

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..

Prin contestația nr. 1286/16.09.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .., depusă de ... SRL, cu sediul în .. județul Cluj și adresa de corespondență la punctul de lucru din localitatea .., înregistrată în Registrul Comerțului București sub nr. .., având CUI .., prin reprezentant legal administrator Șerban Popa, privind procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii *acordului-cadru de furnizare antiseptice și dezinfectante* – loturile 3 și 4, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), de ... cu sediul în .. în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la:

- anularea parțială a raportului procedurii nr. 8672/29.08.2024, în partea referitoare la loturile 3 și 4;
- reevaluarea, din punct de vedere tehnic, a ofertei ... SRL.

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, prin care ofertantul ... SRL critică oferta desemnată câștigătoare pentru loturile 3 și 4, respectiv oferta depusă de ... SRL, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, contestatoarea menționează că, în urma descărcării din SEAP a raportului procedurii nr. 8672/29.08.2024, postat la data de 05.09.2024, a constatat că pentru loturile 3 și 4 oferta sa a fost declarată neconformă din punct de vedere tehnic, iar oferta ... SRL a fost declarată conformă și câștigătoare pentru aceste loturi, fiind de astfel singura ofertă admisibilă pentru aceste loturi.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a evaluat în mod greșit oferta ... SRL, pentru loturile 3 și 4, având în vedere că produsele oferite, .., nu îndeplinesc în totalitate solicitările caietului de sarcini.

Autoarea contestației reiterează faptul că, potrivit raportului procedurii, doar ofertele ... SRL au fost declarate admisibile și câștigătoare pentru aceste loturi, în timp ce toate celelalte oferte au fost declarate neconforme. În acest context, interesul său legitim de a ataca ofertele declarate conforme rezultă din faptul că autoritatea contractantă nu a aplicat prevederile art. 2 alin. (1) și prevederile art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și anume, tratamentul egal, nediscriminatoriu și proporționalitatea, astfel a creat un avantaj unuia dintre operatorii economici în raport cu ceilalți ofertanți, ale căror oferte au fost eliminate din competiție.

Astfel, în raport cu motivele pe care le prezintă în continuare, petenta consideră că autoritatea contractantă nu trebuia să declare produsele .. conforme din punct de vedere tehnic (ofertate de ... SRL, la loturile 3 și 4) și trebuia să anuleze loturile 3 și 4, pe considerentul că nicio ofertă depusă nu a fost conformă.

În susținerea demonstrării interesului său legitim de a ataca ofertele declarate conforme și câștigătoare la aceste loturi, contestatoarea invocă Decizia CNSC nr. 629/C11/359, 382, 432 din 12.03.2024 și Hotărârea Civilă nr. 474/2024 pronunțată de Curtea de Apel Cluj la data de 19.04.2024.

În continuare, autoarea contestației arată că produsele ofertate de ... SRL, la loturile 3 și 4, nu sunt conforme, motiv pentru care autoritatea contractantă ar fi trebuit să o descalifice, nicidecum să o declare conformă și câștigătoare.

Prin adresa nr. 9381/20.09.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 60122/23.09.2024, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestație depusă de ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea susține lipsa de interes a contestației pe considerentul că ofertantul contestatar nu îndepărtează motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, ci doar aduce critici ofertei declarate câștigătoare, ceea ce duce la concluzia că și la o eventuală reluare a competiției oferta sa ar rămâne neconformă, motivele de respingere fiind întemeiate.

Demersul pur șicanator al ... SRL rezultă din aplicarea textelor de lege cu relevanța în speța, respectiv art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și art. 32 și 33 din Codul de procedură civilă.

De asemenea, precizează că, deși nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat (ceea ce în cazul de față nu există) pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție 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.

În continuare, autoritatea contractantă aduce argument în combaterea criticilor din contestație.

Prin intermediul adresei nr. 1359/27.09.2024, act înregistrat a Consiliu sub nr. 61825/30.09.2024, ... SRL formulează *Răspuns la Punctul de vedere al autorității contractante cu nr. 9381/20.09.2024.*

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii acordului-cadru *de furnizare antiseptice și dezinfectante – Loturile 3 și 4*, cod CPV 79713000-5 Servicii de pază (Rev.2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1065903/01.03.2024.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru este de 2.542.250,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 04.04.2024, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, pentru Loturile 3 și 4, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 4.625,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. .., eliberată de CEC Bank – Sucursala Cluj, la data de 17.09.2024.

Se rețin precizările autoarei contestației, potrivit cărora:

- *am constatat că pentru loturile 3 și 4 oferta societății noastre a fost declarată neconformă din punct de vedere tehnic, iar oferta societății ... S.R.L. a fost declarată conformă și câștigătoare pentru aceste loturi, fiind de altfel, singura ofertă admisibilă pentru aceste loturi;*

- ***în susținerea demonstrării interesului nostru legitim de a ataca ofertele declarate conforme și câștigătoare la aceste loturi vine și Decizia CNSC nr. 629/C11/359, 382, 432 din 12.03.2024;***

- *totodată, același considerent reiese din motivarea Curții de Apel Cluj prin Hotărârea Civilă nr. 474/2024 pronunțată la data de 19.04.2024.*

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul va analiza prioritar, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *excepția lipsei de interes* în formularea contestației.

Raportat la această excepție, Consiliul constată că sunt incidente următoarele dispoziții legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia: (1) 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, potrivit căreia:

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.

(2) Termenii și expresiile definite la alin. (1) se completează în mod corespunzător cu termenii și expresiile definite în legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale, respectiv legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.

- art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 stabilește că: 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.

Totodată, Consiliul apreciază că sunt relevante, în cauză, dispozițiile art. 32 alin. (1) din Codul de procedură civilă, care dispune că: „Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia (...) d) justifică un interes” și dispozițiile art. 33 din Codul procedură civilă, care prevăd că: „Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual (...)”.

Din dispozițiile legale invocate, rezultă că persoana care se adresează Consiliului cu o contestație, pentru a avea calitatea de persoană vătămată, 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 emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, iar interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: *să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.*

Raportat la acest aspect, este avut în vedere că, 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.*

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța analizată, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care să îndeplinească condițiile expuse anterior. În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că ... SRL pentru Loturile 3 și 4, nu are un interes legitim de a formula contestație în promovarea criticilor formulate din considerentele mai jos expuse.

În materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, art. 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, recunoaște dreptul oricărei persoane care se consideră

vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim de a 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.

Noțiunea de „*persoană vătămată*” este definită în art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 ca fiind orice operator economic care are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice.

În speța de față, contestația ... SRL împotriva evaluării ofertei câștigătoare pentru Loturile 3 și 4 este lipsită de interes, întrucât din perspectiva textului art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, mai sus evocat, 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.* Astfel, cum rezultă din documentele cauzei, potrivit *Raportului procedurii nr. 8672/29.08.2024*, oferta depusă de ... SRL, în cadrul loturilor 3 și 4 a fost declarată neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 întrucât nu satisface cerințele caietului de sarcini, fiind respinsă.

Conform aceluiași raport, a fost declarată câștigătoare oferta ... SRL pentru ambele loturi, ofertanta contestatoare luând la cunoștință de ambele decizii adoptate de membrii comisiei de evaluare, respectiv respingerea ofertei ca neconformă și declararea ofertei depusă de a ... SRL ca fiind câștigătoare și, așa cum a susținut în cuprinsul contestației, nu a formulat critici împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, ci doar împotriva deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare, prin invocarea *Deciziei nr. 629/C11/359, 382, 432 din 12.03.2024 și a Hotărârii Civile nr. 474/19.04.2024 a Curții de Apel Cluj.*

La momentul soluționării contestației în fața Consiliului, calitatea acestei ofertante de terț față de prezenta procedură este una evidentă, de vreme ce, în termenul legal, contestatoarea nu a înțeles să formuleze o cale de atac împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, respingerea devenind *definitivă*.

În hotărârea Curții Europene de Justiție din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public *numai dacă au fost sau riscă*

să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngreuească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C 355/15, EU:C:2016:988) s-a statuat 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.*

În stabilirea lipsei interesului ofertantei ... SRL se au în vedere și considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, *Archus și Gama*, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, 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.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 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 (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), **indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE* (C689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care **au fost depuse două oferte** și în care entitatea contractantă **a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celui alt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii.** În cadrul acestei căi

de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acestuia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 **Întro asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac **al ofertanților care nu au fost excluși definitiv**, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de entitatea 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.

58 În schimb, în cauza principală, Archus și Gama au formulat **o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice**. Întro asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar **entitatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.**

Potrivit *Raportului procedurii nr. 8672/29.08.2024*, oferta depusă de ... SRL, în cadrul loturilor 3 și 4, a fost respinsă. Conform aceluiași raport, a fost declarată câștigătoare oferta ... SRL pentru ambele loturi.

Fiind comunicate simultan cele două decizii, de respingere a ofertei contestatoarei și declarare a ofertei câștigătoare, ofertanta contestatoare ... SRL trebuia să atace ambele decizii pentru a se considera că are interes în a formula contestație, în caz contrar interesul său neexistând, aspecte redate inclusiv de instanța de judecată în motivarea *Hotărârii Civile nr. 474/2024 pronunțată la data de 19.04.2024*:

Cu toate acestea, jurisprudența CJUE, reprezentată de cauzele C-131 / 16, C-100/ 12, C- 689/ 13, C-249/01, C-355/ 15 recunoaște posibilitatea contestării de către un ofertant exclus și a ofertelor admisibile ale celorlalți participanți, indiferent de numărul lor, sub condiția simultaneității celor două contestări. În măsura în care această simultaneitate nu mai subzistă, ofertantului exclus anterior definitiv nu i se mai recunoaște dreptul la o cale de atac.

Consiliul reține că, în speță, este pe deplin aplicabilă interpretarea de mai sus a CJUE, atât timp cât nu există o acțiune **simultană** a ...

SRL, împotriva deciziei de respingere a ofertei sale și împotriva deciziei privind admisibilitatea ofertelor concurente.

Aceasta este de altfel și jurisprudența CJUE, care recunoaște existența unui interes în anularea procedurii pentru un ofertant respins numai în situația în care acesta formulează concomitent, prin aceeași cale de atac, critici privind atât situația propriei oferte, cât și cea a contracandidaților admisibili în procedură, calitatea de persoană vătămată fiindu-i recunoscută așadar doar ofertantului care nu a fost exclus definitiv din procedură (în acest sens a se vedea Hotărârea CJUE din data de 21 decembrie 2016 pronunțată în cauza C-355/15 (Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich).

În același sens este practica judiciară care a reținut constant că este lipsită de interes contestația prin care ofertanta nu critică respingerea ofertei sale, ci atribuirea contractului unei oferte concurente, respectiv în situația în care nu formulează concomitent, prin aceeași cale de atac, critici privind atât situația propriei oferte, cât și cea a contracandidaților admisibili în procedură, respectiv:

- *Decizia civilă nr. 5754/03.07.2014*, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a reținut:

(...) Cât timp oferta reclamantei este în mod definitiv inacceptabilă (ea necontestând acest aspect), aceasta nu a suferit, nu a suferă și nu riscă să sufere un prejudiciu ca urmare a declarării drept conformă a ofertei câștigătoare.

În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a decis, în Hotărârea din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, Werner Hackermuller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (Big) și Wiwener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), că art.1 alin. 3 din Directiva 89/665 nu obligă statele membre să instituie căi de atac disponibile pentru orice persoană care dorește să obțină un contract de achiziție publică, ci le permite să solicite ca persoana în cauză să fi fost sau să riște să fi fost lezată de încălcarea pe care o invocă. Or, tocmai această soluție legislativă, identică celei consacrată în directivă, a fost opțiunea legiuitorului român.

Potrivit unei jurisprudențe constante a Tribunalului Uniunii Europene, respectiv Curții de Justiție a Uniunii Europene, o acțiune în anulare introdusă de o persoană fizică sau juridică nu este admisibilă decât în măsura în care această persoană are un interes să obțină anularea actului atacat (Hotărârea Tribunalului din 28 septembrie 2004, MCI/Comisia, T-310/00). Un astfel de interes presupune ca anularea actului atacat să poată avea, în sine, consecințe juridice (Hotărârea Tribunalului din 14 septembrie 1995, Antillean Rice Mills și alții/Comisia, T-408/93 și T-483/93) și ca acțiunea să poată astfel aduce, prin rezultatul său, un beneficiu părții care a introdus-o (Hotărârea Curții din 25 iulie 2002, Union de Pequenos Agricultores/Consiliul, C-50/00 P).

Prin urmare, este necesar să se verifice dacă, în speță, o eventuală anulare a deciziei atacate poate crea un avantaj petentei, mai exact dacă eventuala respingere a ofertei declarată câștigătoare pentru lipsa de conformitate ar avea drept consecință atribuirea contractului de achiziții publice în cauză petentei-contestatoare, după cum se desprinde din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08.

În raport de cele arătate, instanța reține că analizarea conformității ofertei câștigătoare nu se fundamentează pe un interes al petentei în sensul celor mai sus arătate, astfel că aceasta din urmă nu poate fi considerată persoană vătămată de decizia autorității contractante de a declara conformă oferta concurentă (...);

- *Decizia nr. 924/C9/982 pronunțată de Consiliu la 06.05.2021, în cadrul căreia s-au reținut următoarele:*

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul va analiza prioritar, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția lipsei de interes în formularea contestației, ridicată din oficiu de Consiliu, de autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere asupra contestației, și de intervenientă, prin cererea de intervenție.

Se reține că, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *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.*

La art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ este definită persoana care se consideră vătămată, ca fiind *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 lege, stabilește că, *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.*

În hotărârea Curții Europene de Justiție din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngreuească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În speța de față, contestația SC Nedav Constar 2012 SRL împotriva evaluării ofertei concurente este lipsită de interes, întrucât din perspectiva textului art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, mai sus evocat, 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.* Astfel, cum rezultă din documentele cauzei oferta SC Nedav Constar 2012 SRL a fost respinsă ca neconformă și nu a formulat critici împotriva deciziei de respingere, ci doar împotriva deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare.

La momentul soluționării contestației în fața Consiliului, **calitatea acestuia de terț** față de prezenta procedură este una evidentă, de vreme ce, în termenul legal, contestatoarea nu a înțeles **să formuleze o cale de atac împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, respingerea devenind definitivă**, aspect recunoscut de contestatoare prin punctul său de vedere asupra excepției lipsei de interes. **Este lipsit de relevanță că aceasta a avut anterior un interes în cadrul procedurii, în calitatea sa de ofertant.**

În Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C 355/15, EU:C:2016:988) s-a statuat 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.

În același sens este practica judiciară care a reținut constant că este lipsită de interes contestația prin care ofertantul nu critică respingerea ofertei sale, ci atribuirea contractului unei oferte concurente, respectiv:

- decizia civilă nr. 5754/03.07.2014, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a reținut:

(...) Cât timp oferta reclamantei este în mod definitiv inacceptabilă (ea necontestând acest aspect), aceasta nu a suferit, nu a suferă și nu riscă să sufere un prejudiciu ca urmare a declarării drept conformă a ofertei câștigătoare.

În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a decis, în Hotărârea din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, Werner Hackermuller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (Big) și Wiwener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), că art.1 alin. 3 din Directiva 89/665 nu obligă statele membre să instituie căi de atac disponibile pentru orice persoană care dorește să obțină un contract de achiziție publică, ci le permite să solicite ca persoana în cauză să fi fost sau să riște să fi fost lezată de încălcarea pe care o invocă. Or, tocmai această soluție legislativă, identică celei consacrată în directivă, a fost opțiunea legiuitorului român.

Potrivit unei jurisprudențe constante a Tribunalului Uniunii Europene, respectiv Curții de Justiție a Uniunii Europene, o acțiune în anulare introdusă de o persoană fizică sau juridică nu este admisibilă decât în măsura în care această persoană are un interes să obțină anularea actului atacat (Hotărârea Tribunalului din 28 septembrie 2004, MCI/Comisia, T-310/00). Un astfel de interes presupune ca anularea actului atacat să poată avea, în sine, consecințe juridice (Hotărârea Tribunalului din 14 septembrie 1995, Antillean Rice Mills și alții/Comisia, T-408/93 și T-483/93) și ca acțiunea să poată astfel aduce, prin rezultatul său, un beneficiu părții care a introdus-o (Hotărârea Curții din 25 iulie 2002, Union de Pequenos Agricultores/Consiliul, C-50/00 P).

Prin urmare, este necesar să se verifice dacă, în speță, o eventuală anulare a deciziei atacate poate crea un avantaj petentei, mai exact dacă eventuala respingere a ofertei declarată câștigătoare pentru lipsa de conformitate ar avea drept consecință atribuirea contractului de achiziții publice în cauză petentei-contestatoare, după cum se desprinde din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08.

În raport de cele arătate, instanța reține că analizarea conformității ofertei câștigătoare nu se fundamentează pe un interes al petentei în sensul celor mai sus arătate, astfel că aceasta din urmă nu poate fi considerată persoană vătămată de decizia autorității contractante de a declara conformă oferta concurentă (...);

- decizia nr. 5993/03.07.2015, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, în cadrul căreia instanța a reținut:

Atâta timp cât petenta nu a atacat raportul procedurii sub aspectul respingerii propriei oferte, această respingere a căpătat caracter definitiv, astfel încât în nicio circumstanță nu poate deveni câștigătoare a procedurii de achiziție publică. Interesul nu este nici născut și nici actual, întrucât se raportează la un eveniment viitor și incert, reprezentat de eventualitatea inițierii unei noi proceduri având ca obiect atribuirea contractului de achiziție. Este cu atât mai mult un eveniment incert, întrucât este atributul autorității publice de inițiere a unei noi proceduri de atribuire.

Cu privire la prejudiciu nici această condiție nu este îndeplinită, dat fiind că suntem în prezența contenciosului administrativ special, în care criticile care se aduc cu privire la încălcarea unor prevederi legale pot fi reținute doar dacă au adus o vătămare.

Pentru petentă, vătămarea constă în pierderea șansei de atribuire a contractului. Or, pierderea șansei s-a produs la momentul respingerii ofertei ei. Nefiind contestată, respingerea a devenit definitivă, iar sub acest aspect Consiliul a pronunțat o soluție justă în momentul în care a admis excepția lipsei de interes.

Nu pot fi primite în soluționare argumente în sensul că interesul constă în a avea calitatea de ofertant, întrucât SC Nedav Constar 2012 SRL, acceptând decizia de respingere a ofertei sale, nu mai este operator economic implicat în procedura de atribuire, excluderea sa fiind una definitivă, după cum reglementează textul de lege susenunțat, deoarece nu mai poate face obiectul vreunei căi de atac.

De asemenea, interesul trebuie să fie, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, în legătură cu o procedură de achiziție la care petentul a participat, ori dezideratul

de a obține o eventuală anulare a procedurii nu poate fi apreciat ca fiind un interes în legătură cu procedura.

Faptul că anularea procedurii ar crea premisele declanșării unei alte proceduri nu demonstrează producerea unui prejudiciu concret contestatoarei (condiție esențială pentru a fi considerată persoană vătămată) prin desemnarea, în această procedură, a unei alte oferte câștigătoare, căci prejudiciul nu poate fi raportat la un eveniment viitor (și eventual).

S-au avut în vedere și considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, 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.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 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 (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celoralți în scopul obținerii contractului (a se vedea în

acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33,

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea

din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion

Österreich, C355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților

la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

(...)

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se

recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte

legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12,

EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13,

EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților **care nu au fost excluși definitiv**, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

(...)

Prin raportul procedurii de atribuire nr. 30876/16.04.2021, în aplicarea deciziei Consiliului, oferta Nedav Constar 2012 SRL a fost respinsă ca neconformă.

Prin același raport al procedurii, a fost declarată câștigătoare oferta Univro SRL.

Rezultatul procedurii a fost comunicat contestatoarei cu adresa nr. 30878/16.04.2021.

Fiind adoptate și comunicate simultan cele două decizii, de respingere a ofertei contestatoarei și declarare a ofertei câștigătoare, ofertanta trebuia să atace ambele decizii pentru a se considera că are interes în a formula contestație, în caz contrar interesul său neexistând.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că este lipsită de interes contestația SC Nedav Constar 2012 SRL, context în care Consiliul va respinge în consecință contestația.

În considerarea celor prezentate, fiind întemeiată excepția lipsei de interes invocată de intervenientă, Consiliul va admite cererea de intervenție.

- *Decizia nr. 965/C9/2021 pronunțată de Consiliu la 11.05.2021*, în cadrul căreia s-au reținut următoarele:

Vizavi de lipsa interesului legitim al contestatoarei de a critica oferta câștigătoare, pe motiv că s-a constatat că în mod corect oferta sa a fost respinsă, se reține că practica Consiliului, a instanțelor și jurisprudența europeană sunt în sensul aprecierii dreptului unui operator economic de a critica și oferta câștigătoare, chiar dacă oferta sa este respinsă, câtă vreme ambele decizii (de stabilire a câștigătoarei și de respingere a ofertei contestatoarei) sunt atacate simultan.

S-au avut în vedere considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, 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.

(...)

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă **a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii**. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se

recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte

legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12,

EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13,

EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților **care nu au fost excluși definitiv**, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

- **Decizia nr. 1505/C2/1680 pronunțată de Consiliu la 05.01.2019, în cadrul căreia s-au reținut următoarele:**

În consecință, având în vedere că NAVTRON SRL și-a însușit ca atare decizia de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, decizie adoptată de autoritatea contractantă prin procesul verbal nr. nr. L-931 din 16.04.2019, care a rămas definitivă, prin necontestare, Consiliul constată că autorul contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual în prezenta cauză, decizia de respingere a ofertei sale fiind una definitivă.

Un interes eventual (care ar putea conduce la anularea procedurii de atribuire), nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerința actualității, iar solicitarea de anulare a procedurii de atribuire conduce la un interes eventual și nu imediat. În acest sens este relevantă Decizia nr.251/R/2017 a Curții de Apel Brașov în dosarul nr.92/64/2017.

Totodată, Consiliul are în vedere că art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016, care circumstanțiază condiția interesului în promovarea căilor de atac referitoare la procedura de achiziție publică, reprezintă transpunerea în legislația națională a legislației uniunii, respectiv a Directivei 89/665/CEE și a Directivei 92/13/CEE, astfel că interpretarea normei naționale trebuie să țină seama de hotărârile pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, aceasta având rolul de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor Uniunii, în acord cu dispozițiile art.271 din Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene, principiul supremației legislației Uniunii fiind reglementat expres de art.148 din Constituția României.

Situația dedusă judecății, observă Consiliul, nu se circumscrie celei analizate prin HOTĂRÂREA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE (Camera a zecea), în cauza C-100/12, 4 iulie 2013 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia), prin decizia din 25 ianuarie 2012, primită de Curte la 24 februarie 2012, în procedura Fastweb SpA împotriva Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, cu participarea: Telecom Italia SpA, Path-Net SpA, unde concluziile au fost următoarele:

„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 interpretat în sensul că, dacă, în cadrul unei proceduri privind o cale de atac, adjuccatarul, care a obținut contractul și a formulat o cale de atac incidentă, ridică o excepție de inadmisibilitate întemeiată pe lipsa calității procesuale active a ofertantului care a formulat această cale de atac pentru motivul că oferta pe care acesta din urmă o prezentase ar fi trebuit să fie înlăturată de autoritatea contractantă din cauza neconformității sale cu

*specificațiile tehnice definite de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, **dispoziția menționată se opune ca această cale de atac să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate menționate fără o pronunțare cu privire la conformitatea cu respectivele specificații tehnice atât a ofertei adjudecatarului, care a obținut contractul, cât și a celei a ofertantului care a formulat calea de atac principală***".

Așadar, pentru a fi admisibilă calea de atac împotriva deciziei privind desemnarea câștigătorului, este necesar să poată fi efectuat controlul de legalitate și cu privire la admisibilitatea ofertantului care a formulat calea de atac, control care, în cauza de față, nu mai poate fi realizat.

Calea de atac nu trebuie să fie exercitată în mod formal, ci este necesar ca ea să fie în măsură să permită analizarea, pe fond, a aspectelor reclamate.

Însă, în speță, această condiție nu este îndeplinită, constatându-se că oferta contestatorului este respinsă/exclusă în mod definitiv, deoarece, la momentul depunerii contestației, decizia de respingere a ofertei sale nu mai poate face obiectul unei căi de atac, așa cum s-a reținut mai sus, regăsindu-ne așadar în ipoteza tezei finale a art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, astfel că autorul contestației nu mai are niciun interes în susținerea criticilor referitoare la evaluarea ofertei contracandidatului său.

Pentru înlăturarea efectelor deciziei de respingere a ofertei sale, contestatorul avea deschisă calea de atac împotriva actului prin care aceasta a fost adoptată, cale de care nu a înțeles să uzeze, acceptând, astfel, că oferta sa este una inacceptabilă.

În soluționare nu pot fi reținute alegațiile contestatorului cum că articolul invocat mai sus operează doar în situația în care oferta „*este exclusă urmare incidenței unui motiv de excludere prevăzut la art. 163 din Legea nr. 98/2016*”.

Contrar opiniei contestatorului, termenul „exclus” din Legea nr. 98/2016, nu este echivalent celui regăsit la art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, unde, în mod evident, legiuitorul a avut în vedere toate situațiile pentru care un ofertant ar putea fi exclus/respins din procedură.

Potrivit dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme (art. 137 alin. 1 din HG nr. 395/2016), iar oferta admisibilă este oferta care nu este inacceptabilă, neconformă sau neadecvată, (art. 215 alin. 3 din Legea nr. 98/2016), în categoria ofertelor inacceptabile intrând și ofertele depuse de un ofertant „*care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire...*” (art. 137 alin. 2 din HG nr. 395/2016), motivele de excludere, invocate de contestator, fiind, în fapt, un criteriu de calificare și selecție (art. 163 din Legea nr. 98/2016), dar și cele depuse de un ofertant care nu a răspuns, în termenul impus, solicitărilor de clarificări primite din partea comisiei de evaluare (art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016).

De asemenea, nu se poate reține nici că, prin publicarea în SICAP a actelor întocmite de comisia de evaluare la finalul unor etape aferente evaluării ofertelor primite, ar fi fost eludate regulile stabilite pentru licitația deschisă sau că aceasta ar fi fost transformată dintr-o procedură de atribuire dintr-o singură etapă, într-una desfășurată în mai multe etape, așa cum susține contestatorul. Pe de altă parte, se constată că prin abrogarea art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a fost eliminată obligația autorității contractante de a transmite ofertanților, pe parcursul evaluării, rezultate parțiale, însă nicio altă prevedere nu interzice acestora dreptul de a aduce la cunoștința operatorilor economici implicați în procedură rezultatele aferente etapelor parcurse în procesul de evaluare.

Totodată, raportat la susținerile contestatorului prezentate în finalul apărărilor sale față de excepțiile invocate în cauză, Consiliul reiterează faptul că, în speță, excepția lipsei de interes a criticilor vizând oferta desemnată câștigătoare este analizată ca o consecință a faptului că decizia de respingere a ofertei asocierii NAVTRON SRL- BOAT & YACHT SERVICE SRL, al cărei lider este contestatorul, a fost respinsă, ca inacceptabilă, iar această decizie nu mai poate face obiectul unei căi de atac, urmare a expirării termenului în care un astfel de demers putea fi întreprins.

Pe de altă parte, în verificarea îndeplinirii cerințelor prevăzute expres la art. 33 din noul C.proc.civ, pe care interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să le îndeplinească, respectiv legitim, personal și direct, născut și actual, Consiliul reține că buna credință și interesul legitim sunt dovedite când ofertantul întocmește oferta cu respectarea

documentației de atribuire, iar în ipoteza respingerii ofertei, atacă decizia luată în privința sa, toate acestea în scopul de a câștiga contractul pentru care a participat la respectiva procedură.

(...)

În aceste condiții, Consiliul stabilește că, în cauza supusă soluționării, NAVTRON SRL nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii.

- *Decizia nr. 1566/C7/1649 pronunțată de Consiliu la 07.07.2023 în cadrul căreia s-au reținut următoarele:*

Astfel, Consiliul constată faptul că prin menținerea caracterului neconform definitiv al ofertei ALITEC SOLUTION S.R.L., acesta nu mai are nici calitatea de operator economic implicat, sub acest aspect fiind incidente prevederile art. 3 alin. (1) lit. (f), pct. i) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia persoana care se consideră vătămată este „orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire”, coroborate cu cele de la alin. (3) conform căreia „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”.

Raportat la prevederile legale citate, Consiliul determină că este fără dubiu faptul că ALITEC SOLUTION S.R.L. nu mai este implicat în procedură, în condițiile clare instituite de legislația în materia achizițiilor publice, care stabilesc că o excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, situație reflectată în procedura în discuție, în care neconformitatea ofertei depusă de către ALITEC SOLUTION S.R.L. este definitivă prin pronunțarea de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a Deciziei nr. 832/C7/830/12.04.2023, menținută de către Curtea de Apel Galați, care s-a pronunțat asupra plângerii formulate de către ALITEC SOLUTION S.R.L., prin Hotărârea civilă nr. 135/29.06.2023, în sensul respingerii acesteia.

Prin urmare, ... SRL acceptând decizia de respingere a ofertei sale, nu mai este operator economic implicat în procedura de atribuire, excluderea sa fiind una definitivă, după cum reglementează textul de lege susenunțat, deoarece nu mai poate face obiectul vreunei căi de atac.

De asemenea, interesul trebuie să fie, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, în legătură cu o procedură de achiziție la care petentul a participat, ori dezideratul de a obține o eventuală anulare a procedurii nu poate fi apreciat ca fiind un interes în legătură cu procedura.

Faptul că anularea procedurii ar crea premisele declanșării unei alte proceduri nu demonstrează producerea unui prejudiciu concret contestatoarei (condiție esențială pentru a fi considerată persoană vătămată) prin desemnarea, în această procedură, a unei alte oferte câștigătoare, căci prejudiciul nu poate fi raportat la un eveniment *viitor (și eventual)*.

Așa cum a fost mai sus reținut și jurisprudența CJUE recunoaște existența unui interes în anularea procedurii pentru un ofertant respins numai în situația în care acesta formulează concomitent, prin aceeași cale de atac, critici privind atât situația propriei oferte, cât și cea a contracandidaților admisibili în procedură, calitatea de persoană vătămată fiindu-i recunoscută așadar doar ofertantului care nu a fost exclus definitiv din procedură (în acest sens a se vedea Hotărârea CJUE din data de 21 decembrie 2016 pronunțată în cauza C-355/15

(Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich).

În considerarea celor antemenționate sunt și susținerile autorității contractante aduse în replică la cele susținute de contestatoare, potrivit cărora:

Susținem lipsa de interes a contestației pe considerentul ea ofertantul contestatar nu îndepărtează motivele pentru care oferta sa a fost respinsă ci doar aduce critici ofertei declarate câștigătoare, ceea ce duce la concluzia că și la o eventuală reluare a competiției oferta sa ar rămâne neconformă, motivele de respingere fiind întemeiate,

(...)

Deși nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic **imediat (ceea ce în cazul de față nu există)** pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție 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**.

În raport de cele mai sus reținute, împrejurarea că ofertanta contestatoarea are interes în anularea deciziei autorității contractante de declarare câștigătoare a ofertei ... SRL și respingerea acesteia, situație care i-ar putea profita în cazul în care s-ar organiza o altă procedură prin participarea la noua procedură de atribuire nu poate conduce la respingerea excepției invocată, pe de o parte întrucât lipsa de interes a contestatoarei ... SRL se deduce din chiar conținutul dispozițiilor legale mai sus citate, iar pe de altă parte întrucât, interesul în anularea procedurii este recunoscut unei ofertante respinse numai în situația în care acesta formulează concomitent, prin aceeași cale de atac, critici privind atât situația propriei oferte, cât și cea a contracandidaților admisibili în procedură.

Similar, conform instanțelor de la Luxemburg, acțiunea în anulare nu este admisibilă decât în măsura în care reclamantul are un interes să obțină anularea actului atacat, ceea ce presupune ca anularea să poată avea consecințe juridice, respectiv să îi aducă un beneficiu (a se vedea, cu titlu de exemplu, Hotărârea din 26 ianuarie 2022, Leonardo/Frontex, T-849/19, EU:T:2022:28, Hotărârea din 5 septembrie 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, Ordonanța din 20 mai 2019, Phrenos și alții/Comisia, T-715/18, EU:T:2019:370, Ordonanța din 30 aprilie 2007, EnBW Energie Baden Württemberg/Comisia, T-387/04, EU:T:2007:117, Hotărârea din 12 februarie 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, și Hotărârea din 25 iulie 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consiliul, C-50/00 P, EU:C:2002:462).

Nici cele susținute de contestatoare ... SRL, prin intermediul adresei nr. 1359/27.09.2024, act înregistrat a Consiliu sub nr. 61825/30.09.2024, intitulată *Răspuns la Punctul de vedere al autorității contractante cu nr. 9381/20.09.2024*, potrivit cărora Prin urmare, Onorat Consiliu, din momentul în care există două decizii prezentate în cuprinsul contestației și acestea au avut în analiză aceeași speță privind interesul legitim al unui operator economic de a contesta, deși a fost exclus din procedură, în momentul de față AC nu poate face abstracție de

cele statuate în deciziile prezentate, cu atât mai mult cu cât o necesitate a AC nelegal definită și aplicată distorsionat în raportul procedurii, doar unor ofertanți = ... SRL - a cărei ofertă era imperios a fi declarată neconformă. Mai mult decât atât, niciuna dintre părți (subscrisa și AC) nu poate contesta aspectele stabilite de fapt și de drept printr-o decizie a CA Cluj-Napoca, fiind definitive la momentul formulării acestei contestații.

În acest sens, vă solicităm cu respect în decizia pe care urmează a o pronunța să aveți în vedere că AC nu a reușit, în nicio măsură să demonstreze lipsa de interes a contestației noastre, cu atât mai mult cu cât există o decizie de Curte de Apel care infirmă alegațiile acesteia nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare, prin raportare la jurisprudența invocată și redată anterior, cu titlu de exemplu.

Cu privire la jurisprudența națională invocată de către contestatoare, Consiliul reține faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 31 alin. (2) din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că „Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite”.

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din lege și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepția lipsei de interes în formularea contestației *“Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, [...] iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.”*

Față de cele de mai sus, constatând că nu este îndeplinită una dintre condițiile de admisibilitate a unei contestații, respectiv interesul legitim în formularea acesteia, conform dispozițiilor art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. 1 lit. f) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 26 alin. (6), în considerarea celor evocate, Consiliul determină că este lipsită de interes contestația ... SRL, context în care Consiliul va respinge în consecință contestația, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

..

MEMBRU,

.

MEMBRU,

.

.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.