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. 12 alin. (1) 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. .../C../...
Data: ..

Prin contestația nr. 385/10.06.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 21761/11.06.2019, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ..... și cu adresă de corespondență în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – administrator, împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 108207/195/10.06.2019, emisă de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Kit-uri asistenți medicali proiect POCU ID 108207", cod CPV 39162200-7 – Materiale și echipamente de pregătire (Rev.2), s-au solicitat:

„- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 108207/195/ 10.06.2019, prin care oferta depusă de … a fost declarată câștigătoare;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție prin reevaluarea ofertei .. și declararea acesteia ca fiind inadmisibilă;

- continuarea evaluării ofertelor depuse de către ceilalți ofertanți."

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, ... SRL critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 108207/195/10.06.2019, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, potrivit căreia oferta sa a fost clasată pe locul 3 în clasament, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de …, apreciind că, în evaluarea ofertei declarate câștigătoare, autoritatea contractantă nu a ținut cont de prevederile fișei de date, privind Capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților.

Amintind unele cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției, respectiv cap. III.1.1 b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților*, contestatorul susține că ofertantul câștigător nu putea îndeplini aceste cerințe, întrucât acesta nu are Aviz de funcționare eliberat de Ministerul Sănătății, Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, privind importul, distribuția și depozitarea Dispozitivelor medicale.

De remarcat este și faptul că produsele ofertate de acesta, respectiv glucometru, pusoximetru, tensiometru, termometru sunt încadrate de către Ministerul Sănătății ca fiind Dispozitive medicale, iar atât dispozitivele medicale, cât și firmele care le importă, distribuie/comercializează aceste produse/echipamente sunt strict supuse controlului Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din cadrul Ministerului Sănătății.

Mai mult, contestatorul evidențiază că, pentru a deține un Aviz de funcționare emis de ANMDM, societatea comercială care dorește să obțină un astfel de Aviz, trebuie să aibă autorizate codurile CAEN 4646 – Comerț cu ridicata al produselor farmaceutice, 4774 – Comerț cu amănuntul al articolelor medicale și ortopedice, în magazine specializate.

Concluzionând, contestatorul apreciază că, prin declararea ofertei … drept câștigătoare, autoritatea contractantă a încălcat Legea nr. 95/2006, precum și art. 927 din Legea nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății.

În drept, se invocă Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legea nr. 101/2016, precum și Legea nr. 95/2006.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 108207/200/13.06.2019, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, ținând cont de faptul că deciziile comisiei de evaluare cuprinse în raportul procedurii au fost adoptate în consens cu prevederile legale și evaluarea ofertelor depuse s-a realizat în condiții de tratament egal și respectând cerințele formulate în fișa de date.

Potrivit autorității contractante, societatea desemnată câștigătoare dispune de coduri CAEN care permit comerțul cu amănuntul al produselor de multiple feluri și care confirmă capacitatea acesteia de a

furniza și factura/comercializa inclusiv produsele necesare proiectului. De asemenea, autoritatea subliniază faptul că nu a solicitat, în mod obligatoriu, prin documentația de atribuire, vreo autorizație specială. În opinia sa, contestatorul nu încearcă decât să restrângă în mod artificial competiția, făcând confuzie între autorizația acordată de Ministerul Sănătății și codurile CAEN ale societății. Totodată, subliniază faptul că singura cerință de calificare referitoare la capacitatea profesională a fost înscrierea în Registrul Comerțului, iar, raportat la scopul urmărit prin achiziționarea produselor obiect al procedurii, apreciază că acestea nu se încadrează în prevederile Legii nr. 95/2006, invocate în contestație.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresele nr. 22761 și 22763/C2/19.06.2019, Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei de interes a SC ..... SRL în formularea contestației, raportat la locul ocupat în clasamentul ofertelor admisibile, respectiv locul 3.

Prin adresa de răspuns nr. 399/19.06.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 22906/19.06.2019, contestatorul, invocând dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, susține că, prin emiterea rezultatului criticat, autoritatea contractantă a anulat dreptul societății sale de a deveni un contractant licit în cadrul prezentei proceduri.

În opinia contestatorului, punerea în discuția părților de către Consiliu a excepției lipsei de interes, raportat la locul ocupat în clasamentul ofertelor admisibile, este strict procedurală, locul 3 fiind unul provizoriu, sens în care înțelege să facă trimitere la alte situații în care oferta sa a fost declarată câștigătoare în proceduri de achiziție publică cu 5-6 ofertanți și în care, conform criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” ocupa în clasamentul ofertelor admisibile locul 2 sau 3 (loc provizoriu), iar în urma solicitării ofertanților mai bine poziționați în clasament a documentelor suport DUAE, aceștia erau declarați inadmisibili, întrucât nu îndeplineau și cerințele privind capacitatea tehnică și profesională, ori nu aveau capacitatea financiară sau experiența solicitate în cauzele respective.

De asemenea, arată că un ofertant este declarat câștigător atunci când, în cadrul procedurii, a îndeplinit toate cerințele de eligibilitate solicitate de autoritatea contractantă, prin depunerea documentelor justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, documente prezentate la final, la cererea autorității, iar faptul că ofertantul are prețul cel mai scăzut nu garantează acestuia că oferta sa va fi declarată câștigătoare ulterior verificării documentelor solicitate.

Dat fiind caracterul produselor ce urmează a fi furnizate, contestatorul apreciază că are șanse majore să fie declarată câștigătoare, subliniind totodată faptul că are un real interes în cadrul procedurii, prin depunerea garanției de participare în cuantumul și forma solicitată de autoritatea contractantă, și prin depunerea unei

oferte conforme, așa cum de altfel a constatat chiar autoritatea contractantă.

Apreciind că are șanse majore să fie declarat câștigător, iar prin acceptarea rezultatului procedurii, așa cum a fost emis de autoritatea contractantă, riscă să sufere un prejudiciu atât material cât și moral prin eliminarea dreptului sau de a deveni furnizor în cadrul contractului de furnizare, contestatorul susține că este îndreptățit să solicite CNSC ca, în baza art. 14 alin. (3) și art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, să constate și să aplice legea.

Prin adresa de răspuns nr. 108207/209/20.06.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 23111/20.06.2019, făcând trimitere la dispozițiile art. 2 alin. (1) și (2) și art. 3 alin. (1) lit. f), i) și ii) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă consideră contestația formulată de SC ..... SRL, ca fiind nejustificată de existența unui interes, prin raportare la obiectul acesteia.

Potrivit autorității contractante, interesul contestatorului nu este unul legitim, născut și actual, nici personal și direct, de vreme ce oferta lui se situează în clasamentul întocmit pe baza criteriului de atribuire, pe locul 3, iar, în ipoteza admiterii contestației, ofertantul în cauză s-ar situa pe locul 2 în clasament.

Astfel, autoritatea contractantă solicită admiterea excepției lipsei de interes și, pe cale de consecință, respingerea contestației, având în vedere că situația ofertei contestatorului conduce la concluzia că nu există un interes actual și juridic în promovarea acestui demers.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Kit-uri asistenți medicali proiect POCU ID 108207", cod CPV 39162200-7 – Materiale și echipamente de pregătire (Rev.2), prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1043102/13.05.2019.

Valoarea estimată a contractului este de 201.681,60 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț*”.

Conform documentelor existente la dosarul cauzei, în cadrul procedurii de față, au fost depuse un număr de 3 oferte.

Urmare a evaluării lor, autoritatea contractantă a emis adresa nr. 108207/195/10.06.2019, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, prin care comunică ofertantului SC ..... SRL faptul că oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de … SRL, precum și calculul punctajelor realizat conform prevederilor cap. II.2.5 Criterii de atribuire din fișa de date, alături de clasamentul rezultat.

Nemulțumit de decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SC .., SC ..... SRL (consemnând

cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016) a depus contestația de față, solicitând:

„- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 108207/195/ 10.06.2019, prin care oferta depusă de .. a fost declarată câștigătoare;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție prin reevaluarea ofertei … și declararea acesteia ca fiind inadmisibilă;

- continuarea evaluării ofertelor depuse de către ceilalți ofertanți."

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția lipsei de interes în promovarea contestației, invocată din oficiu, raportat la locul ocupat în clasamentul ofertelor admisibile respectiv locul 3 și ținând cont de faptul că, în cuprinsul contestației, se regăsesc critici doar cu privire la oferta desemnată câștigătoare.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține că, prin contestația sa, SC ..... SRL a înțeles să formuleze critici exclusiv cu privire la oferta SC …, declarată câștigătoare, considerând că aceasta este inacceptabilă.

De asemenea, este reținut faptul că, anexat contestației sale, SC ..... SRL a depus, în probațiune, copia adresei de comunicare nr. 10807/195/10.06.2019, precum și raportul procedurii nr. 108207/194/10.06.2019, în cuprinsul căruia se regăsește clasamentul ofertelor admisibile, împreună cu punctajul total obținut de fiecare participant, termenul livrare comandă ofertat, precum și valoarea ofertată, după cum urmează:

Nr. crt.	Ofertant	Termen livrare comandă	Punctaj tehnic obținut	Valoare ofertată	Punctaj financiar obținut	Punctaj total obținut	Clasament
1	BLACKWATER MEDIA SRL	5 zile	10 puncte	188.880,00	86,91 puncte	96,91 puncte	Locul I
2	DOLAS ECOTRADE SRL	10 zile	5 puncte	182.400,00	90,00 puncte	95,00 puncte	Locul II
3	**..... SRL**	5 zile	10 puncte	198.000,00	82,91 puncte	92,91 puncte	**Locul III**

Din motivarea, în fapt, a contestației, Consiliul observă că argumentele contestatorului fac referire exclusiv la situația ofertei desemnată câștigătoare.

Prin urmare, cu privire la oferta clasată pe locul 2, superioară locului său în clasamentul ofertelor admisibile, SC ..... SRL nu evocă, prin contestația depusă, motive pentru care decizia autorității contractante, de a o declara admisibilă, să poată fi considerată neîntemeiată și/sau nelegală.

Astfel, verificând interesul contestatorului în promovarea prezentei contestații, Consiliul reține 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 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”*;

- 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 îndeplinește cumulativ următoarele condiții: - (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 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”*.

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, anularea în parte a raportului procedurii, respectiv a referirilor la oferta declarată câștigătoare și reevaluarea acesteia, prin urmare, nu și a celuilalt ofertant, 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 ofertei desemnate câștigătoare, fără nicio referire la o eventuală evaluare nelegală și a celeilalte oferte clasată înaintea sa, în condițiile în care oferta SC ..... SRL se regăsește pe locul 3, 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 procesuală;*
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 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, <u>interesul contestatorului nefiind unul născut şi actual</u>, dar nici unul personal şi direct, de vreme ce oferta acestuia se situează în clasamentul întocmit pe baza criteriului de atribuire, pe locul 3.

Astfel, pentru a putea să-i fie atribuit prezentul contract, contestatorul trebuia să critice, pe lângă oferta câștigătoare, și oferta clasată pe locul 2, deoarece numai înlăturând-o și pe aceasta oferta sa ar fi putut deveni câștigătoare.

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 câștigătoare, cel mult, în urma unei eventuale admiteri a contestaţiei, urmând a ocupa locul 2.

Aceeași soluție se configurează și raportat la obiectul contestației, simpla solicitare de „*continuare a evaluării ofertelor depuse de către ceilalți ofertanți*”, în lipsa expunerii unor motive de fapt a căror temeinicie să fie analizată, conduce la imposibilitatea Consiliului de a dispune o reevaluare *in intergum*, a acestora.

De asemenea, 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.

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).

Apreciază Consiliul că interesul constând în reevaluarea doar a ofertei câștigătoare, nu constituie interes în sens de folos practic obținut, întrucât nu există nicio garanție că oferta contestatorului va fi declarată câștigătoare, astfel că, o presupusă admitere a unei astfel de cereri, nu ar conduce efectiv la un asemenea rezultat.

Consiliul nu poate accepta ca întemeiate nici apărările contestatorului referitoare la faptul că actualul loc 3, ocupat în clasament, este unul provizoriu și ar avea șanse să devină câștigătoare în condițiile în care cealaltă oferta situată înaintea sa nu ar putea demonstra, prin documentele suport DUAE, îndeplinirea cerințelor de eligibilitate, având în vedere că aceste susțineri sunt pur speculative, afirmații care au la bază întâmplări viitoare, eventuale și nesigure, și astfel, condiția ca interesul să fie născut şi actual, să existe în momentul în care este formulată cererea, nu este îndeplinită.

Prin urmare, în lipsa unor critici concrete care să vizeze toate ofertele clasate înaintea sa, contestatorul este lipsit de folosul practic al demersului exercitat în speța de față, chiar și în ipoteza admiterii acestuia. Așadar, în speța analizată, nu se identifică un interes legitim, născut și actual, personal și direct, putând fi vorba cel mult de un interes ipotetic.

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.

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

reținute decizia civilă nr. 413/15.04.2019, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, dar și decizia civilă nr. 184/29.05.2019, pronunțată de Curtea de Apel .....

Având în vedere considerentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr.101/2016, admite excepția lipsei de interes, invocată din oficiu, și, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de SC ..... SRL, ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin.(1) din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes a SC ..... SRL în formularea contestației, invocată din oficiu și, pe cale de consecință, respinge contestația formulată de SC ..... SRL 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 vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET, MEMBRU, MEMBRU,
....

…