

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 70630/27.12.2023, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin președintele Consiliului de Administrație și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, împotriva adresei nr. 1362/15.12.2023 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, a raportului/rapoartelor intermediar/e întocmit/e după întocmirea raportului intermediar ca urmare a finalizării propunerilor tehnice și raportului final al procedurii de atribuire, potrivit căroră oferta depusă de, prin lider, a fost declarată admisibilă și câștigătoare, a tuturor proceselor-verbale ce au stat la baza rapoartelor intermediare contestate în cadrul prezentului dosar, precum și împotriva tuturor actelor subsecvente acestora, emise de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului de servicii având ca obiect, s-au solicitat, în referire la **lotul 2**, următoarele:

1. Constatarea nelegalității refuzului autorității contractante de a-i permite accesul la documentele emise în ultima fază a procedurii de atribuire (evaluarea propunerii financiare a asocierii, evaluarea corelării dintre propunerea tehnică și propunerea financiară, aplicarea criteriilor de atribuire) și prin urmare:

1.1. În principal, anularea pentru acest motiv a raportului procedurii și a raportului/rapoartelor intermediar/e contestate în prezenta cauza, cu efectul obligării autorității contractante la recomunicarea rezultatului procedurii, acordării ofertantului a accesului la actele solicitate și repunerii implicite a acestui ofertant în termenul de contestare după ce se pun la dispoziție de către autoritatea

contractantă documentele solicitate în vederea formulării complete a contestației în termenul legal;

1.2. În subsidiar, acordarea accesului la dosarul concesiunii și la oferta declarată admisibilă și câștigătoare și repunerea în termenul de motivare completă a contestației, în baza art. 186 C.proc.civ., coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016;

2. Anularea tuturor actelor contestate emise de autoritatea contractantă supuse contestării prin prezenta contestație, cu distincțiile arătate în continuare;

3. Obligarea autorității contractante la evaluarea/reevaluarea ofertelor conform prevederilor legale incidente și considerentelor deciziei ce urmează a fi pronunțată în soluționarea prezentei contestații, inclusiv dacă este cazul cu consecința anulării procedurii, conform art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 89 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 29/08.01.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 1153/09.01.2024, ..., lider al asocierii -, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub numărul, având CIF RO....., reprezentată legal prin - director general, a solicitat următoarele:

1. Suspendarea procedurii de soluționare a contestației până la soluționarea plângerii care face obiectul dosarului nr. aflat pe rolul Curții de Apel

2. Admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației și, pe cale de consecință, menținerea deciziilor luate de autoritatea contractantă și a actelor întocmite de aceasta pe parcursul evaluării propunerii financiare a și de declarare a ofertei sale drept câștigătoare a procedurii de atribuire.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, îndreptată de împotriva adresei nr. 1362/15.12.2023 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, a raportului/rapoartelor intermediar/e întocmit/e după întocmirea raportului intermediar ca urmare a finalizării propunerilor tehnice și raportului final al procedurii de atribuire, potrivit cărora oferta depusă de, prin lider a fost declarată admisibilă și câștigătoare, a tuturor procesele-verbale ce au stat la baza rapoartelor intermediare contestate în cadrul prezentului dosar, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora,

emise de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate, în referire la **lotul 2**.

În cuprinsul contestației, ... face un scurt istoric al procedurii criticând refuzul autorității contractante de a-i permite accesul la documentele emise în ultimele faze ale procedurii de atribuire.

De asemenea, aduce critici și cu privire la raportul intermediar la finalizarea evaluării propunerilor financiare, respectiv cu privire la corelarea dintre propunerea tehnică și propunerea financiară.

În ceea ce privește oferta depusă de asocierea, contestatorul apreciază că aceasta este neconformă, potrivit art. 89 alin. (3) lit. a) și c) din HG nr. 867/2017, coroborat cu art. 93 alin. (3) din Legea nr. 100/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie documente.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 29/08.01.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 1153/09.01.2024, ..., lider al asocierii - a solicitat următoarele:

1. Suspendarea procedurii de soluționare a contestației până la soluționarea plângerii care face obiectul dosarului nr. aflat pe rolul Curții de Apel

2. Admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației și, pe cale de consecință, menținerea deciziilor luate de autoritatea contractantă și a actelor întocmite de aceasta pe parcursul evaluării propunerii financiare a și de declarare a ofertei sale drept câștigătoare a procedurii de atribuire.

În cuprinsul cererii de intervenție, ... solicită Consiliului respingerea contestației, ca tardivă, lipsită de interes și, în subsidiar, ca neîntemeiată.

Cu privire la excepția tardivității, invocând art. 16 alin. 91) din Legea nr. 101/2016, intervenientul arată că, deși aparent critică rezultatul evaluării financiare, ... se referă la faza de evaluare a propunerilor tehnice ori la faze anterioare acesteia, astfel că solicită Consiliului să se pronunțe cu prioritate asupra acestei excepții, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la excepția lipsei de interes, intervenientul menționează că a fost exclusă din procedură, oferta sa fiind respinsă ca inacceptabilă și neconformă încă de la faza de evaluare a propunerilor tehnice, iar această decizie a autorității contractante a fost confirmată de CNSC prin Decizia nr. În aceste condiții, înțelege să invoce excepția lipsei de interes în formularea contestației ce face obiectul prezentului dosar, solicitând CNSC să se pronunțe cu prioritate asupra acestei excepții, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 8386/09.02.2024, ..., în calitate de autoritate contractantă, face un scurt istoric al procedurii, arătând următoarele:

Adresa nr. 1126/10.10.2023, împreună cu raportul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertei tehnice și a actelor care au stat la baza lor, au fost contestate în dosarul nr. 2982/2023, dosar soluționat prin Decizia nr. prin care Consiliul a respins contestația ca nefondată, menținând actele emise de autoritatea contractantă. Împotriva acestei decizii a formulat plângere în fața Curții de Apel, înregistrată sub nr. de dosar

La data de 06.02.2024, după cum se arată, Curtea de Apel a respins plângerea formulată de, fapt care validează adresa nr. 1126/10.10.2023 prin care oferta a fost declarată inacceptabilă și neconformă, ceea ce consolidează excluderea definitivă a acestuia din procedura de atribuire.

Având în vedere cele de mai sus, ... solicită Consiliului să constate faptul că, prin respingerea plângerii împotriva Deciziei CNSC nr., societatea este exclusă în mod definitiv din procedura de atribuire.

Astfel, invocă excepția lipsei de interes a operatorului în promovarea prezentei contestații, acesta nemai având calitatea de persoană vătămată potrivit art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Ofertantul nu îndeplinește condițiile cumulative pentru a avea calitatea de persoană vătămată în accepțiunea dispozițiilor Legii nr. 101/2016, având în vedere că oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă, demersul acesteia fiind lipsit de interes.

În concluzie, în temeiul art. 26 alin. (1) și alin. (6), ... solicită Consiliului respingerea contestației formulată de ca lipsită de interes.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri aflate la dosarul achiziției publice, emise după ultima decizie a Consiliului.

Prin adresa nr. 433/19.02.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 10312/19.02.2024, ... a precizat că renunță la solicitarea de studiu a dosarului în cauză.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. 10986/21.02.2024, ... a depus concluzii scrise prin care, reiterând obiectul contestației, arată că nu i s-a comunicat un rezultat al evaluării pe parte financiară (oferta sa fiind respinsă în cadrul evaluării propunerilor tehnice), singura comunicare a rezultatului etapei de evaluare financiară fiind comunicată ofertantului câștigător cu nr. 1283/27.11.2023.

Or, raportat la data comunicării rezultatului final al procedurii, 15.12.2023, dată la care a luat cunoștință că oferta Asocierii a trecut de etapa de evaluare financiară și a corelării între propunerea tehnică și cea financiară, și luând în considerare capetele de cerere din contestație, termenul de formulare a acesteia s-ar fi împlinit la 25.12.2023, zi liberă, prorogându-se astfel până la 27.12.2023, dată la care a și fost formulată contestația.

Sub un al doilea aspect, contestatorul arată că printre documentele transmise la dosar de autoritatea contractantă nu se regăsesc cele aferente etapei de evaluare a propunerii financiare și a corelării între propunerea tehnică și cea financiară, cu excepția adresei nr. 1283/27.11.2023 de comunicare a rezultatului etapei de evaluare financiară și solicitare documente justificative.

Solicitând obligarea autorității contractante la a transmite toate documentele etapei de evaluare financiară, contestatorul precizează că *Obligația de trasare a limitele și distincțiilor între cele două tipuri de comunicare este cu atât mai evidentă cu cât contestația anterioară (soluționată prin Decizia CNSC nr.), dar și cea de față au ca finalitate anularea procedurii, precizată în mod explicit în chiar petitele contestațiilor.*

De altfel, după cum se arată, tocmai din acest motiv, prin Decizia nr., Consiliul a și respins excepția lipsei de interes ce fusese invocată, reținând jurisprudența relevantă a CJUE, aplicată situației din speță, în care contestația a fost formulată concomitent atât cu privire la respingerea propriei oferte, cât și împotriva declarării greșite ca fiind admisibilă a ofertei concurente, tinzând la anularea procedurii, ceea ce justifică în aceste condiții un interes legitim al ofertantului în lumina practicii CJUE.

Din această perspectivă, a modului de soluționare a excepției lipsei de interes, nicina dintre părți nu a formulat plângere, susține, iar o eventuală excepție a lipsei de interes nu a fost invocată nici în fața instanței de judecată, prin întâmpinările depuse sau concluzii scrise, practica CJUE reținută în decizia Consiliului cu privire la interes neputând fi înlăturată.

Pe fond, contestatorul arată că menține argumentele expuse deja în fața Consiliului, în limitele permise de decizia Curții de Apel

..... a constituit cautiunea în quantum de lei prin recipisa de consemnare nr. din data de 27.12.2023, eliberată de CEC Bank – Sucursala, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 3391/28.12.2023.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pe 2 loturi, a contractului având ca obiect, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Valoarea total estimată a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate preț*”.

Nemulțumit de anumite prevederi ale documentației de atribuire, ... a depus contestația nr. 11682/18.11.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 57106/21.11.2022, soluționată prin Decizia nr.;

De asemenea, împotriva unor răspunsuri la clarificări vizând documentația de atribuire, ... a depus contestația înregistrată la CNSC sub nr. 60529/09.12.2022, soluționată prin Decizia nr.” (decizia a fost pronunțată în anul 2023).

Ulterior datei limită de depunere a ofertelor, în referire la **lotul 2**, au fost depuse 3 contestații, de către, respectiv:

- contestația nr. 40/24.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 41092/27.07.2023, soluționată prin Decizia nr., pe care a înțeles să o atace cu plângere, soluționată de Curtea de Apel prin Sentința civilă nr., în sensul respingerii ca nefondată;

- contestația înregistrată la CNSC sub nr. 44506/17.08.2023, soluționată prin Decizia nr.;

- contestația înregistrată la CNSC sub nr. 57856/23.10.2023, soluționată prin Decizia nr.

Ultima dintre contestații, îndreptată de împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, pe de o parte, iar, pe de altă parte, împotriva deciziei de declarare a ofertei Asocierii - drept admisibilă în etapa de evaluare tehnică, a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr., după cum urmează:

Respinge excepțiile invocate de

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de, în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție depusă de Asocieria

..... a atacat cu plângere această decizie, astfel că pe rolul Curții de Apel – Secția de Contencios Administrativ și fiscal a fost format dosarul nr.

Concomitent, autoritatea contractantă a înțeles să continue procedura de atribuire, cu evaluarea financiară a ofertei Asocierii, pe care a declarat-o admisibilă, și, mai apoi, cu verificarea documentelor suport DUAЕ stabilind oferta Asocierii drept câștigătoare. Rezultatul procedurii se regăsește consemnat în raportul procedurii nr. 1351/14.12.2023.

Față de aceste acte de evaluare, ... a depus prezenta contestație, prin care înțelege să critice refuzul autorității contractante de ai permite accesul la dosarul achiziției, dar și actele de evaluare arătate.

Prin Încheierea nr., având în vedere plângerea aflată pe rolul Curții de Apel, Consiliul a decis, în lumina dispozițiilor art. 25 alin. (1), alin. (1¹) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 413 alin. (1) și (2) C.proc.civ, suspendarea soluționării prezentei contestații.

Conform informațiilor regăsite pe site-ul Curții de Apel, la data de 06.02.2023, plângerea depusă de a fost respinsă, ca nefondată, astfel că, prin Încheierea nr., constatând că motivul care a determinat suspendarea contestației nu mai subzistă, Consiliul a repus cauza de față pe rol.

Așadar, cu privire la cererea de intervenție voluntară în interesul autorității contractante, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), la data de 08.01.2024, de în calitate de lider al Asocierii -, văzând că acesta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind liderul asocierii câștigătoare, așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 20787/25.01.2024, Consiliul o încuviințează, în principiu.

În continuare, văzând dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra *excepției tardivității contestației*, invocată de intervenient, și, mai apoi, asupra *excepției lipsei de interes a contestatorului în formularea contestației*, excepție invocată de intervenient și autoritatea contractantă.

I. Excepția tardivității contestației va fi respinsă având în vedere că, în raport cu actul atacat – adresa nr. 1362/15.12.2023, demersul de față a fost promovat în interiorul termenului legal de 10 zile, prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, calculat conform art. 5 din Legea nr. 101/2016, ultima zi a termenului fiind 27.12.2023, dată la care contestația a fost transmisă, prin mail, atât CNSC cât și autorității contractante.

II. Excepția lipsei de interes a contestatorului în formularea contestației va fi admisă din următoarele considerate:

Astfel, așa cum s-a reținut într-un paragraf anterior, contestația formulată de către împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, dar și împotriva deciziei de declarare a ofertei Asocierii - drept admisibilă în etapa de evaluare tehnică, a fost respinsă de Consiliu prin Decizia nr. [(...) **Respinge, ca nefondată, contestația depusă de, în contradictoriu cu**(...)].

Plângerea formulată de contestator împotriva acestei decizii a fost respinsă, ca nefondată, de instanța competentă – Curtea de Apel - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, la data de 06.02.2024.

Astfel, soluționând plângerea împotriva deciziei CNSC, în legătură cu decizia de respingere a ofertei contestatorului, instanța a reținut corectitudinea aprecierii autorității contractante, precum și corectitudinea deciziei Consiliului.

A arătat Consiliul în considerentele deciziei sale, cu privire la decizia de respingere a ofertei, următoarele:

Trecând la analiza temeiniciei criticilor de pretinsă nelegalitate a deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul ia act că, în conformitate cu raportul intermediar al fazei privind evaluarea tehnică a ofertanților nr. 1103/04.10.2023 și comunicarea nr. 1126/10.10.2023, oferta depusă de a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul art. 87 alin. (5) și (6) din HG nr. 867/2016.

Motivul concret care a stat la baza respingerii ofertei, ca inacceptabilă, în temeiul art. 87 alin. (5) din Legea nr. 867/2016, prezintă conținutul:

Neîndeplinirea cerinței privind experiența similară specifică a personalului principal propus în oferta tehnică

Prin documentația de atribuire, s-a solicitat îndeplinirea a două condiții pentru postul de manager de contract propus, astfel: (...)

Așadar, impută autoritatea contractantă contestatorului faptul că nu a făcut dovada că dl. propus pentru poziția de manager de proiect, îndeplinea la momentul depunerii ofertei cerința privind experiența similară astfel încât să poată fi luată în discuție înlocuirea sa având în vedere că a devenit indisponibil urmare a demisiei din cadrul societății.

În soluționare, Consiliul reține a avea relevanță cele dezlegate de Curtea de Apel în cadrul Sentinței civile nr. 218/21.09.2023, prin care a fost soluționată plângerea îndreptată de împotriva primei decizii a CNSC (nr.). Prin această decizie Consiliul a soluționat contestația împotriva solicitării nr. 1, aflată în adresa de clarificări nr. 878/12.07.2023, emisă de autoritatea contractantă, în partea care a privit solicitarea documentelor care demonstrează îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară a d-lui

Astfel, instanța de control judiciar a reținut: (...)

Din economia acestor considerente, rezultă că instanța de judecată a validat raționamentul autorității contractante de a condiționa înlocuirea d-lui propus pentru poziția de manager de proiect, de dovedirea îndeplinirii de către acesta a cerinței de calificare privind experiența similară, în caz contrar, cum precizează explicit Curtea, ... fiind avantajat, cu încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal.

Cele stabilite de instanța de judecată nu pot fi ignorate de Consiliu, deoarece, așa cum s-a arătat cu ocazia analizei excepției autorității de lucru judecat, aceasta cunoaște și o manifestare de prezumție, mijloc de probă de natură a demonstra ceva în legătură cu raporturile dintre părți. Prezumția are un caracter absolut, astfel că nu poate fi răsturnată prin probe contrare.

Acesta fiind cadrul căruia analiza motivului de respingere trebuie subsumată, în condițiile în care față de clarificarea nr. 878/12.07.2023, ... a transmis răspunsul nr. 3241/21.07.2023, prin care, așa cum recunoaște prin contestație, nu a dat curs solicitării adresate de a prezenta documentele justificative cerute, ci a reiterat autorității contractante motivele care au justificat formularea cererii de înlocuire a managerului de contract, motive care nu sunt imputabile, precizând totodată, că a depus eforturi pentru a prezenta aceste documente devenite oricum irelevante, rezultă că răspunsul este unul neconcludent.

Nu prezintă vreo relevanță față de cele stabilite de instanța de judecată motivele pentru care s-a aflat în imposibilitatea de a prezenta actele solicitate sau că demisia d-lui este un act de voință propriu acestuia.

Prin urmare, Consiliul reține ca fiind întemeiat motivul de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei contestatorului.

Cu privire la temeinicia motivului care a condus la respingerea ofertei, ca neconformă, având conținutul: (...)

Consiliul constată că, în esență, propunerea tehnică a contestatorului a fost respinsă, deoarece nu ar fi fost întocmită cu respectarea caietului de sarcini, iar acceptarea modificărilor aduse prin răspunsul la solicitarea de clarificări ar fi creat un avantaj nepermis.

În soluționare, din înscrisurile aflate la dosar, rezultă că, prin aceeași adresa de clarificări având nr. 878/12.07.2023, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului și următoarele:

2. Întrebarea 2 (...)

..... a răspuns prin adresa nr. 3241/21.07.2023, (...)

..... și-a asumat, așadar, luarea în considerare la întocmirea propunerii tehnice a unei cantități de deșeuri reciclate ce vor fi supuse procesului de sortare de doar 5.221 to/an, față de 7.152 to/an cât s-a indicat în caietul de sarcini, și, susținând că este vorba despre o eroare materială evidentă, a corectat respectiva valoare prin redepunerea Breviarului tehnic și alte 14 pagini ale propunerii tehnice.

Analizând răspunsul contestatorului, Consiliul achiesează însă opiniei autorității contractante, având în vedere următoarele considerente:

Regula în materia achizițiilor publice este aceea a conformării întrutotul cerințelor documentației de atribuire, iar modificarea propunerii tehnice este permisă doar în situațiile de excepție expres prevăzute de lege. Situații de excepție sunt de strictă interpretare și aplicare, neputând fi extinse.

Dispozițiile art. 87 alin. (6) din HG nr. 867/2016 stabilesc că: (...), iar la alin. (8) că: (...)

Din economia acestor texte de lege, se observă că legiuitorul a calificat drept abatere tehnică minoră și acele omisiuni/abateri regăsite în propunerea tehnică care au la bază erori materiale evidente, dar a impus și condiția cumulativă ca, prin completarea/corectarea efectuată să nu se ajungă la depunerea unei noi oferte.

Prin urmare, nu este suficientă simpla invocare a unei erori materiale evidente pentru ca modificarea propunerii tehnice să poată fi acceptată, ci trebuie ca, procedându-se la corectare, să nu se ajungă la depunerea unei noi oferte.

Or, prin multitudinea de documente aferente propunerii tehnice a căror corectare s-a impus, printre care și Breviarul tehnic, Consiliul apreciază că a procedat, în realitate, la depunerea unei noi oferte, situație în care nu se îndeplinește și cea de a doua condiție cumulativ stabilită.

Astfel fiind, în cauză nu este vorba despre o modificare a propunerii tehnice permisă de legislația achizițiilor publice, ci de una prohibită, cum corect a stabilit autoritatea contractantă.

Practica judiciară națională este constantă în sensul în care în etapa de evaluare a ofertelor nu este permisă o negociere între ofertant și autoritatea contractantă pe marginea, în cazul în speță, a propunerii tehnice, de referință fiind și jurisprudența CJUE, respectiv Hotărârea Curții (Camera a zecea) din 10 octombrie 2013, în cauza C-336/12 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Oestre Landstret (Danemarca), prin decizia din 4 iulie 2012, primită de Curte la 16 iulie 2012, în procedura Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaendre Uddannelser, în care s-a precizat: 31. Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a căruia ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, punctele 36 și 37).

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă ar permite contestatorului să modifice propunerea tehnică astfel încât să respecte caietul de sarcini, deși acesta cunoștea cerințele documentației de atribuire, avantajul procurat prin acceptarea modificării ar fi unul mai mult decât evident, respectiv, cu încălcarea principiului tratamentului egal, oferta acestuia ar fi transformată din una care nu respectă prevederile caietului de sarcini într-una admisibilă.

De interes sunt și dispozițiile art. 87 alin. (1) din HG nr. 867/2016, Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (...), însă modificările pe care contestatorul le-a adus ofertei sale nu se circumscriu noțiunilor de completare formală sau de confirmare, deoarece nu presupun prezentarea unor informații din ofertă sub o anumită formă sau a unei confirmări legată de o anumită informație prezentată, ci adaptarea propunerii tehnice inițiale, prin modificarea ei, la cerințele caietului de sarcini.

Acceptarea răspunsului la clarificări prin care se modifică propunerea tehnică depusă, ar reprezenta, pe lângă încălcarea principiului tratamentului egal, după cum s-a arătat mai sus, și încălcarea principiului proporționalității, contrar opiniei contestatorului, deoarece nerespectarea cerințelor caietului de sarcini este expres sancționată de lege, fără posibilitatea unor concesiuni în afara incidenței cazurilor de excepție despre care s-a făcut vorbire și s-a demonstrat că oferta contestatorului nu se circumscrie.

Astfel, în condițiile în care contestatorul a întocmit oferta cu nerespectarea caietului de sarcini, singurul culpabil de aceasta, iar modificările intervenite prin răspunsul la clarificări nu pot fi încadrate în categoria excepțiilor în care o modificare a propunerii tehnice poate fi acceptată, autoritatea contractantă a decis corect respingerea ofertei, incidente fiind dispozițiile art. 87 alin. (6) din HG nr. 867/2016. (...)

Rezultă astfel, că la data emiterii prezentei decizii oferta depusă de contestator în cadrul prezentei proceduri de atribuire a fost respinsă, **în mod definitiv**, ca inacceptabilă și neconformă.

În acest context, Consiliul reține că, potrivit art. 430 alin. (2) din Codul de procedură civilă (2) **Autoritatea de lucru judecat privește** dispozitivul, precum și **considerentele pe care acesta se sprijină**, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă, de unde rezultă faptul că, în speță, considerentele deciziei CNSC nr., inclusiv cele referitoare la corectitudinea deciziei de respingere, ca inacceptabilă și neconformă, a ofertei contestatoarei, se bucură de autoritate de lucru judecat.

Puterea de lucru judecat semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Verificând interesul contestatorului 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 și 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; și

(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. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia:

(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. **O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac;**

- art. 2a 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 achizițiilor 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.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, 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 contractante.

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

Condiția interesului se analizează la momentul formulării cererii de chemare în judecată, însă acesta trebuie să se păstreze pe tot parcursul litigiului (art. 33 C.proc.civ.). La momentul soluționării contestației în cauză, interesul contestatorului nu

mai subzistă, oferta sa fiind respinsă printr-o decizie a autorității contractante rămasă definitivă, prin confirmarea ei de către Consiliu și, ulterior, menținută de Curtea de Apel De altfel, în acest sens sunt și considerentele Deciziei nr. a Curții de Apel, Deciziei nr. a Curții de Apel (Dosar nr.) și Deciziei nr. a Curții de Apel

Aplicând considerentele doctrinare mai sus menționate la speța analizată, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

În consecință, având în vedere că:

- oferta depusă de a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, această hotărâre a autorității contractante făcând obiectul deciziei nr., emisă anterior de Consiliu;

- decizia nr., emisă de Consiliu, a fost atacată cu plângere la instanța competentă, iar plângerea a fost respinsă ca nefondată, oferta contestatorului fiind respinsă în mod definitiv,

Consiliul constată că autorul contestației de față (.....) nu justifică un interes legitim, născut și actual în formularea prezentei contestații de vreme ce respingerea ofertei sale este definitivă.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatorului fiind în mod definitiv respinsă, ... nu mai 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.

Cu titlu jurisprudențial, Consiliul are în vedere considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

57. Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

De asemenea, în speță sunt relevante cele reținute în Hotărârea CJUE în cauza C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich:

27. Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat, în raport cu Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), în sensul că se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice **printr-o decizie a autorității contractante care a rămas definitivă** și care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a din această directivă

să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28. În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29. La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), constituia o concretizare a cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care urmăresc excluderea lor reciprocă. Astfel, într-o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

30. Cu toate acestea, situația în discuție în cauza principală se distinge foarte clar de situațiile în discuție în cele două cauze în care au fost pronunțate Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199).

31. Pe de o parte, ofertele depuse de ofertanții interesați în cauzele în care au fost pronunțate acele două hotărâri nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de grup în cauza principală.

32. Pe de altă parte, în aceste două cauze, fiecare ofertant contesta legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 24). În schimb, în prezenta cauză principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei adjudecatorului.

33. Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil situației procedurale și contencioase în discuție în litigiul principal.

34. Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la soluționarea acestei contestații, deciziile ulterioare care i-ar aduce prejudicii în ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.**

35. În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la

calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36. Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul **că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr-o decizie rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire** a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.»

În consecință, ofertantul contestator fiind exclus definitiv din procedură, se constată că este incidentă situația din cauza C-355/15, respectiv Hotărârea Curții Europene de Justiție din 21.12.2016, în cadrul căreia s-a reținut că Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, **trebuie să fie interpretat în sensul că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr-o decizie rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului**, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

Jurisprudența CJUE menționată în decizia anterioară a Consiliului (nr. 2719/C2/2982/17.11.2023) la care face trimitere în cadrul concluziilor scrise, nu prezintă relevanță în speța de față, deoarece, spre deosebire de litigiul anterior în care critica decizia de respingere a ofertei sale precum și pe aceea de declarare drept admisibilă în etapa de evaluare tehnică a ofertei Asocierii, în litigiul de față oferta contestatorului este respinsă definitiv din procedură, situația fiind similară celei care a condus la pronunțarea CJUE în cauza C355-15.

În raport de cele reținute, lipsa interesului fiind dincolo de orice dubiu, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția lipsei de interes a contestatorului, invocată de intervenient și autoritatea contractantă, și va respinge contestația ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes.

Față de soluția prefigurată, cererea de intervenție formulată de, în calitate de lider al Asocierii – va fi admisă.

Fără pronunțare asupra fondului cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile 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:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de intervenientul, în calitate de lider al Asocierii –

Admite excepția lipsei de interes invocată de intervenient și autoritatea contractantă, și, pe cale de consecință, respinge contestația, în contradictoriu cu, ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes.

Admite cererea de intervenție formulată de, în calitate de lider al Asocierii –

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.