



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 751/06.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48865/06.11.2020, depusă de ..., reprezentată prin ..., având CUI RO ..., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea, pe loturi, a contractului de furnizare Utilaje, cod CPV 43200000-5 *Utilaje pentru terasamente, utilaje de excavare si piese ale acestora* (Rev. 2), lot 2, contestatoarea a solicitat, în principal, făcând aplicarea autorității de lucru judecat a deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020, obligarea achizitorului la constatarea caracterului inacceptabil al ofertei depuse de ... SRL, anularea raportului de atribuire nr. 3766/ 27.10.2020, a comunicării rezultatului procedurii nr. 3767/27.10.2020, a comunicării rezultatului procedurii nr. 3768/27.10.2020 și a tuturor actelor de reevaluare subsecvente deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020, în ceea ce privește ofertantul ... S.R.L. și, pe cale de consecință, obligarea achizitorului la anularea proceduri de atribuire, în lipsa vreunei oferte admisibile, iar în subsidiar, obligarea achizitorului la constatarea caracterului neconform al ofertei depuse de ... SRL, anularea raportului de atribuire nr. 3766/27.10.2020, a comunicării rezultatului procedurii nr. 3767/27.10.2020, a comunicării rezultatului procedurii nr. 3768/27.10.2020 și a tuturor actelor de reevaluare subsecvente deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020, în ceea ce privește ofertantul ... S.R.L. și, pe cale de consecință, obligarea

achizitorului la anularea procedurii de atribuire, în lipsa vreunei oferte admisibile, în temeiul art. 212 alin. 1 lit. a din Legea 98/2016.

Procedura de soluționare s-a desfășurat în scris.

**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 ... critică rezultatul procedurii, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea face trimitere la contestația formulată anterior, împotriva rezultatului evaluării inițiale, care a fost soluționată prin decizia Consiliului nr. .../21.09.2020, devenită definitivă prin neatacare și statuându-se cu autoritate de lucru judecat.

Prin decizia anterior menționată, autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertei depuse de ... SRL, pentru lotul 2, cu respectarea celor din motivare și a prevederilor legale în vigoare.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu a respectat autoritatea de lucru judecat, desemnând din nou, ca admisibil și câștigător ofertantul ... SRL, deși motivarea deciziei Consiliului a reglementat expres limitele de reevaluare a acestei oferte, în sensul constatării de către comisia de evaluare a caracterului inacceptabil al ofertei depuse și a respingerii corelative a acesteia.

Achizitoarea a respectat autoritatea de lucru judecat a deciziei Consiliului nr. .../21.09.2020 doar în ceea ce privește oferta ... SRL, respingând-o, din nou, ca neconformă.

În situația în care se va face o analiză pe fond a contestației, ... solicită analizarea tuturor motivelor de neconformitate, care au făcut obiectul litigiului anterior, raportat la oferta depusă de ... SRL.

Față de aspectele prezentate, contestatoarea solicită admiterea contestației, obligarea autorității contractante la constatarea caracterului inacceptabil și neconform al ofertei depuse de ... S.R.L. și anularea procedurii de atribuire.

Prin adresele nr. ... și nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante și contestatoarei punctul de vedere cu privire la excepția lipsei de interes în formularea contestației, raportat la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că, prin decizia nr. ... din data de 21.09.2020, respingerea ofertei a fost considerată corectă, iar această decizie a rămas definitivă, nefiind atacată cu plângere.

Prin adresa nr. 4003/11.11.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 49654/11.11.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de ... SRL, solicitând respingerea acesteia.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de ... SRL, invocând pe de o parte nerespectarea prevederilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, iar pe de altă parte excepția lipsei de interes.

Astfel, de vreme ce oferta depusă de ... a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, deoarece propunerea tehnică nu îndeplinea cerințele minimale și obligatorii solicitate de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, decizia autorității contractante fiind confirmată prin decizia Consiliului nr. ... din 21.09.2020, obligatorie și definitivă prin neatacare, care a dobândit autoritate de lucru judecat acesta nu mai are interes în promovarea unei căi de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă prezintă în detaliu modul de desfășurare al întregii proceduri și solicită respingerea contestației depuse de ... SRL, ca nefondată, susținând faptul că a respectat întocmai prevederile legale și cele dispuse prin decizia Consiliului.

Prin adresa nr. 798/11.11.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 49706/12.11.2020, ... a transmis punct de vedere cu privire la excepția lipsei de interes, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Prin adresa nr. 4059/13.11.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 50095/13.11.2020, ... a transmis punct de vedere cu privire la răspunsul formulat de ... SRL, reiterând susținerile formulate anterior, prin punctul de vedere cu privire la excepția lipsei de interes.

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

În vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare *Utilaje*, cod CPV 43200000-5 *Utilaje pentru terasamente, utilaje de excavare si piese ale acestora* (Rev. 2), Lot 2, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare este de 4.013.455,40 lei, (din care, pentru lotul 2 contestat este de 791.500 euro, echivalentul a 3.805.057,1 lei, la cursul de 4,8074 lei/euro), fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate – preț*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 04.06.2020, ora 15:00.

În cadrul aceleiași proceduri S.C. ... a formulat contestație și împotriva documentației de atribuire, respectiv împotriva specificațiilor tehnice impuse pentru utilajele de la lotul 2 contestat, aceasta fiind respinsă de Consiliu prin decizia nr. 874/C6/938/28.05.2020. Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere (dosar nr. 2829/2/2020), fiind respinsă ca nefondată prin Hotărârea nr. 1330/24.07.2020, emisă de Curtea de Apel București, Secția a IX-a Contencios administrativ și fiscal.

Este de reținut și faptul că S.C. ... a mai formulat o contestație în referire la specificațiile tehnice pentru utilajele care fac obiectul Lotului 2, aceasta fiind admisă de Consiliu prin Decizia nr. 637/C11/484, 499 din 16.04.2020 și, întrucât modificările stabilite de Consiliu nu au mai putut fi efectuate, fiind deschise ofertele, în baza art. 212 alin. (1) lit. d) din

Legea nr. 98/2016, s-a anulat procedura de atribuire, pentru lotul 2, și s-a inițiat o nouă procedură care face obiectul speței în analiză.

Anterior, pe rolul Consiliului s-a aflat și dosarul nr. 1754/2020 care a fost soluționat prin Decizia nr. ... din 21.09.2020 prin care s-au dispus următoarele:

"În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, admite, în parte, contestația depusă de ... SRL, în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii nr. 2152/11.08.2020, în ceea ce privește oferta ... SRL pentru lotul 2, precum și comunicările privind rezultatul procedurii comunicat ofertanților. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de ... SRL, pentru lotul 2, cu respectarea celor din motivare și a prevederilor legale în vigoare, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu întocmire a unui nou raport al procedurii. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite cu respectarea termenului legal prevăzut.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate capetele de cerere de reevaluare a ofertei și de anulare a raportului procedurii în partea care privește oferta ... SRL pentru lotul 2.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca inadmisibile solicitările contestatoarei de constatare a admisibilității ofertei sale, precum și a caracterului inacceptabil și neconform al ofertei depuse de ... SRL, precum și solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare 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."

Urmare a reevaluării dispuse de Consiliu, autoritatea contractantă a stabilit oferta depusă de ... drept ofertă câștigătoare, astfel cum rezultă din Raportul procedurii nr. 3766/27.10.2020.

Având în vedere criteriul de atribuire "*Cel mai bun raport calitate - preț respectiv factorii de evaluare*", Comisia de evaluare a considerat admise DUAЕ, Propunerea tehnică și Propunerea financiară depuse de ofertantul ... și terțul susținător ... pentru Lotul 2.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii, S.C. ... a depus contestația în analiză, solicitând cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii, respectiv:

„1. în principal, făcând aplicarea autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020, obligarea achizitorului la constatarea caracterului inacceptabil al ofertei depuse de ..., anularea RAPORTULUI DE ATRIBUIRE nr. 3766/27.10.2020, Comunicării rezultatului procedurii nr. 3767/27.10.2020, Comunicării rezultatului procedurii nr. 3768/27.10.2020 și a tuturor actelor de reevaluare subsecvente Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020, în ceea ce privește acest ofertant, și, pe cale de consecință, obligarea achizitorului la anularea procedurii de atribuire, în lipsa vreunei oferte admisibile, în temeiul art. 212 alin. 1 lit. a din Legea 98/2016;

2. în subsidiar, obligarea achizitorului la constatarea caracterului neconform al ofertei depuse de ..., anularea RAPORTULUI DE ATRIBUIRE nr. 3766 / 27.10.2020, Comunicării rezultatului procedurii nr. 3767/27.10.2020, Comunicării rezultatului procedurii nr. 3768 / 27.10.2020 și a tuturor actelor de reevaluare subsecvente Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020, în ceea ce privește acest ofertant, și, pe cale de consecință, obligarea achizitorului la anularea procedurii de atribuire, în lipsa vreunei oferte admisibile, în temeiul art. 212 alin. 1 lit. a din Legea 98/2016."

În replică la cele reclamate de contestatoare, autoritatea contractantă a precizat în cuprinsul punctului de vedere formulat următoarele:

" Vă rugăm să admiteți excepția lipsei de interes, cu consecința respingerii contestației.

Astfel, de vreme ce oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, deoarece propunerea tehnică nu îndeplinea cerințele minimale și obligatorii solicitate de autoritatea contractantă prin Caietul de sarcini, decizia autorității contractante fiind confirmată prin Decizia nr. ... din 21.09.2020, obligatorie și definitivă prin neatacare, care a dobândit autoritate de lucru judecat acesta nu mai are interes în promovarea unei căi de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice."

Având în vedere faptul că oferta contestatoarei nu a fost declarată câștigătoare nici anterior, prin intermediul primei adrese de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și nici ulterior prin intermediul celei de-a doua adrese de comunicare, Consiliul consideră că se impune stabilirea modului în care a fost prejudiciată autoarea contestației, vizavi de analiza efectuată de autoritatea contractantă privind reevaluarea ofertelor.

Într-o atare situație, preliminar oricărei discuții asupra fondului contestației, Consiliul este ținut să analizeze existența interesului contestatoarei în demersul său, în condițiile în care aceasta a formulat critici vizând oferta declarată *câștigătoare*, iar oferta depusă de aceasta a fost respinsă, fiind incidente prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv *„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”*.

Raportat la excepția invocată, Consiliul constată că sunt incidente următoarele dispoziții 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. 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”.

Totodată, Consiliul apreciază că sunt relevante, în cauză, dispozițiile art. 32 alin. (1) din Codul de procedură civilă, care dispun 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, cu modificările și completările ulterioare 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 îndeplinește condițiile expuse anterior. În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că ... SRL nu are un interes în promovarea criticilor formulate, deoarece actul atacat, respectiv raportul procedurii, nu o prejudiciază în niciun fel pe contestatoare, din moment ce oferta depusă de acesta a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, evaluare care a fost validată de Consiliu potrivit considerentelor reținute în cuprinsul Deciziei nr. ... din 21.09.2020.

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

În urma reevaluării ofertelor, reclamanta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante, astfel cum impune art. 3 alin. (1) lit. f) din lege, mai sus menționat atât timp cât oferta sa a rămas în continuare inacceptabilă și neconformă, fiind respinsă.

În condițiile în care oferta contestatoarei nu ar putea fi declarată și câștigătoare deoarece nu a fost modificat caracterul neadmisibil și pe cale de consecință necâștigător al ofertei sale prin demersurile autorității contractante, este subînțeles că nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante de reevaluare a ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. Nici prin argumentarea probatorie a contestației și nici în mijloacele de probă anexate ei, autoarea contestației, contrar art. 249 din Noul Cod de procedură civilă, nu produce vreo dovadă a unui *prejudiciu personal* decurgând din reevaluarea ofertelor și declararea drept câștigătoare a ofertei depuse S.C. ... S.R.L.

Argumentul decisiv pe care se bazează autoarea contestației în favoarea faptului că demersul inițiat nu este unul lipsit de interes, se bazează pe următoarele aspecte:

" - consecințele nerespectării autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020 de către achizitor sunt dezastruoase asupra bugetului de stat (s.n. prețul exagerat al ...), siguranței circuitului civil (s.n. o decizie definitivă cu autoritate de lucru judecat a CNSC este ignorată complet și expres de către achizitor la reevaluare) și îngrădirii dreptului nostru la o cale efectivă de atac împotriva actelor ilegale ale autorității contractante (s.n. prin invocarea din oficiu a excepției lipsei de interes de către CNSC) deoarece:

a. Pe de o parte ofertantul ..., dacă se reține excepția lipsei de interes invocată din oficiu de către CNSC câștigă un contract cu încălcarea flagrantă a autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020;

b. Pe de altă parte ofertantului S.C. ... SRL i se refuză o cale efectivă de atac împotriva actelor ilegale ale achizitorului, deși, aceste acte au fost emise cu încălcarea flagrantă a autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020."

Consiliul reține în soluționare și argumentele achizitoarei, potrivit cărora:

"Nu pot fi reținute nici susținerile contestatoarei cu privire la un interes care „să nu fie născut încă, ci doar potențial, în sensul organizării unei viitoare noi proceduri de atribuire cu același obiect, în care S.C. ... SRL să aibă o nouă șansă de a depune o ofertă admisibilă și de a-și adjudeca contractului", atâta vreme cât în cadrul prezentei proceduri, contestatoarea a ales a depune o ofertă fără respectarea tuturor specificațiilor tehnice impuse, cu toate că toate contestațiile formulate cu

privire la acestea au fost respinse, asumându-și astfel riscul ca oferta să fie respinsă. Așadar, prejudiciul/paguba pe care contestatoarea susține că a suferit-o prin producția nevândută și profitul nerealizat aferent acesteia, neavând o șansă reală la adjudecarea contractului, se datorează exclusiv contestatoarei S.C. ... SRL."

Din economia celor mai sus reținute Consiliul constată că practic, contestatoarea argumentează necesitatea respingerii excepției lipsei de interes în promovarea contestației, pe considerentul că *a avut un interes în cadrul procedurii de atribuire, chiar dacă în prezent nu mai are, oferta sa fiind respinsă definitiv.*

Imprejurarea că, oferta depusă de S.C. ... este respinsă, operând autoritatea de lucru judecat vizavi de respingerea ofertei sale, potrivit Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020, rămasă definitivă prin neatacare, conduce la incidența dispozițiilor art. 3 alin. (3) lit. f) din Legea nr. 101/2016 potrivit 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."*

exclud

e

re

es

t

e

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."

Potrivit art. 431 alin. (2) Cod procedură civilă *"Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă."*

Doctrina și jurisprudența s-au exprimat în sensul că nu este necesară tripla identitate de părți, obiect și cauză pentru a fi invocat lucrul judecat, câtă vreme se aduce în discuție o chestiune litigioasă soluționată anterior.

Aplicând aceste dispoziții legale la speța analizată, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei, fără a mai exista posibilitatea ca aceasta să poată intra în cursa pentru câștigarea contractului.

Raționamentul conturat de autoarea contestației, potrivit căruia *"interesul contestatoarei în susținerea contestației ce face obiectul prezentului dosar este unul dublu:*

1) *Public - asigurarea respectării siguranței circuitului civil prin apărarea efectelor autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020 și*

2) *Privat - apărarea șanselor noastre la atribuirea contractului în cazul reluării procedurii de atribuire cu respectarea efectelor autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. ... din data de 21.09.2020 (s.n. de*

facto, prin decizia CNSC s-a dispus anularea indirectă a procedurii de atribuire în condițiile în care s-a constatat că niciun ofertant nu este admisibil și nici nu poate fi transformat în admisibil prin reevaluarea dispusă de către CNSC, decizia devenind definitivă prin neatacare și obligatorie cu autoritate de lucru judecat, inclusiv pentru achizitor, nu doar pentru contestatoare) și a prevederilor legale” nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că potrivit doctrinei juridice, calea de atac a contestației nu este deschisă oricărei persoane, ci doar acelor care fac dovada că au calitatea de persoană vătămată, în sensul art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul determină că neexistând posibilitatea legală a înlăturării caracterului inacceptabil și neconform al ofertei contestatoarei, aceasta nu justifică un interes în formularea criticilor referitoare la oferta declarată câștigătoare, cu consecința anulării procedurii de atribuire (motivat de lipsa vreunei oferte admisibile, în temeiul art. 212 alin. 1 lit. a din Legea 98/2016).

Prin declanșarea demersului jurisdicțional trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese ale contestatoarei, *nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici care ar avea acces la procedura de atribuire*. Interesul reprezintă folosul urmărit de către cel care a pus în mișcare acțiunea și el trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie legitim, să fie născut și actual, să fie personal și direct. Interesul este legitim atunci când nu contravine legii și normelor sociale; născut și actual atunci când există în momentul în care se exercită acțiunea și pe întreg parcursul exercitării acesteia; este personal și direct atunci când folosul practic îl vizează pe cel care recurge la această formă procedurală și nu pe altcineva. Folosul urmărit prin cerere trebuie să aparțină titularului acesteia, prin aceasta justificându-se caracterul de interes direct și personal, admitându-se unanim că prin declanșarea unui demers procesual trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese și nu interesul general de respectare a legii ori al altor persoane, străine de cauză.

Abordarea contestatoarei în vederea determinării interesului privat, pe considerentul declanșării demersului jurisdicțional pentru *apărarea șanselor noastre la atribuirea contractului în cazul reluării procedurii de atribuire* nu poate fi primită de Consiliu atâta vreme cât potrivit dispozițiilor art. 33 din Codul procedură civilă: *„Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual (...)”* interesul trebuie să fie născut și actual, și nu potențial, în sensul organizării unei viitoare noi proceduri de atribuire cu același obiect, în care *“S.C. ... SRL să aibă o nouă șansă de a depune o ofertă admisibilă și de a-și adjudeca contractului”*.

În considerarea celor antemenționate sunt juste precizările achizitoarei potrivit cărora: *“(...)în cadrul prezentei proceduri,*

contestatoarea a ales a depune o ofertă fără respectarea tuturor specificațiilor tehnice impuse, cu toate că toate contestațiile formulate cu privire la acestea au fost respinse, asumându-și astfel riscul ca oferta să fie respinsă. Așadar, prejudiciul/paguba pe care contestatoarea susține că a suferit-o prin producția nevândută și profitul nerealizat aferent acesteia, neavând o șansă reală la adjudecarea contractului, se datorează exclusiv contestatoarei S.C. ... SRL."

În această direcție este și precedentul devenit practică statornică a instanțelor de judecată.

Sunt relevante în speța analizată următoarele decizii pronunțate de instanțe, respectiv:

- Sentința civilă nr. 132/CA din 19 august 2015 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, respectiv următoarele considerente: *„Criticile privind oferta declarată câștigătoare sunt lipsite de interes, în condițiile în care oferta petentei este inacceptabilă. Anularea procedurii de atribuire și posibilitatea reluării ei nu probează interesul contestatoarei”;*

- Sentința civilă nr. 232/CA din 24 noiembrie 2016 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a Civilă, de Contencios administrativ și Fiscal: *„Cum oferta pârâtei este neconformă, aceasta nu riscă să suporte un prejudiciu actual ca urmare a desemnării unei alte oferte câștigătoare, întrucât respingerea acesteia nu ar determina atribuirea contractului către pârâtă”;*

- Deciziile nr. 315 din 26 ianuarie 2015 și nr. 577 din 5 februarie 2015 ale Curții de Apel Craiova, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal: *„Criticile privind oferta declarată câștigătoare sunt apreciate ca lipsite de interes, în condițiile în care oferta petentei a fost reținută ca neconformă, neputând obține niciun folos material și direct din reținerea ca neconformă a ofertei declarate câștigătoare”.*

Luând în considerare ansamblul tuturor considerentelor mai sus expuse, Consiliul determină că neexistând posibilitatea legală a înlăturării caracterului inacceptabil și neconform al ofertei contestatoarei, aceasta nu justifică un interes în formularea criticilor referitoare la oferta declarată câștigătoare. Are în vedere atunci când stabilește astfel, dispozițiile art. 33 teza I din Codul de procedură civilă, în conformitate cu care *„interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual”*, prin urmare acestea sunt cerințele de valabilitate pe care trebuie să le îndeplinească condiția de exercitare a acțiunii civile.

Cu titlu jurisprudențial, Consiliul are 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.

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, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie

2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea

din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische

Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C- 355/15, 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, C- 689/13, 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, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53. Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13, 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 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*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, 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 (C- 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și

■

36), **Cur**

că unui o - o

■

p

ro

c

edură

a

chi

z

i

t

ii

p

împot

r

i

v

a

d

e

ci

a

chi

z

i

t

ii

. Totuși, în această cauză, **d**

p

r

intr- o

dobândi

înain

t

e

c

a

i

n

s

t

anț

a

sesizată cu c

împot

r

i

v

a

s

ă

se

p

ronunțe,

ast

f

el încă

discu

ț

ie.

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. Într- o 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 autoritatea 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.”

De asemenea, 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
p
r

intr-o

auto

r

ită

ț

ii contr

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),

constitua 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 celeiași 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 adjudecatarului.

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, **o până**

**î
n**

ipo

**t
ez
a
î**

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 o**

dintr- o

**p
ro
c
edură
a
chi
z
i
ț
ii
p
r**

intr- o

**d
e
ci
a
l**

s _____

a 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 adjudecatarul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecatar ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.”

Din economia celor mai sus redate, Consiliul determină că, în soluționarea excepției lipsei de interes a contestației în analiză, față de solicitările autoarei contestației în referire la oferta desemnată câștigătoare, trebuie avută în vedere, *prioritar*, situația ofertei contestatoarei.

Așadar trebuie avut în vedere că, nefiind atacată cu plângere decizia Consiliului prin care s-a stabilit corectitudinea respingerii ca inacceptabilă și neconformă a ofertei S.C. ..., a rămas definitivă, așadar, decizia de respingere a ofertei contestatoarei, la momentul formulării acțiunii (06.11.2020), era definitivă, Consiliul pronunțându-se la data de 21.09.2020.

În consecință, ofertantul fiind exclus definitiv din procedură, se constată că este incidentă situația din cauza C-355/15, respectiv *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.

La momentul formulării contestației în cauză, interesul acesteia nu mai subzistă, oferta sa fiind respinsă printr-o decizie a autorității contractante rămasă definitivă, prin confirmarea ei de către Consiliu.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge ca lipsite de interes petitele S.C. ..., în privința *solicitării de constatare a caracterului inacceptabil și neconform al ofertei depuse de S.C. ... S.R.L., anularea raportului procedurii, adreselor de comunicare a rezultatului procedurii și, pe cale de consecință, obligarea achizitorului la anularea procedurii de*

atribuire, în lipsa vreunei oferte admisibile, în temeiul art. 212 alin. 1 lit. a din Legea 98/2016.

Ținând seama de probatoriul aflat la dosar, de considerentele expuse și de practica judiciară statornică, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., având a cerceta cu precădere existența interesului (procesual al) contestatoarei în cauză, Consiliul constată că S.C.... nu are interes în a solicita anularea raportului procedurii, prin care s-a stabilit ofertantul câștigător, fiind evident că aceasta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a actului autorității contractante pe care îl atacă.

Luând în considerare cele ce preced, Consiliul admite excepția lipsei de interes în formularea contestației de către S.C...., invocată din oficiu și, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge contestația formulată de către S.C. ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., ca lipsită de interes, și nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes în formularea contestației de către S.C. ..., invocată din oficiu de Consiliu.

Respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de S.C. ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva ei 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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...