



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

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.cnscc.ro

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

## DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare de făină albă de grâu ambalată în pachete unitare de 1 kg, achiziționată de pe piața comunitară din mijloacele financiare puse la dispoziție de Comisia Europeană, în cadrul aplicării Planului European de Ajutoare pentru Persoanele cele mai Defavorizate din România - 2013, coduri CPV 15612100-2 și 60100000-9, cu data de deschidere a ofertelor 08.05.2013, organizată de ... cu sediul în ..., ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea invitației de participare la etapa finală de licitație electronică adresată SC ... SRL, anularea rezultatului procedurii de atribuire, reevaluarea ofertelor și reluarea etapei de licitație electronică, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin decizia nr. ... .../... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingând-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

La 24.07.2013, SC ... SRL, cu sediul în str. ..., CUI ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la ... a adresat Consiliului cererea de intervenție principală nr. 754/24.07.2013, prin care solicită respingerea contestației ... menținerea actualului rezultat al procedurii comunicat de autoritatea

contractantă și constatarea legalității declarării câștigătoare a ofertei SC ... SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

### **DECIDE:**

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ...

În conformitate cu art. 22 alin. (4) și art. 61 alin. (3) C. proc. civ., Consiliul recalifică cererea de intervenție nr. 754/24.07.2013, depusă de SC ... SRL, în cerere de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante, o încuviințează în principiu în baza art. 65 alin. (1) C. proc. civ. și o admite în baza art. 278 alin. (2) din ordonanța de urgență menționată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

### **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... reclamă invitarea de către ... la etapa finală de licitație electronică, aferentă procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, a ofertantei concurente SC ... SRL, precum și atribuirea contractului către aceasta, învederând în motivare că, prin adresa nr. ... autoritatea l-a înștiințat că oferta câștigătoare este cea a SC ... SRL, ocazie cu care a aflat că această societate a fost acceptată și invitată să participe la licitația electronică, deși nu îndeplinea cerințele de calificare.

În prealabil, autoritatea a încălcat prevederile art. 271 alin. (2) din ordonanță, întrucât nu a informat ... despre contestația depusă anterior la Consiliu de către ofertantul SC ... SRL.

La procedură au participat:

- ... cu nouă subcontractanți;
- SC ...SA, care are obiectul de activitate 1061 - cod CAEN;
- SC ... SRL, care nu are obiect de activitate 1061 - cod CAEN

și nici nu a declarat vreun subcontractant.

Până la 12.07.2013, când autoritatea contractantă a comunicat oferta câștigătoare, ... nu a știut care dintre cei doi contraofertanți au fost calificați și invitați la etapa licitației electronice.

Autoritatea contractantă nu a observat că SC ... SRL nu are în obiectul său de activitate codul CAEN 1061, respectiv că nu îndeplinește cerința 2, nota 1, de la cap. III.2.3.a din fișa de date a achiziției. Autoritatea avea obligația de a verifica capacitatea contractanților de a realiza livrarea unei cantități foarte mari de făină, într-un interval de timp foarte scurt (până la 30 septembrie 2013). SC ... SRL nu poate executa contractul în termenul impus prin caietul de sarcini.

În punctul său de vedere nr. 24335/25.07.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 24974/25.07.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că, în urma evaluării inițiale integrale a ofertelor, au fost declarate admisibile ofertele ... și SC ... SRL. După inițierea etapei de licitație electronică, reanalizând documentele ofertei SC ... SRL, comisia de evaluare a considerat că acest ofertant nu a justificat îndeplinirea cerinței de calificare privind resursele tehnice prin care va asigura în cadrul contractului serviciile de transport, drept pentru care a suspendat, la 22.05.2013, etapa de licitație electronică și a transmis SC ... SRL solicitarea nr. 1964/ 22.05.2013, de detaliere a modului de îndeplinire a serviciilor de transport cu utilajele prezentate în ofertă. Împotriva acestei solicitări, ofertantul a formulat contestația nr. 678/24.05.2013, care a fost admisă de către Consiliu și a fost anulată adresa nr. 1964/ 22.05.2013, iar autoritatea obligată să continue procedura de atribuire.

În aceste condiții, la 27.06.2013, ... și SC ... SRL au fost invitați la o nouă etapă de licitație electronică, în urma căreia prețul ofertei SC ... SRL a fost mai scăzut decât al ... motiv pentru care a fost declarată câștigătoare. Comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire au fost transmise la data de 12.07.2013.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei că autoritatea nu i-a transmis contestația anterioară, ea nu este întemeiată, contestația fiind transmisă către ... pe cale electronică, la 24.05.2013, ora 1:23. Mai mult, la 31.05.2013, ... a fost informat de către comisia de evaluare că se prelungește perioada de evaluare

a ofertelor până la emiterea deciziei Consiliului. Așadar, societatea a avut cunoștință de contestația precedentă.

Referitor la descalificarea SC ... SRL întrucât nu are în obiectul de activitate codul CAEN 1061 (deci, nu este producător de făină) și nu a prezentat în ofertă subcontractanți care să aibă în obiectul de activitate codul CAEN 1061, autoritatea arată că, în conformitate cu fișa de date a achiziției, ofertantul trebuia să prezinte certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului, din cuprinsul căruia să reiasă că are incluse în obiectul de activitate principal sau secundar activități similare cu cele solicitate în cadrul acestei proceduri de achiziție publică (furnizare de făină ambalată). SC ... SRL a prezentat în documentele ofertei certificatul constatator nr. 29792/25.04.2013, din care reiese că are obiect secundar de activitate codul CAEN 4639 - Comerț cu ridicata de produse alimentare, băuturi și tutun, ceea ce înseamnă că a îndeplinit cerința de calificare de a avea în obiectul de activitate principal sau secundar activități similare cu cele solicitate în cadrul acestei proceduri de achiziție publică, astfel cum a fost prevăzut și în anunțul de participare. Însuși ... a îndeplinit această cerință de calificare prin codul CAEN 4639. Nu s-a solicitat, ca și cerință de calificare, ca ofertanții să fie producători de făină.

În ceea ce privește resursele tehnice, ofertantul a prezentat documentele solicitate prin fișa de date a achiziției, iar cerința a fost considerată îndeplinită de către comisia de evaluare a ofertei, sens în care este și decizia Consiliului nr. ...

Declararea ofertei câștigătoare s-a realizat cu respectarea prevederilor legale privind achizițiile publice, iar contestația este neîntemeiată.

SC ... SRL a depus la Consiliu cererea de intervenție principală nr. 754/24.07.2013, prin care solicită respingerea contestației ... menținerea actualului rezultat al procedurii comunicat de autoritatea contractantă și constatarea legalității declarării câștigătoare a ofertei SC ... SRL.

După expunerea istoricului licitației și a interesului societății în formularea cererii de intervenție se arată că, întrucât criticile ... vizează admisibilitatea ofertei intervenientei, raportat la data la care contestatoarea a luat cunoștința de admiterea acestei oferte, contestația este tardivă. În etapa finală de licitație electronică ofertanții pot vedea cea mai bună ofertă de pret și numărul de participanți înscriși la licitație, rezultând că ... știa despre participarea unui alt ofertant. Întrucât licitația electronică a pornit de la prețul 2.138,93 lei, ofertat de SC ... SRL, însemna că acesta a participat la respectiva licitație, aspect cunoscut încă din 22.05.2013. Mai mult, la 25.06.2013, autoritatea a publicat în SEAP decizia Consiliului nr. ... prin care s-a admis contestația SC ... SRL.

Admisibilitatea ofertei a fost confirmata prin decizia Consiliului, de care ... a avut cunostinta. Prin urmare, intrucat această societate a luat cunostinta de declararea admisibilă a ofertei SC ... SRL anterior datei de 12.07.2013, respectiv cel mai tarziu la data de 01.07.2013, data inceperii licitatiei electronice, se impune respingerea contestatiei formulate la ... ca tardiva.

Pe fond, se afirmă că documentatia de atribuire nu a impus prezentarea unei liste cu subcontractanti, decât dacă existau astfel de subcontractanți ("daca este cazul, se va prezenta lista cuprinzand subcontractantii"). După cum a evidențiat și Curtea de Apel ... în decizia civila nr. 293 din 1 februarie 2010, "in ceea ce priveste fisa cu subcontractanti, Consiliul a retinut in mod corect ca in lipsa intenției de a subcontracta nu se poate impune depunerea unei liste cu subcontractanti. Dispozitiile din fisa de date a achizitiei trebuie interpretate intr-un sens rational, respectiv in sensul ca doar societatile care intentioneaza sa subcontracteze au obligatia de a depune o lista cu subcontractanti [...]".

La cap. III.2.1.b) - Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, din fisa de date a achizitiei, s-a solicitat "certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comertului [...] din cuprinsul acestuia trebuie sa reiasa ca ofertantul are ca obiect de activitate principal sau secundar activitati similare cu cele solicitate in cadrul acestei proceduri de achizitie publica". Intrucat contractul are ca obiect furnizarea de faina alba achizitionata de pe piata comunitara, este indubitabil ca prezentarea de catre SC ... SRL a certificatului constatator conform caruia din activitatile secundare ale firmei fac parte si activitatile de comert cu ridicata demonstreaza intru totul indeplinirea criteriului de calificare.

Referirile contestatoarei la codul CAEN 1061 - fabricarea produselor de morarit - sunt lipsite de relevanta cata vreme obiectul contractului de achizitie publica il constituie furnizarea, iar nu productia de faina alba.

În ceea ce privește indeplinirea cerintei de resurse tehnice din fisa de date a achizitiei, cap. III.2.3.a) - Capacitatea tehnica si/sau profesionala, ea a fost confirmată și prin decizia Consiliului nr. ... De altminteri, critica adusă de contestatoare este și lipsită de temeinicie.

La 31.07.2013, ulterior consultării dosarului cauzei, SC ... SRL a înaintat Consiliului precizările nr. 756/30.07.2013, prin care explică pe larg calitatea de cerere de intervenție principală a demersului său, pe care îl consideră admisibil, iar doar în subsidiar el poate fi recalificat drept cerere de intervenție accesorie.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că,

prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 26.03.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea achiziționării unei cantități de cel puțin 30.000 tone de făină albă de grâu, ambalată în pachete unitare de 1 kg, estimată valoric la 64.275.343,71 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 26.03.2013, alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și ... a cărui ofertă, în urma derulării licitației electronice, a fost clasată pe locul secund, câștigătoare fiind desemnată oferta SC ... SRL, cu prețul mai scăzut. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării excepției tardivității ei de către intervenienta SC ... SRL, raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția. Însă, la ordine, anterioară analizării excepției, este necesară determinarea admisibilității în principiu a cererii în cuprinsul căreia a fost invocată, respectiv a cererii de intervenție principală depusă de societatea contestatoare ... SRL. Astfel fiind, Consiliul ia act că această societate, care are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare a licitației, își califică demersul drept cerere de intervenție principală, însă nu aceasta este calificarea corectă, împrejurare în care organul jurisdicțional nu o poate considera astfel, după cum urmează a se demonstra.

Oricine are interes poate interveni în pricina aflată pe rolul Consiliului, în care se confruntă contestatorul și autoritatea contractantă, mai cu seamă ofertanții declarați câștigători.

Potrivit art. 61 alin. (2) C. proc. civ., intervenția este în interes propriu când cel care intervine pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Tocmai de aceea, intervenția în interes propriu este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată [art. 62 alin. (1) C. proc. civ.], având natura juridică a acesteia, și se îndreaptă împotriva ambelor părți inițiale din proces, contestator și autoritate contractantă, în cazul de referință.

Terțul ar avea posibilitatea să își formuleze pretenția și pe cale separată, declanșând un proces în care să aibă calitatea de reclamant (care să se conexeze cu cel pornit anterior), dar se adresează Consiliului în această modalitate, printr-o cerere incidentală. Intervenientul principal nu poate avea în procesul în care a intervenit decât calitatea de reclamant.

Cererea de intervenție principală (astfel calificată și denumită de SC ... SRL) fiind o cerere principală, spre deosebire de intervenția accesorie, care are natura juridică a unei simple apărări, este socotită drept o cerere de chemare în judecată propriu-zisă, intervenientul putând să își valorifice dreptul litigios propriu împotriva părților și pe cale de acțiune principală (Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, decizia nr. 505 din 6 iulie 1995). Pentru exercitarea intervenției principale este necesară îndeplinirea aceluiași condiții ca și pentru acțiunea civilă. Intervenientul dobândind o poziție procesuală similară cu a unui reclamant, pentru admiterea în principiu a cererii sale se impun a fi îndeplinite atât condițiile de admisibilitate prevăzute pentru cererea de intervenție de art. 61 și 62 C. proc. civ, cât și termenele și condițiile de admisibilitate ale acțiunii în contenciosul achizițiilor publice.

Cererea de intervenție principală poate fi disjunctă de cererea introductivă, pentru a fi judecată separat, când judecarea cererii introductive ar fi întârziată de intervenția în interes propriu (art. 66 C. proc. civ.).

Ținând seama de aceste explicații, ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își prezerve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esența intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

Ceea ce separă intervenientul principal de cel accesoriu este că el are o pretenție individuală proprie separată de aceea a intervenientului accesoriu și a autorității. În speță, este lesne de observat că pledoaria intervenientului SC ... SRL se suprapune celei a autorității contractante, fiindcă interesul ambilor este de a obține respingerea contestației și confirmarea legalității actului autorității de atribuire a contractului. Tratarea separată a susținerilor intervenientei de cele ale autorității contractante este, teoretic, imposibilă, în condițiile în care certificarea legalității poziției de ofertant câștigător este dată tocmai de validarea actului autorității contractante, pe care aceasta și-l apără. Actul vătămător care se examinează în cauză este hotărârea autorității contractante de desemnare a ofertantului câștigător, iar atacarea lui de către acesta din urmă, printr-o intervenție (acțiune) principală, nu are logică,

pentru el nefiind vătămător, ci dimpotrivă, impunându-se a fi păstrat. SC ... SRL trebuia să își construiască defensivă prin intermediul unei căi juridice corespunzătoare – de apărare, nu de atac.

Obiectul cererii de intervenție în litigiul de față, respectiv solicitarea de respingere a contestației și menținerea actelor autorității, este identic cu obiectul exprimat de aceasta din urmă în punctul său de vedere. SC ... SRL nu cere altceva decât ce solicită și autoritatea, ceea ce duce la concluzia că intervenția sa este doar pentru sprijinirea acesteia, iar nu pentru realizarea unei pretenții proprii. Neexistând o pretenție proprie, ofertantului nu îi poate reveni decât calitatea de intervenient accesoriu, în favoarea autorității contractante. Teoria pe care o încearcă societatea în precizările nr. 756/30.07.2013 nu îi servește, deoarece este fundamentată pe noțiunea de pretenție ("pretinde un drept"), care, însă, se remarcă prin absența ei din cuprinsul cererii în discuție, eminentă defensivă, în scop de apărare a prezentului rezultat al licitației. De bună seamă că, în ipoteza în care SC ... SRL ar fi clamat excluderea de la licitație a concurenței sale contestatoare ori anularea unui act vătămător al autorității, adică ar fi exprimat o pretenție proprie, se putea valida calificarea dată cererii. Dar, însăși intervenienta subliniază că nu are intenția de a contesta rezultatul licitației. În acest sens, este observabil că, la solicitarea expresă a Consiliului de a se conforma la art. 62 alin. (1) C. proc. civ. ("cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată"), coroborat cu art. 270 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, societatea a dat un răspuns negativ – nu există un act vătămător al autorității pe care să îl atace și nici nu prezintă o pretenție proprie împotriva autorității, elemente de esență cererii de intervenție principală.

O eventuală justificare a intervenientei că, altminteri, nu ar putea să atace decizie potrivnică ei ce va fi dată de Consiliu, este eronată în actualul context legislativ. Grație reformulării art. 281 alin. (1) din ordonanță, prin intermediul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 77/2012, sancțiunea prescrisă de art. 67 alin. (4) C. proc. civ. nu mai este incidentă, acum având legitimare procesuală activă în calea de atac a plângerii orice persoană vătămată, adică inclusiv intervenientii accesorii – *"Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată, în sensul art. 255 alin. (2), cu plângere la instanța judecătorească prevăzută la art. 283 alin. (1), în termen de 10 zile de la comunicare, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie."*

Deși SC ... SRL își declară cererea ca fiind una de intervenție principală, din parcurgerea cuprinsului ei se vedește încadrarea



greșită, fiind doar de sprijinire a poziției și apărării autorității contractante, fără nicio pretenție proprie suplimentară acesteia. În virtutea rolului său activ, Consiliul îi poate recalifica în mod corespunzător cererea de intervenție greșit denumită. Astfel fiind, în conformitate cu art. 22 alin. (4) și art. 61 alin. (3) C. proc. civ., Consiliul recalifică cererea de intervenție principală nr. 754/24.07.2013, depusă de SC ... SRL, în cerere de intervenție voluntară accesorie, în favoarea autorității contractante, și o va trata ca atare. În subsidiar, chiar intervenienta solicită recalificarea cererii sale.

În ceea ce privește argumentul de practică a Consiliului (și a instanțelor de judecată), trebuie remarcat că ea nu constituie izvor de drept în România și, în consecință, nu poate fundamenta în mod exclusiv adoptarea unei anumite soluții. Consiliul, cu referire la deciziile sale anterioare invocate în sprijinul său de intervenientă, stabilește că acestea sunt relative la pricinile judecate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens. Potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele Regulamentului de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 1037/2011, care statuează la art. 26 alin. (2): "Completul de soluționare a contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii", iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Peste acestea, la o cercetare serioasă a jurisprudenței Consiliului, SC ... SRL putea descoperi numeroase decizii prin care atât Consiliul, în litigiile de achiziții publice, au recurs la recalificarea cererilor de intervenție, asemenea curților de apel, din a căror practică evocăm exemplificativ următoarele:

În decizia civilă nr. 2760 din 28 iunie 2012, Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat: "*Intervenția formulată în cauză este, evident, în interesul autorității contractante, interesul ambelor fiind acela de respingere a contestației și, astfel, să rămână în vigoare raportul de atribuire a contractului. Practic, obiectul cererii de intervenție formulată la Consiliu este același cu punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă în fața aceluiași Consiliu. Prin urmare, ofertantul [câștigător] în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică nu poate avea calitatea decât de intervenient accesoriu în favoarea autorității contractante, astfel cum în mod corect a reținut și Consiliul.*"

Aceeași instanță, în decizia civilă nr. 1799 din 22 aprilie 2013, a consemnat: "*Împrejurarea că ofertantul câștigător nu a fost parte*

*În procedura desfășurată în fața Consiliului nu îl lipsește de dreptul de a ataca în instanța de contencios administrativ decizia Consiliului, care a produs efecte juridice și față de el, dispunându-se anularea parțială a raportului procedurii și a actelor subsecvente, precum și reluarea procedurii de atribuire pentru lotul 3, prin stabilirea ofertei câștigătoare dintre cele admisibile, conform criteriului de atribuire stabilit în documentația de atribuire și în conformitate cu motivarea deciziei. Mai mult, nu se poate imputa petentei necontestarea procedurii de atribuire al cărei câștigător fusese, pentru că aceasta ar însemna adoptarea poziției de parte vătămată, ceea ce nu este cazul, singura posibilitate de a interveni în fața Consiliului fiind aceea de intervenient accesoriu în favoarea autorității contractante."*

Cererea prin care ofertanta câștigătoare nu emite pretenții proprii, ci solicită respingerea ca nefondate a contestațiilor și menținerea ca legale și temeinice a actelor autorității contractante, constituie o cerere de intervenție accesorie, nu principală – decizia nr. 771 din 30 ianuarie 2013 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal. Exemplele pot continua și cu alte soluții la fel de recente, însă în contra surprinderii pe care o manifestă intervenienta.

Finalmente, văzând că societatea amintită, ca ofertantă declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii de intervenție accesorie, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ. Consiliul o încuviințează în principiu.

În aceste condiții, se poate trece la cercetarea excepției ridicate de intervenientă, respectiv a verificării depunerii contestației în termenul legal de zece zile.

Din parcurgerea contestației reiese că ... este nemulțumită și se plânge de acceptarea la etapa finală de licitație electronică a SC ... SRL, pe de o parte, iar pe de altă parte, de atribuirea contractului către aceasta. În ceea ce privește momentul la care contestatoarea a luat cunoștință despre acceptarea SC ... SRL, pledoaria intervenientei este că, deși ... nu a fost informată în acest sens, ea ar fi trebuit să deducă încă de la data începerii etapei finale despre respectiva acceptare și că va concura împotriva SC ... SRL. Această teză nu poate fi îmbrățișată de Consiliu, dat fiind că, indiferent dacă existența unui act vătămător al autorității contractante poate fi construită pe cale de deducții, în absența comunicării lui către persoana interesată, actul respectiv nu îi este opozabil. În speță, nefiindu-i comunicată de către autoritate invitația de acceptare la licitația electronică a SC ... SRL, ... nu a cunoscut când a fost emisă această invitație și ce cuprinde ea, pentru a o putea ataca în cunoștință. Deși putea presupune că va concura împotriva SC ...

SRL, ... nu putea ataca un act necomunicat ei, pe baza unei simple presupunerii a existenței lui.

Conform art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. a) din ordonanță, persoana vătămată poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, "în condițiile prezentei ordonanțe de urgență", despre un act al autorității contractante considerat nelegal. ... nu a luat la cunoștință în condițiile ordonanței despre acceptarea la etapa de licitație electronică a SC ... SRL decât la 12.07.2013, când a primit de la autoritate comunicarea rezultatului licitației electronice și al procedurii de atribuire.

De altminteri, în interpretarea pe care o avansează intervenienta s-ar ajunge la concluzia de neacceptat că ofertantul vătămat printr-un act al autorității anterior licitației electronice, necomunicat lui, nu ar mai avea dreptul să îl conteste după desfășurarea licitației electronice, pe considerentul că trebuia să bănuiască existența și conținutul respectivului act. De bună seamă că o astfel de interpretare este incompatibilă cu art. 255 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, dar și cu art. 21 din Constituție, întrucât i-ar nega persoanei care se consideră vătămată dreptul de a ataca la o instanță actul vătămător adoptat de autoritatea contractantă într-o etapă premergătoare.

Tardivitatea nu se prezumă, după cum nu se prezumă nici luarea la cunoștință a actului vătămător în absența comunicării lui. La dosarul cauzei nu există nicio dovadă că ... ar fi înștiințat ... despre invitarea la licitația electronică a SC ... SRL, anterior finalizării acesteia, ci dimpotrivă. Astfel stând lucrurile, concluzia este că ... a cunoscut despre actul de invitare abia la data comunicării rezultatului licitației, adică la 12.07.2013, dată care reprezintă data la care se va raporta și de la care începe să curgă termenul legal de depunere a contestației.

Întrucât contestația ... a fost depusă atât către Consiliu, cât și către autoritatea contractantă, la ... conform dovezilor existente la dosar, rezultă că ea a fost depusă în termenul legal, atât față de actul de invitare a SC ... SRL, cât și față de actul de comunicare a rezultatului procedurii (nr. ... situație în care se respinge ca nefondată excepția tardivității ridicată de intervenienta accesorie.

Asupra obiecției petentei precum că autoritatea contractantă nu a informat-o despre formularea contestației SC ... SRL nr. 678/23.05.2013, care a fost admisă prin decizia Consiliului nr. ... la dosarul cauzei există depusă o înștiințare în acest sens transmisă de autoritatea contractantă către ... la 24.05.2013, la adresa de email: aurelpopescu@rompan.ro. În ipoteza în care nu ar fi primit înștiințarea, ce avea atașată copia contestației SC ... SRL, ... putea

să o solicite încă din 31.05.2013, când autoritatea i-a pus în vedere prelungirea perioadei de evaluare a ofertelor până la emiterea deciziei Consiliului asupra contestației. De asemenea, ... a aflat despre decizia Consiliului, de soluționare a contestației SC ... SRL, inclusiv din invitația de participare nr. 2475/27.06.2013, dar și din postarea în SEAP a deciziei Consiliului de către autoritate la 25.06.2013, alături de anunțul de participare.

Obiecția pe care o ridică acum ... se vedește a fi tendențioasă, întrucât ea nu a fost formulată cu prilejul informărilor primite de la autoritatea contractantă că există pe rolul Consiliului o contestație, ci numai după ce a aflat că SC ... SRL a fost declarată câștigătoare. Nimic nu a oprit prezenta contestatoare să iasă din pasivitate și să solicite informații suplimentare autorității, dacă știa despre existența unei contestații, după cum s-a văzut mai sus. Dar, cu siguranță că prezenta obiecție nu ar fi existat dacă oferta ... era declarată câștigătoare.

Relativ la neîndeplinirea de către SC ... SRL a cerințelor de calificare, sunt de reținut următoarele prevederi din fișa de date a achiziției, asupra cărora nu pot fi emise pretenții sau critici:

*"III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale*

*Certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comertului de pe lângă Tribunalul Teritorial. [...] din cuprinsul acestuia trebuie sa reiasa ca ofertantul are ca obiect de activitate principal sau secundar activitati similare cu cele solicitate în cadrul acestei proceduri de achizitie publica".*

Autoritatea contractantă nu a precizat care anume sunt activitățile similare cărora trebuie să le corespundă obiectul de activitate al ofertantului, contrar normelor art. 33 alin. (1) din ordonanță, conform cărora avea obligația de a "preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare *completă, corectă și explicită* cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire". Însă, contractul de achiziție publică supus licitației, pentru care a autoritatea nu a identificat niciun cod CAEN, privește activități de furnizare de alimente, cărora le corespund diverse coduri CAEN, între care și cel cu numărul 4639 – comerț cu ridicata nespecializat de produse alimentare, cod care figurează între activitățile secundare ale SC ... SRL, potrivit certificatului său constatator.

Actele normative privind activitatea de comerț pe teritoriul României (Codul civil, Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la

autorizarea funcționării persoanelor juridice șamd) conferă agenților economici dreptul de a efectua acte și fapte de comerț în baza actului de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului. SC ... SRL, având cuprinse în certificatul său de înregistrare codurile CAEN 4639 - *Comerț cu ridicata nespecializat de produse alimentare, băuturi și tutun* - și 4617 - *Intermedieri în comerțul cu produse alimentare, băuturi și tutun* -, are dreptul recunoscut legal prin actul Oficiului Registrului Comerțului de a realiza acte de comercializare a produselor alimentare, în rândul cărora se încadrează și făina. Mai mult, la modul cum este redactată cerința autorității, este obligatoriu ca ofertanții să aibă în obiectul de activitate principal sau secundar activități similare, deci nu identice cu cele supuse achiziției. Cu alte cuvinte, nu numai activități de comercializare a făinii, ci a oricărui fel de produs alimentar care să presupună ambalare, inclusiv a produselor lactate și a brânzeturilor. Chiar autoritatea, în clarificarea la documentație nr. 11704/ 05.04.2013, a precizat că experiența similară se consideră dovedită prin livrări anterioare de [orice fel] de produse alimentare ambalate în pachete unitare.

După cum judicios au remarcat autoritatea contractantă și intervenienta, referirile contestatoarei la codul CAEN 1061 - *Fabricarea produselor de morărit* - sunt lipsite de relevanță, câtă vreme obiectul contractului de achiziție publică îl constituie furnizarea de făină, iar nu producția de făină. În documentația de atribuire nu apare cerința de calificare ca ofertanții să fie producători de făină, cum pretinde contestatoarea. În consecință, ofertanta în discuție, prin prezentarea certificatului constatator cerut, conform căruia are în obiectul de activitate comerțul cu alimente, a îndeplinit condiția impusă de autoritate, context în care ea nu putea fi respinsă pe acest considerent.

Este subînțeles că autoritatea nu își poate întemeia decizia de respingere a unei oferte pe eventuala lipsă a unor documente de calificare care nu au fost cerute ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație. În baza art. 34 alin. (1), art. 37 alin. (2), art. 72 alin. (2) lit. b) și art. 82 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

- comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, de către fiecare ofertant în parte;

- oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire;

- comisia de evaluare are obligația de a aplica criteriul de atribuire, astfel cum a fost prevăzut în documentația de atribuire, și stabili oferta câștigătoare.

În aceeași direcție, art. 200 din ordonanță dispune că autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse.

Din cele evocate este evident că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele de calificare din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate).

Actul prezentat de SC ... SRL este valabil, produce efecte juridice și trebuie recunoscut de autoritate. În consecință, subcontractarea pe care o pretinde contestatoarea nu se impunea. Pe de altă parte, subcontractarea reprezintă un drept pe care îl au ofertanții, iar nu o obligație, potrivit art. 45 alin. (1) din ordonanță.

Mai mult, cerința deținerii unui anumit cod CAEN, cerință privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, nici nu ar putea fi îndeplinită prin subcontractanți, sens în care dispune și Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare.

Faptul că SC ... SRL achiziționează făina de grâu de la alte societăți comerciale nu transformă respectivele societăți în subcontractanți ai ofertantului. Este evident că un ofertant din România distribuitor de echipamente IT nu trebuie să își declare drept subcontractanți producătorii din China sau alte țări ai echipamentelor pe care le comercializează, după cum nici un dealer auto din România care participă la licitații nu își ia ca subcontractant producătorul autovehiculului. Exemplul este cu atât mai relevant în cazul achizițiilor publice care implică numeroase componente - dacă un agent economic este furnizorul unei game largi de produse (diverse alimente, alte bunuri de consum), de pildă un hipermarket, nu înseamnă că el nu poate fi ofertant decât dacă își declară drept subcontractanți zecile de furnizori de la care cumpără produsele. Sau, la un contract de construcție a unui imobil, antreprenorul ofertant nu are obligația de a participa la licitație având ca subcontractanți furnizorii de beton, de armături, de instalații electrice, de vopsele, de șuruburi, de lămpi de iluminat, de instalații sanitare etc.

Din tot acest ansamblu se desprinde concluzia că evaluarea ofertei SC ... SRL, din perspectiva respectării cerinței de la cap. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției, nu a înregistrat abateri de la cadrul legal.

În legătură cu verificarea capacității SC ... SRL prin prisma cerinței: *"Cerinta nr. 2: Resurse tehnice. Se solicita prezentarea unei declaratii referitoare la echipamentele tehnice si la masurile aplicate în vederea asigurarii calitatii pentru furnizare. Pentru serviciile de transport se vor prezenta informatii referitoare la utilajele,echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzatoare a contractului (motostivuitoare, autocamioane acoperite etc.)."*

*Nota 1: Autoritatea contractanta își rezerva dreptul de a verifica înainte de atribuire, utilajele declarate de ofertantul clasat pe primul loc."*

nimic din cele evocate de contestatoare nu conduce la concluzia că SC ... SRL nu ar avea capacitatea de a realiza livrarea cantității de făină asumată până la 30.09.2013, acuzația contestatoarei fiind bazată pe simple speculații. Contestatoarea nu argumentează în concret și nici nu produce în fața Consiliului vreun mijloc de probă concludent din care să reiasă că oferta concurenței sale nu respectă cerința reprodusă ori imposibilitatea SC ... SRL de a îndeplini obligațiile contractuale în forma în care și le-a asumat prin oferta depusă. Drept asigurare a bunei execuții a contractului, ofertanta câștigătoare este ținută să prezinte autorității contractante o garanție de bună execuție, pe care cea din urmă o poate oricând executa dacă apreciază că societatea contractantă nu își respectă obligațiile contractuale, inclusiv cea de executare la termen a livrărilor (separat de penalitățile aferente).

Nu trebuie scăpat din vedere că SC ... SRL are o experiență vastă în livrarea de produse alimentare ambalate, după cum rezultă din lista contractelor executate până în prezent, în cantități de ordinul miilor de tone, inclusiv cu ... Un comerciant care a furnizat anterior fără incidente mai multe mii de tone de produse alimentare este de presupus că are capacitatea de a livra la fel de bine și 30.000 tone de făină.

Cu certitudine că, dacă la momentul începerii livrărilor, se constată că ofertanta nu poate să își execute obligațiile cu echipamentele declarate, va suporta toate consecințele de rigoare, inclusiv eventuala reziliere a contractului cu plata de despăgubiri, precum și cercetarea sub aspectul săvârșirii infracțiunii de înșelăciune, în condițiile art. 215 alin. 3 C. pen. (inducerea sau menținerea în eroare a unei persoane, cu prilejul încheierii sau executării unui contract, săvârșită în așa fel încât fără această eroare cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate, se sancționează cu pedeapsa prevăzută în alineatele precedente, după distincțiile acolo arătate).

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin.

(2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatoarea nu reușește să probeze dincolo de orice îndoială că ofertanta câștigătoare nu ar dispune de resursele necesare bunei execuții a contractului ori că aceste resurse nu ar corespunde realității. De altminteri, contestatoarea nici nu s-a preocupat să afle care sunt actele care formează conținutul ofertei declarate câștigătoare, context în care nu poate avea cunoștință de resursele pe care se bazează aceasta. Așadar, acuzațiile contestatoarei se bazează pe simple deducții și speculații, autoarea lor neavând cunoștință de elementele concrete ale ofertei depuse de firma câștigătoare.

În pofida afirmației sale că autoritatea contractantă nu a verificat îndeplinirea cerinței de calificare în discuție, din actele de la dosar (raportul procedurii), dar și din decizia Consiliului nr. ... se poate observa că, în realitate, comisia evaluatorie însărcinată de ... să aprecieze în numele său ofertele depuse a analizat cu atenție îndeplinirea cerințelor de calificare de către societatea în discuție, ajungând la concluzia că ofertantul le îndeplinește, respectiv că resursele declarate îi permit realizarea contractului în parametri impuși.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că nu există motive pentru anularea invitării la etapa de licitație electronică a SC ... SRL, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii sau pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ...

Totodată, față de cele stabilite mai sus, în baza art. 278 alin. (2) din ordonanță, Consiliul va admite cererea de intervenție accesorie nr. 754/24.07.2013, depusă de SC ... SRL.

Redactată în cinci exemplare, conține șaptesprezece pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

...