CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 3894/26.09.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 40368/26.09.2017, înaintată de SC ... SRL cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ... CUI ..., număr de ordine în Registrul Comerțului ..., formulată împotriva deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, emisă de către ... cu sediul în …, în calitate de entitate contractantă în procedura organizată în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică având ca obiect „...”, cu anunț de participare nr. ..., publicat în SEAP la 28.07.2017, s-a solicitat admiterea contestației și anularea procedurii.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ... SRL critică oferta tehnică prezentată de SC ... SRL și solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună anularea procedurii.

În opinia contestatoarei, oferta tehnică a ofertantului declarat câștigător încalcă prevederile art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, deoarece producătorii de combustibili, a căror ofertă tehnică este prezentată de acesta, nu dețin autorizație de antrepozit fiscal pentru activitatea de producție sau depozitare produse energetice de la producător, așa cum solicită CFR în documentația procedurii completată cu adresa de clarificări nr. AP/2333/31.07.2017, nefiind autorizați de Ministerul Mediului și Ministerul de Finanțe pentru producția de combustibil.

De asemenea, precizează că potrivit site-ului Ministerului de Finanțe, nici ... nu figurează pe lista antrepozitelor cu autorizație valabilă pentru producția de combustibil.

În fapt, petenta afirmă că ofertantul SC ... SRL prezintă, în cadrul procedurilor de achiziție publică, una din următoarele variante de ofertă tehnică, de la *așa zișI* trei producători de combustibil, respectiv:

- ... SRL, pentru punctul de lucru din satul ..., com. ..., jud. ...;
- ... SRL, pentru punctul de lucru din comuna ..., jud. ...;
- ... SRL, pentru punctul de lucru în str. ... nr. , sat ..., com. ..., jud. ....

Prin notificarea nr. 3866/20.09.2017, contestatoarea a semnalat entității contractante aceste aspecte, dar entitatatea i-a răspuns că petenta nu are calitatea de ofertant în procedură, așa încât notificarea formulată nu are temei legal.

Prin adresele nr. 41073 și 41074/3462-C4/29.09.2017, Consiliul a solicitat părților transmiterea punctului de vedere cu privire la excepţia lipsei de interes a înaintării prezentei contestații, excepție invocată din oficiu de către Consiliu, având în vedere că SC ... SRL nu a contestat comunicarea de respingere a ofertei sale ca fiind inacceptabilă, ca urmare a faptului că nu a depus ofertă tehnică și nu a fost admisă în următoarea fază, respectiv în faza de evaluare, entitatea contractantă stabilind că nu are calitate de ofertant în cadrul acestei proceduri, în conformitate cu art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 3907/03.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 41582/04.10.2017, în care subliniază că, în conformitate cu art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stabilește că poate formula contestație *"(…) oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim",* deci nu trebuie să aibă calitatea de ofertant pentru a depune o contestație.

Cu adresa nr. AP/3070/03.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 41520/03.10.2017, față de contestația în cauză, entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul său de vedere prin care solicită respingerea acesteia, neavând temei legal, ca urmare a faptului că petenta nu a depus ofertă în cadrul procedurii de achiziție publică.

Având în vedere acest aspect, entitatea contractantă stabilește că autoarea contestației nu are calitatea de ofertant, întrucât conform art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 99/2016, calitatea de ofertant o are *orice operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire.*

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „...", ..., în calitate de entitate contractantă, a iniţiat procedura de licitație deschisă prin publicarea în SEAP a anunţului de participare nr. ... din 28.07.2017, odată cu care a postat şi documentaţia de atribuire.

Cu ocazia analizării ofertelor depuse, comisia de evaluare a constatat că oferta depusă de SC ... SRL este inacceptabilă, în baza art. 143 alin (2) lit. k) din HG nr. 394/2016 și art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016,

întrucât îi lipsește una din componente, așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) lit. ff) din Lege, respectiv oferta tehnică.

Deși oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă, iar aceasta nu a contestat această decizie, nemulţumită de decizia entității contractante de a declara oferta depusă de SC ... SRL drept câștigătoare, precum şi de răspunsul la notificarea prealabilă, SC ... SRL a formulat contestaţie prin care solicită anularea procedurii.

Analizând conținutul contestației, Consiliul a invocat excepția lipsei de interes, pe care a considerat-o ca fiind întemeiată, aspect care rezultă din considerentele următoare:

În prezenta speță, oferta depusă de contestatoare a fost respinsă, în mod definitiv, ca inacceptabilă, câștigătoare fiind declarată singura ofertă declarată admisibilă, respectiv cea depusă de SC ... SRL.

Astfel, verificând interesul contestatoarei în promovarea prezentei contestații, Consiliul constată că sunt incidente următoarele 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”;

- art. 2 alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, potrivit căruia *„Se consideră că ofertanții sunt interesați dacă nu au fost încă excluși definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluționarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac”,* se modifică Directiva 89/665/CEE și Directiva 92/13/CEE.

Codul de procedură civilă stabileşte:

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''.***

Aşadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o entitate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al entităţii contractante.

Deşi nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, 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. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speţa analizată, Consiliul constată că prezenta contestaţie nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior.

În consecinţă, având în vedere că:

- oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, rezultat cu care contestatoarea a fost de acord, Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea deciziei de desemnare câştigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL, de vreme ce nu mai poate deveni câștigătoare în această procedură de atribuire.

Un interes eventual (care ar putea conduce la anularea procedurii de atribuire ca urmare a reevaluării ofertei câștigătoare), nu se poate lua în considerare, deoarece, pe de o parte, nu există certitudinea că entitatea contractantă ar relua procedura de atribuire, iar contestatoarea ar fi câştigătoarea noii proceduri, iar pe de altă parte, interesul trebuie să îndeplinească cerinţa actualităţii.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod definitiv respinsă, SC ... SRL nu are, în legătură cu această procedură, interesul legitim necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Or, după cum s-a arătat, interesul este o condiţie de admitere a oricărui demers judiciar, iar în materia achiziţiilor publice interesul în promovarea unei contestaţii este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept al său, interes legitim prin modul de desfăşurare a procedurii de achiziţie publică. Respingerea ofertei depusă de ... este definitivă, întrucât a fost comunicată operatorului economic în cauză, și nu a făcut obiectul unei căi de atac.

În analiza criticilor, la adresa modului în care entitatea contractantă a stabilit oferta câștigătoare, este necesară identificarea existenţei interesului determinat, legitim, personal, născut şi actual al autoarei. Consiliul constată că aceasta nu are un interes în promovarea lor, deoarece interesul

său nu este legitim, din moment ce oferta sa a fost stabilită ca inacceptabilă.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția privind lipsa de interes a contestatoarei în promovarea contestației invocată din oficiu și va respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Redactată în patru exemplare, conţine 5 (cinci) pagini