



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21249/03.11.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., având CUI RO ..., înregistrată la ORC sub nr. ..., reprezentată convențional prin Avocat ..., având sediul în ..., județul ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis de către SC ...A, cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii acordului cadru, încheiat cu un singur operator economic, pe o perioadă de 1 ani, având ca obiect: „Achiziție fittinguri pentru conducte”, cod CPV:, s-a solicitat: „...le tehnice a anumitor produse, respectiv piese bransare cu flanșă sunt fabricate din oțel și nu din fontă”.

Prin adresa nr. 6085/09.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 21696/09.11.2015, Asocierea SC ... SA – SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI: ... și înregistrată la ORC sub nr. ..., formulează CERERE DE INTERVENȚIE ACCESORIE ÎN FAVOAREA SC ...A, prin care solicită: admiterea, în principiu a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației promovată de SC ... SRL, ca neîntemeiată.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă SC ...A iar pe cale de consecință respinge contestația formulată de SC ... SRL ca fiind

lipsită de interes și admite cererea de intervenție formulată de Asocieria SC SA – SC ... SRL.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21249/03.11.2015, depusă de SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis de către SC ...A, cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii acordului cadru, încheiat cu un singur operator economic, pe o perioadă de 1 ani, având ca obiect: „Achiziție fittinguri pentru conducte”, cod CPV: 44163230-1, s-a solicitat: *„...le tehnice a anumitor produse, respectiv piese branșare cu flanșă sunt fabricate din oțel și nu din fontă”*.

În susținerea solicitărilor sale, contestatorul invocă dispozițiile art. 33 alin. (1) și art. 35 alin. (1) – (2) și (5) din OUG nr. 34/2006, coroborat cu cele ale art. 13 din HG nr. 925/2006 și art. 209 lit. c) și art. 209 alin. (4) din OUG nr. 34/2006. În acest sens, arată că autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta Asocierii SC ... SA – SC ... SRL deși produsele oferite nu respectă cerințele minime din caietul de sarcini, specificații tehnice referitoare la materialul din care sunt confecționate produsele oferite.

Totodată contestatorul precizează că din informațiile deținute, Asocieria SC ... SA – SC ... SRL este distribuitor al produselor „Viking Johnson”, pentru piese branșare cu flanșa, acestea fiind din oțel și nu din fontă, așa cum se solicită în caietul de sarcini. Contestatorul consideră că specificațiile tehnice trebuie cuprinse în mod obligatoriu în caietul de sarcini, acestea trebuie să fie clar definite, astfel încât fiecare ofertant să fie în măsură să își poată formula oferta fără nici un fel de distorsiune cu privire la criteriile tehnice pe care trebuie să le întrunească oferta.

De asemenea, contestatorul face referire la dispozițiile art. 72 alin. (2) lit. f) din HG nr. 925/2006, potrivit cărora: „atribuțiile comisiei de evaluare sunt următoarele: verificarea propunerilor tehnice prezentate de către ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini sau din documentația descriptivă”. În acest sens, menționează că necontestarea cerințelor specificate în documentația de atribuire conduce la concluzia că ofertanții își însușesc cele menționate în această documentație, însă, în raport de efectele și interpretarea dată ulterior, în procedura de achiziție, respectiv

cu ocazia evaluării ofertelor depuse, conform specificațiilor tehnice, se impune anularea în integralitate a procedurii de achiziție publică, ca urmare a încălcării, de către autoritatea contractantă a dispozițiilor legale, în sensul declarării câștigătoare a procedurii a unei oferte care nu îndeplinește o cerință minimă a caietului de sarcini în ceea ce privește materialul din care este confecționat produsul.

În final, contestatorul apreciază că pentru motivele mai sus menționate, se impune anularea întregii proceduri de atribuire.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 11414/...-.../05.11.2015, Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției publice și oferta tehnică a câștigătorului, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 256³ din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 45992/06.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 21639/09.11.2015, autoritatea contractantă transmite documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea ca lipsită de interes a acesteia. De asemenea, pe fondul cauzei, solicită respingerea ca nefondată a contestației.

Referitor la lipsa interesului contestatorului în formularea contestației autoritatea contractantă precizează următoarele:

- având în vedere că oferta contestatorului a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 36¹ alin. (1) lit. e) din HG nr. 925/2006 cu modificările ulterioare, decizie a cărei anulare nu a înțeles să o solicite și pe care nu a criticat-o prin contestație, se impune respingerea acesteia pentru argumentele expuse în continuare;
- potrivit art. 255 din OUG nr.34/2006 cu modificările ulterioare, „(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim (...) (2) în sensul prevederilor alin.(1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care: a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire; b) 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 respectiva procedură de atribuire.;
- astfel, în înțelesul art. 255 alin. (2) din OUG nr.34/2006, condițiile care trebuie îndeplinite în mod cumulativ pentru ca o persoană să se considere vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, sunt următoarele: are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire; - 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 respective procedură de atribuire;

- sintagma „*are sau a avut un interes legitim (...)*” trebuie aplicată în contextul principiilor generale din materia dreptului procesual civil; prin „interes” se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate, pur vexatorii;
- interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească, următoarele cerințe: să fie legitim, corespunzător cerințelor legii materiale și procesuale; să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare; să aparțină celui care recurge la acțiune; să fie născut și actual, să existe în momentul în care este formulate cererea. Un interes eventual, ca și un interes care a trecut nu poate fi luat în considerare.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța pendinte, se poate constata că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior, interesul contestatorului nefiind unul legitim, născut și actual, dar nici unul personal și direct, de vreme ce oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, cu modificările ulterioare, decizie ce nu a fost contestată, criticile referindu-se exclusiv la oferta desemnată câștigătoare, depusă de Asocieria SC .. SA - SC ... SRL care, în opinia contestatorului, este inacceptabilă. Așadar, SC ... SRL nu a contestat motivul respingerii ofertei sale, fapt ce demonstrează că aceasta nu a fost prejudiciată de măsura adoptată de autoritatea contractantă, măsură ce nu a fost criticată de contestator, astfel că orice contestație a sa față de alte măsuri ale autorității contractante, nu satisface un interes al său, în sensul că nu îi aduce nici un folos practic. Calitatea procesuală și interesul nu pot fi raportate decât la dispozițiile art.255 din ordonanța de urgență, la posibilele soluții prefigurate de textul art. 278 din aceeași ordonanță, precum și la capetele de cerere din contestația formulată, nici una dintre acestea nefiind de natură să justifice admisibilitatea prezentului demers. Prin contestație, nu poate fi apărut un interes general, așa cum susține contestatorul, deoarece, așa cum s-a arătat deja, interesul trebuie să fie personal și direct, adică să aparțină contestatorului, să-i procure acesteia un beneficiu. Or, care ar fi beneficiul obținut de contestator în condițiile în care a solicitat doar anularea deciziei de declarare a ofertei câștigătoare, iar nu și a decizia de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, decizie care, astfel, rămâne definitivă.

Autoritatea contractantă menționează că din același considerent, dublat de neprezentarea vreunui argument în susținerea netemeinicii deciziei adoptată în privința ofertei sale, nu poate fi primită nici motivarea în sensul că singura soluție echitabilă este anularea întregii procedurii, fiind evident că aceste susțineri conduc spre concluzia că acțiunea contestatoarei este motivată de posibilitatea de a participa din nou la procedură ca urmare a reluării acesteia. De asemenea, în opinia autorității contractante, nu este îndeplinită nici condiția cumulativă a prejudiciului pe care să-l fi suferit sau riscă să-l sufere contestatorul, de vreme ce oferta acesteia nu poate fi desemnată câștigătoare, fiind inacceptabilă. Cum motivele invocate de contestator nu îi asigură participarea la procedura de atribuire în curs, neînlăturând motivele de inacceptabilitate a ofertei sale, nu sunt îndeplinite în cauză condițiile prevăzute de art. 255 alin. (2) din OUG nr.34/2006.

Referitor la solicitarea contestatorului privind: *„anularea rezultatului procedurii, întrucât produsele oferite de către câștigător nu respectă cerințele minime din caietul de sarcini, în ceea ce privește specificațiile tehnice a anumitor produse, în speță pentru piesele bransare cu flanșă, care sunt fabricate din oțel și nu din fontă”*, autoritatea contractantă apreciază că afirmațiile în cauză sunt nefondate, deoarece ofertantul declarat câștigător al procedurii a prezentat o ofertă tehnică conformă. Astfel, pentru piesele de bransare PEID din fonta cu flanșă, ofertantul declarat câștigător a depus, Tabelul cu detalii producător, producător ... însoțit de detalii tehnice conform cerinței și specificații tehnice de la producătorul ... din care rezultă conformitatea produselor, respectiv corp confecționat din fonta ductilă. Ofertantul declarat câștigător Asociera SC ... SA - SC ... SRL a prezentat ca mostră: Piesa bransare pentru PEID, din fontă cu flanșă, care conține marcajul GJS (simbolizarea fontelor este alcătuită din grupul de litere EN-GJS).

În ceea ce privește afirmația contestatorului potrivit căreia: *„din informațiile pe care le deținem, ofertantul Asociera SC .. SA - SC ... SRL, este distribuitor al produselor "Viking Johnson", pentru piese bransare cu flanșă, iar acesta produce piesele respective din oțel și nu din fontă așa cum cere caietul de sarcini”* autoritatea contractantă consideră că este nefondată deoarece ofertantul declarat câștigător Asociera SC .. SA - SC ... SRL, a prezentat pentru piesele de bransare PEID din fontă cu flanșă, Tabelul cu detalii producător și detalii tehnice, producător .., rezultând că produsele sunt confecționate din fontă, conform cerinței din caietul de sarcini.

În final, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că derularea procedurii de achiziție s-a realizat cu deplina respectare a dispozițiilor legale, susținerile contestatorului sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulată de SC ... SRL ca lipsită de interes și nefondată.

Prin adresa nr. 6084/09.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 21696/09.11.2015, Asocierea SC .. SA – SC ... SRL, formulează cerere de intervenție accesorie în favoarea SC ...A, prin care solicită: admiterea, în principiu a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației promovată de SC ... SRL, ca neîntemeiată.

În urma analizării adresei nr. 6084/09.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 21696/09.11.2015, depusă de Asocierea SC ... SA – SC ... SRL, raportat la contestația depusă, Consiliul o califică ca fiind o cerere de intervenție accesorie și o admite în principiu, conform art. 65 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din OUG nr. 34/2006

În susținerea admisibilității cererii de intervenție, Asocierea SC SA – SC ... SRL invocă dispozițiile art. 63 C.proc.civ.

Pe fondul cauzei, raportat la criticile formulate de contestator, intervenientul precizează că oferta sa îndeplinește cerințele tehnice din caietul de sarcini, arătând că piesele de bransare cu flanșă sunt fabricate din fontă, dovadă în acest sens fiind fișa tehnică anexată prezentei, emisă de producătorul ... și nu VIKING JOHNSON, așa cum, în mod eronat, susține contestatorul.

De asemenea, intervenientul apreciază că evaluarea ofertelor s-a făcut conform normelor și legislației în vigoare, nefiind încălcate prevederile caietului de sarcini.

Având în vedere că produsul oferit întrunește cerințele din caietul de sarcini, intervenientul solicită Consiliului, admiterea în principiu, a cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca fiind neîntemeiată. Anexat cererii de intervenție, intervenientul atașează rapoartele fax aferente transmiterii cererii de intervenție, atât către autoritatea contractantă, cât și către contestator.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 21706/09.11.2015, SC ... SRL transmite o solicitare de îndreptare a erorii materiale cuprinsă în contestație ce formulează obiectul prezentului dosar, în sensul că, pe prima pagină, în loc de sintagma: „rezultatul procedurii de atribuire comunicat la data de 12.06.2015”, se va citi: „rezultatul procedurii de atribuire comunicat la data de 29.10.2015”.

Prin adresa nr. 46475/10.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 21819/10.11.2015, autoritatea contractantă confirmă primirea cererii de intervenție formulată de Asocierea SC .. SA – SC ... SRL. De asemenea, precizează că își menține afirmațiile invocate în punctul de vedere nr. 45992/06.11.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 21639/09.11.2015, prin care solicită Consiliului respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca lipsită de interes și nefondată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 21851/11.11.2015, SC ... SRL transmite un punct de vedere prin care își justifică interesul în formularea contestației împotriva rezultatului procedurii de atribuire, prin care oferta depusă de Asocierea SC ... SA – SC ... SRL a fost declarată câștigătoare a procedurii.

Totodată, contestatorul solicită Consiliului respingerea excepției lipsei de interes în formularea contestației, invocată de către autoritatea contractantă. În acest sens, subliniază că potrivit dispozițiilor art. 77 și art. 78 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, orice operator economic interesat, are dreptul de a solicita și obține documentația de atribuire precum și de a solicita clarificări privind această documentație; de asemenea, contestatorul invocă și dispozițiile art. 255 alin. (1) și alin. (2) din același act normativ.

Prin urmare, contestatorul consideră că este îndeplinită condiția existenței interesului în situația în care, urmare admiterii contestației, se poate ajunge la anularea procedurii, fapt care ar permite SC ... SRL să participe la o nouă procedură, cu șanse de a i se atribui contractul de achiziție publică, în cauză.

În ceea ce privește produsele oferite de către asocierea câștigătoare a procedurii, contestatorul susține că pe site-ul Ministerului Sănătății nu se regăsește un aviz sanitar pentru aceste produse, emis pentru asocierea în cauză și de asemenea, nu există nici acord tehnic al acestor produse, cu titular SC ... SRL.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 21896/11.11.2015, SC ... SRL solicită Consiliului respingerea ca nefondată a cererii de intervenție formulată de Asocierea SC ... SA – SC ... SRL.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

SC ...A, a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, organizată în vederea atribuirii acordului cadru, încheiat cu un singur operator economic, pe o perioadă de 1 ani, având ca obiect: „Achiziție fittinguri pentru conducte”, cod CPV: 44163230-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. .../....

Conform cap. II.2.1 din anunțul de participare, valoarea estimată a achiziției este de: 122.390,83 EURO fără TVA. De asemenea, potrivit cap. IV.2.1), din anunțul de participare, criteriu de atribuire ales este: „prețul cel mai scăzut”.

Garanția de bună conduită depusă de către contestator este în valoare de 5430,52 lei.

În conformitate cu prevederile art. 66 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 297 din OUG nr. 34/2006, Consiliul va analiza cererea de intervenție a Asocierea SC ... SA – SC ... SRL împreună cu contestația formulată SC ... SRL.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției lipsei de interes a contestatorului invocată de către autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat.

În soluționarea aceste excepții Consiliul reține următoarele prevederi legale:

- Art. 270 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 „Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente:

a) numele, domiciliul sau reședința contestatorului ori, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul lor și codul unic de înregistrare. În cazul persoanelor juridice se vor indica și persoanele care le reprezintă și în ce calitate;

b) denumirea și sediul autorității contractante;

c) denumirea obiectului contractului de achiziție publică și procedura de atribuire aplicată;

d) obiectul contestației;

d¹) **dovedirea interesului legitim;**

e) motivarea în fapt și în drept a cererii;

f) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil;

g) semnătura părții sau a reprezentantului persoanei juridice”.

Potrivit prevederilor art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 „orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență”.

Față de aceste aspecte coroborat cu alin. (2) din articolul antemenționat rezultă „ipso facto” că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Cu alte cuvinte, procedura administrativ-judiciară nu trebuie să fie pusă în mișcare dacă nu aduce părții un avantaj legal și urmărește doar șicanarea părții adverse.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliul, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestațiilor să aparțină celui care recurge la formularea contestației și să fie născut și actual, deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigiile deja născute.

Astfel nu trebuie confundat interesul legitim al unei persoane vătămate, interes care este definit în cadrul art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, interes care alături de voință, face parte din structura dreptului

subiectiv civil, cu interesul procesual / judiciar, deoarece aceste două categorii de interese sunt determinate și valorificate pe planuri diferite, respectiv dreptul procesual și dreptul substanțial/ material.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că prin declanșarea unei procedurii de soluționare a contestației nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu ale acțiunii de a contesta.

Printr-un demers în justiție trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvagardarea legii în general.

De asemenea, Consiliul reține faptul că în literatura de specialitate se precizează că interesul procesual este actual, în sensul că dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel, rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

Rezultă astfel că, în condițiile în care oferta SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă motivat de faptul că oferta sa financiară depășea valoarea estimată comunicată în anunțul de participare conform art. 36 alin. (1) lit. e) din HG nr. 925/2006, cele două propuneri tehnice depuse în cadrul procedurii fiind considerate conforme, astfel cum a fost reținut în cadrul raportului procedurii nr. 44451/28.10.2015, contestatorul nu ar putea obține niciun folos material și direct din reevaluarea ofertei declarate câștigătoare a procedurii, o eventuală reverificare a ofertei acestuia, nu ar putea să-i producă un folos practic imediat.

Anularea procedurii și participarea contestatorului la o nouă procedură cu șanse de a i se atribui contractul nu poate constitui un motiv real de a dovedi interesul în promovarea acestei contestații motivat de faptul că modul de elaborare a ofertei (care cuprinde propunerea financiară și propunerea tehnică și reprezintă actul juridic prin care operatorii economici își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică conform prevederile art. 3 lit. q) din O.U.G. nr. 34/2006) care în sarcina ofertanților; în speță contestatorul alegând prin propria manifestare de voință de depună o ofertă tehnică corespunzătoare caietului de sarcini al cărui preț a fost stabilit de către ofertant la o valoare de 134.476,33 euro reprezentând 109,88% din valoarea estimată, valoare care a fost adusă la cunoștința contestatorului, aceasta regăsindu-se la cap. II.2.1 din anunțul de participare nr. .../... și care a fost acceptată de către acesta prin necontestarea acesteia în termenul legal.

Riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei (propunerea financiară depășind valoarea estimată cunoscută de la momentul inițierii procedurii de atribuire) potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

În cazul în care cerințele prevăzute în anunțul de participare și fișa de date a achiziției nu erau justificate, sau dacă considera că autoritatea

contractantă a inclus cerințe contradictorii, abuzive, nelegale, neclare sau imposibil de îndeplinit prin raportare la valoarea estimată, sau această valoare nu a fost stabilită corect, operatorii economici interesați puteau solicita, autorității contractante clarificări, în temeiul dispozițiilor art. 78 din OUG nr. 34/2006 sau putea contesta respectivele cerințe în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 256² din același act normativ.

Prin necontestarea în termenul legal a documentației de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici interesați în participarea la procedura de atribuire.

Prin depunerea ofertei, SC ... SRL și-a însușit și acceptat conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și valoarea estimată și caietul de sarcini.

De asemenea legislația în domeniu prevede că în cazul în care o prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul/invitația de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. e) din HG nr. 925/2006, o ofertă inacceptabilă, iar potrivit art. 37 din același act normativ doar *„ofertele care nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 36 sunt singurele oferte care pot fi considerate admisibile. Oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire”*.

Comisia de evaluare are obligația, conform art. 81 din HG nr. 925/2006, de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

Prin urmare nu este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim al contestatoarei ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, așa cum dispune art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, deci contestatoarea nu îndeplinește condiția de parte vătămată, soluția ce ar urma a fi pronunțată referitor la oferta unui terț, neavând deci nici o influență asupra raporturilor dintre contestatoare și autoritatea contractantă.

Prin urmare, în condițiile în care oferta SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, nu se poate vorbi de o eventuală atribuire a contractului de achiziție publică în cauză pe calea contestării ofertei prezentată de aceasta; cu atât mai mult contestatorul în cadrul contestației formulate nu a adus nicio critică cu privire la motivul care a stat la baza respingerii ofertei sale, acceptând acest aspect.

Având în vedere prevederile art. 255 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, este exclusă condiția existenței unui interes actual și direct și totodată a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce contractul nu ar putea fi atribuit

contestatorului din propria culpă (prețul său ofertat a depășit valoarea estimată a procedurii).

Pentru a dispune astfel, s-a luat în considerare și împrejurarea că, chiar dacă contestatorul s-ar prevala de existența unui interes public, dedus din necesitatea respectării dispozițiilor imperative în materia achizițiilor publice, respectiv a principiilor care o guvernează, în cauză devin incidente prevederile art. 8 alin. (11) din Legea nr. 554/2004, invocarea apărării unui interes legitim public fiind permisă numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea acestuia decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

Eventuala anulare a raportului procedurii actual nu ar da contestatorului posibilitatea de a participa din nou la etapa de reevaluare a ofertelor ca urmare a reluării acesteia, motivele referitoare la oferta declarată câștigătoare nefiind de natură să înlăture caracterul de ofertă declarată neconformă datorită faptului că prețul ofertat depășește valoarea estimată a procedurii și să îi asigure accesul la încheierea contractului.

Nici chiar anularea întregii proceduri nu ar asigura accesul contestatorului la încheierea contractului deoarece motivul respingerii ofertei sale a fost depășirea valorii estimate iar autoritatea contractantă nu dispune de posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, iar reluarea procedurii nu va garanta contestatorului că autoritatea contractantă va avea capacitatea de a disponibiliza fonduri suplimentare pentru a majora valoarea estimată a procedurii și că în cadrul noii procedurii vor participa numai ofertanți cu prețuri mai mari decât ale contestatorului. Contestatorul nu poate solicita anularea unei proceduri pe motiv că nu a știut să își elaboreze o ofertă conformă și cu atât mai puțin după aflarea prețurilor unor ofertanți contracandidați; organizarea procedurilor de atribuire nu sunt inițiate de autoritatea contractantă în beneficiul operatorilor economici pentru ca aceștia să consulte piața iar ulterior în cadrul altor proceduri să oferteze prețuri fără susțineri reale în încercarea disperată de a câștiga proceduri.

Mai mult, Consiliului reține și faptul că SC ... SRL nu a respectat nici prevederile art. 270 alin. (1) lit. e) din OUG nr. 34/2006 iar potrivit prevederilor art. 249 c.p.c. *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „*probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*”.

Având în vedere prevederile art. 297 din OUG nr. 34/2006, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului

care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să motiveze și să dovedească care este prejudiciul/vătămarea produsă, care sunt cerințele tehnice pe care ofertantul declarat câștigător – Asocierea SC ... SA – SC ... SRL nu le-a îndeplinit.

Ori, contestatorul s-a limitat la a face simple prezumții/speculații fără însă a argumenta și produce vreo probă care să demonstreze calitatea de persoană vătămată într-un drept sau interes legitim.

Dacă considera faptul că prevederile caietului de sarcini încalcă vreo prevedere legală, contestatorul avea posibilitatea a le contesta în termenul legal, care curge de la momentul publicării acestuia în SEAP, potrivit art. 256² alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În cadrul contestației depuse, contestatorul nu a făcut dovada faptului că autoritatea contractantă, în cadrul acestei proceduri ar fi încălcat vreo prevedere legală care să afecteze procedura și astfel să conducă la anularea acesteia.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) și (5) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă SC ...A iar pe cale de consecință va respinge contestația formulată de SC ... SRL ca fiind lipsită de interes și va admite cererea de intervenție formulată de Asocierea SC ... SA – SC ... SRL.

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006 va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.