a SC ... SA, care a fost declarată câștigătoare, având prețul cel mai scăzut. Oferta SC SRL a fost admisă și declarată necâștigătoare, clasându-se pe locul III, prin prisma criteriului de atribuire aplicabil. Împotriva desemnării câștigătoare a ofertei SC ... SA, pentru motivele evocate anterior, SC SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Niciuna dintre părțile cauzei nu tăgăduiește faptul că oferta SC SRL se situează pe locul III în clasament, după oferta SC ... SA, aflată pe locul I. Vizavi de oferta clasată pe locul secund contestatoarea nu ridică nicio obiecție, acceptând tacit această stare factuală.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere că autoarea contestației a fost informată, cu privire la faptul că s-a clasat pe locul al treilea.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că informația conform căreia oferta sa a fost declarată admisibilă și clasată pe locul al treilea i-a fost comunicată, astfel:

- în data de, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5954/.....;

- în data de, prin adresa de răspuns la notificare, nr. 6706/....., la care a atașat din nou adresa de comunicare a rezultatului procedurii;

- în data de 18.07....., odată cu transmiterea, de către autoritatea contractantă, a „Întâmpinării” nr. 6871/14.07....., la care a atașat, printre altele, iarăși, adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5954/.....

Prin urmare, chiar dacă, la data depunerii contestației, SC SRL nu ar fi avut cunoștință despre comunicarea rezultatului procedurii, respectiv dacă oferta sa a fost declarată admisibilă și locul pe care l-a ocupat, acest lucru l-a cunoscut odată cu primirea răspunsului la Notificare și a „Întâmpinării” de mai sus. Cu toate acestea, contestatoarea nu a făcut nici un demers în a aduce critici și pentru ofertantul clasat pe locul al doilea.

În aceste condiții, Consiliul constată că admiterea contestației nu-i va aduce niciun fel de folos practic contestatoarei, cât timp aceasta s-ar situa doar cu un loc mai sus în clasamentul ofertanților, clasându-se, în final, pe locul 2, în contextul în care nu a atacat și oferta clasată pe locul al doilea, aceasta neavând calitatea de persoană vătămată în sensul dispozițiilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/....., potrivit căroră: „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.

Potrivit acestora, calitatea procesuală activă a contestatorului este condiționată legal de existența și dovedirea interesului legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire.

De asemenea, Codul de procedură civilă, care reprezintă dreptul comun în privința litigiilor supuse Legii nr. 101/..... (a se vedea art. 68 din această lege), stabilește imperativ, la art. 32 alin. (1) lit. d) și art. 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia justifică un interes, interes care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Hotărând că, legal, oferta contestatoarei, în acest caz, nu va mai putea fi declarată câștigătoare, este subînțeles că aceasta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante de calificare și de declarare câștigătoare a unei alte oferte.

În concluzie, Consiliul constată că atacarea numai a ofertei desemnată câștigătoare, fără a fi criticată și cea de pe locul al doilea, în condițiile în care oferta contestatoarei s-a clasat pe locul al treilea, 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, Consiliul reține, în soluționare, faptul că în hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura

Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), 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 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 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.

De asemenea, 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, 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.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul stabilește că, în cauza supusă soluționării, SC SRL nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii.

Pe cale de consecință, Consiliul constată că este incidentă excepția privind introducerea contestației de către o persoană lipsită de interes, astfel că va respinge ca lipsită de interes contestația înaintată de SC SRL.

Respinge solicitarea de acordare a cheltuielilor de judecată.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/, admite excepția lipsei de interes a contestației SC SRL, formulată în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Fără pronunțare asupra fondului cauzei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/..... și poate fi atacată cu plângere, potrivit art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 4(patru) exemplare, conține 9(nouă) pagini.