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. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ....

Prin contestaţia nr. 2098/05.09.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 35000/06.09.2019, înaintată de SC ...SRL, cu sediul social în …., formulată împotriva Raportului procedurii nr. 80005/30.08.2019, emis de MUNICIPIUL ….., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Întocmire studiu de fezabilitate pentru obiectivul de investiții Reamenajare intersecție ....”,* s-a solicitat:

- anularea Raportului procedurii nr. 80005/30.08.2019, prin care este informată cu privire la rezultatul evaluării ofertelor și declararea câștigătorului procedurii;

- anularea adresei nr. 81988/05.09.2019 de comunicare a rezultatului procedurii;

- sesizarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice și a Curții de Conturi ca urmare a încălcării de către autoritatea contractantă a prevederilor legislației în materia achizițiilor publice.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ...SRL, operator economic participant la procedură, a criticat hotărârea autorității contractante de a accepta Scrisoarea de garanție bancară depusă de SC ...SRL.

În fapt, petenta arată că, la data de 13.06.2019, autoritatea contractantă i-a transmis o solicitare de clarificări în care se preciza: *„despre oferta financiară propusă de dvs. este admisibilă din punct de vedere al încadrării acesteia în valoarea estimată a achiziţiei, că aţi precizat fiecare operaţie în parte cu valoarea financiară aferentă, nu aţi fundamentat constituirea preţurilor ofertate, respectiv nu aţi detaliat cheltuielile directe, indirecte, cota de profit cu evidenţierea distinctă a tarifului de manopera practicat”.*

Faţă de acest aspect, comisia de evaluare a solicitat clarificări în conformitate cu prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 134 alin. (1), (5) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere că solicitarea de clarificări era una ambiguă, petenta a formulat următorul răspuns: *"cerinţa de a ne fundamenta constituirea preţurilor ofertate, respectiv de a detalia cheltuielile directe, indirecte, cota de profit cu evidenţierea distinctă a tarifului de manoperă practicat nu se regăseşte niciunde în cuprinsul Fişei de date sau a Caietului de sarcini.*

În concluzie, pentru a putea răspunde la solicitarea de clarificare, avem rugămintea să indicaţi unde se găseşte această cerinţă în cuprinsul documentaţiei de atribuire, ori să justificaţi această solicitare în raport de alte prevederi legale, întrucât cea în temeiul căreia aţi formulat-o nu se aplică în speţa de faţă."

Ca și consecinţă a răspunsului, autoritatea contractantă a emis adresa nr. 58697/26.06.2019, prin care a informat petenta că:

- oferta sa este respinsă ca inacceptabilă, întrucât răspunsul dat excede solicitarea comisiei de evaluare, temeiul de drept fiind art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016;

- oferta este neconformă, întrucât nu a justificat preţul ofertat prin raportare la art. 210 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 alin. (1) - (3) din HG nr. 395/2016.

În consecinţă, aceasta a înaintat la Consiliu contestaţia ce a făcut obiectul Dosarului nr. …./2019, soluţionat la data de 30.07.2019, prin emiterea Deciziei nr. …, fiind respinsă ca nefondată.

Drept urmare, petenta a formulat plângere împotriva Deciziei CNSC, soluţionată de Curtea de Apel Braşov, prin Hotărârea nr. …., fiind anulată ca netimbrată.

Aceasta a depus împotriva Hotărârii nr. …, contestaţie în anulare, fiind format dosarul nr. …, pe rolul Curţii de Apel …., care încă nu a primit termen de soluţionare.

În ceea ce priveşte interesul său în formularea prezentei contestaţii, petenta invocă prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) punct (i) din Legea nr. 101/2016, respectiv art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precizând că aplicând principiul per a contrario, rezultă că, atâta vreme cât decizia de excludere face obiectul unei căi de atac, fie ea şi extraordinare, excluderea nu este definitivă, aşadar îşi păstrează interesul.

În opinia sa, legiuitorul nu a prevăzut în mod expres calea de atac pe care a avut-o în vedere, dacă aceasta trebuie să fie ordinară sau extraordinară, astfel că „Ubi lexnon distinguit, nec nos distinguere debemus” (Unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie sa distingem).

Având în vedere faptul că la momentul prezentei pe rolul Curţii de Apel Braşov se află spre soluţionare Dosarul nr. …., având ca obiect contestaţie în anulare, consideră că în prezenta contestaţie nu poate fi invocată lipsa sa de interes, astfel încât solicită reţinerea spre soluţionare fondul cauzei.

Pe fondul cauzei, contestatoarea învederează Consiliului că raportul procedurii este întocmit cu încălcarea normelor fundamentale în domeniul achiziţiilor publice.

Astfel, potrivit art. III.1.6 a) Garanţia de participare din fişa de date, ofertanţii trebuie să prezinte o garanţie de participare care să aibă o valabilitate de 120 de zile de la data limită de depunere a ofertei, or Scrisoarea de garantie bancară depusă de SC ...SRL are o valabilitate de doar 92 de zile, aspect care conduce la neconformitatea ofertei sale.

Această neconformitate este preluată, perpetuată şi confirmată în Raportul procedurii, unde, la pagina 3, se precizează că ...SRL a depus *„Scrisoare de garanţie bancara nr. 7632429/SGB/21.05.2019 în cunatum de 3.107 lei. Valabilitate până la 21.08.2010”.*

Având în vedere că data depunerii ofertelor a fost 21.05.2019, scrisoarea de garanţie bancară trebuia să fie valabilă până la data de 18.09.2019 (21.05.2019 +120 zile =18.09.2019).

Deşi acest aspect era evident, comisia de evaluare nu a solicitat clarificări suplimentare, astfel încât, până la momentul întocmirii Raportului procedurii, situaţia s-a perpetuat, autoritatea contractantă declarând astfel câştigător un ofertant inacceptabil.

Contestatoarea susţine că, deşi a atras atenţia asupra acestei erori în faza de contestaţie (Dosar CNSC nr. ….), autoritatea contractantă, prin atitudinea avută în faţa CNSC, de tăinuire şi contrafacere de documente (transmitere fişa de date incompletă către CNSC - lipsea exact pagina cu garanţia de participare), devine părtaşă la comiterea acestei contravenţii, fiind evident faptul că era conştientă de „eroarea” făcută.

Astfel fiind, în raport de petitul contestaţiei ce face obiectul dosarului, este evident că autoritatea contractantă are o atitudine părtinitoare, subiectivă pozitiv faţă de SC ...SRL, modul său de evaluare a ofertelor fiind unul vădit disproporţionat.

Având în vedere toate cele expuse, petenta consideră că modul în care a acţionat comisia de evaluare este unul discreţionar, cu încălcarea legislaţiei în domeniu, şi chiar contravenţional, prin tăinuirea de fapte şi acte care i-ar putea atrage sancţiuni.

Tocmai pentru aceste motive, autoarea contestaţiei consideră că este imperios necesar ca, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, Consiliul să sesizeze Agenţia Naţionale pentru Achiziţii Publice şi Curtea de Conturi, ca urmare a încălcării de către

autoritatea contractantă a prevederilor legislaţiei în materia achiziţiilor publice.

Prin adresele nr. 35358 şi 35357/….-C4/10.09.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei şi autorităţii contractante punctul de vedere cu privire la excepția autorității de lucru judecat cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. 83462/10.09.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 35508/11.09.2019, prin care solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată şi nelegală, precum și menținerea deciziilor sale din evaluare, pentru următoarele motive:

Pe cale de excepție, autoritatea arată că SC ...SRL formulează critici care tind să conteste aspecte tranşate prin Decizia nr. 1276/C4/1284 din data de 30.07.2019, decizie care a intrat în puterea lucrului judecat prevăzut de art. 431 C.proc.civ., producându-se efectul pozitiv care prohibeşte un al doilea proces care să pună în discuţie aspecte dezlegate.

Aşadar, contestatorul urmăreşte, prin contestaţia de faţă, să lipsească de efectele puterii de lucru judecat o hotărâre anterioară, formularea unor critici diferite faţă de contestaţia anterioară neavând vreo relevanţă în condiţiile în care se readuce în discuţie respingerea ofertei depuse de acesta, pe care contestatorul a pus-o în discuţie şi anterior.

Potrivit art. 431 alin.1 C.proc.civ. „Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeaşi calitate, în temeiul aceleiaşi cauze şi pentru acelaşi obiect".

Prin urmare, pentru a exista putere de lucru judecat dedusă într-un proces din hotărârea pronunţată într-un proces anterior, potrivit articolului menţionat, trebuie să existe triplă identitate de părţi, de obiect şi de cauză.

Cu privire la elementul părţi, se poate lesne observa existenţa identităţii atât în prima contestaţie, cât şi cea de a doua fiind formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă Municipiul Braşov.

În literatura de specialitate (Codul de procedură civilă, comentat şi adnotat, autori Gabriel Boroi, Dumitru Rădescu, pag. 248. pct.13, 14) se arată că „pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acţiuni în acelaşi mod, ci este suficient ca din cuprinsul acţiunilor să rezulte că este acelaşi. De aici rezultă şi identitatea de cauză", precum şi că „pentru a exista identitate de obiect între două acţiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit de reclamant este acelaşi în ambele acţiuni şi, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluţia dată de instanţă are putere de lucru judecat într-o nouă acţiune în care se încearcă valorificarea aceluiaşi drept".

Prin urmare, Consiliul s-a pronunţat asupra criticilor de inadmisibilitate a ofertei depuse de SC ...SRL, invocate de contestator,

constatând ca fiind neîntemeiate, prin decizia menţionată (…./C4/…. din data de 30.07.2019), Consiliul a respins ca nefondată contestaţia formulată de SC ...SRL.

Această reglementare a puterii de lucru judecat în forma prezumţiei vine să asigure, din nevoia de ordine şi stabilitate juridică, evitarea contrazicerilor între considerentele hotărârilor pronunţate.

Este ceea ce tinde SC ...SRL să obţină prin introducerea prezentei contestaţii, respectiv să lipsească de efectele puterii de lucru judecat o hotărâre anterioară, prin care s-a statuat asupra inadmisibilităţii ofertei depuse de acesta.

Cum în relaţia dintre părţi această prezumţie are caracter absolut, înseamnă că nu se poate depune o nouă contestaţie în cadrul căreia să se pretindă stabilirea contrariului.

Având în vedere cele ce preced, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2106, autoritatea contractantă solicită admiterea excepţiei puterii de lucru judecat, şi respingerea contestaţiei depusă de SC ...SRL, fără pronunţare asupra fondului cauzei.

Autoritatea contractantă consideră că, deşi contestaţia formulată în cauza prezentă vizează noi acte administrative, respectiv Raportul Procedurii nr. 80005/30.08.2019 şi adresa 81988/05.09.2019 prin care s-a comunicat rezultatul procedurii, în fapt vizează acelaşi petit, şi anume anularea deciziei de respingere aşa cum a fost ea comunicată prin adresa nr. 58697/26.06.2019.

Raportul procedurii reprezentând practic un sumar al modului de desfăşurare al procedurii de atribuire prin procedură simplificată a contractului de achiziţie publică având ca obiect „întocmire studiu de fezabilitate pentru obiectivul de investiţii-Reamenajare intersecţie Calea Bucureşti - str. Toamnei - str. Zizinului" şi nu noi decizii luate de comisia de evaluare. De asemenea, prin adresa nr. 81988/05.09.2019 nu i-a fost comunicat contestatoarei un alt rezultat al procedurii, ci doar a reprezentat comunicarea finală după întocmirea Raportului procedurii, aşa cum cade în sarcina comisiei de evaluare cu respectarea prevederilor art. 215 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 142 alin (2) din HG nr. 395/2016.

În fapt, prin adresa nr. 54765/13.06.2019, transmisă în SEAP, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului în sensul fundamentării preţurilor ofertate, respectiv detalierii cheltuielilor directe, indirecte, cota de profit cu evidenţierea distinctă a tarifului de manoperă practicat. Termenul de răspuns la solicitarea de clarificări a fost 19.06.2019, inclusiv, prin intermediul platformei electronice SEAP, semnate cu semnătură electronică extinsă.

Ofertantul SC ...SRL a răspuns în termen, în SEAP, la solicitările de clarificări, prin adresa având nr. SEAP SCN1042972/00085/14.06.2019, semnată cu semnătură electronică extinsă.

În urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificare, comisia de evaluare constată că ofertantul SC ...SRL a transmis un răspuns care excede solicitării, fiind considerat neconcludent.

Faţă de constatările anterioare, comisia de evaluare, aplicând prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, respinge oferta depusă de ofertantul SC ...SRL ca inacceptabilă.

În urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificării în sensul justificării preţului ofertat, prin fundamentarea preţurilor ofertate, în temeiul art. 210 alin. (1), (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 alin. (1)-(3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare constată următoarele: ofertantul SC ...SRL nu a răspuns în mod concludent la solicitarea de clarificări, explicaţiile date nefiind însoţite de dovezi concludente în conformitate cu prevederile art. 210 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Faţă de constatările anterioare, comisia de evaluare, aplicând prevederile art. 136 alin. (3) coroborat cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, respinge oferta depusă de ofertantul SC ...SRL ca neconformă.

Faţă de cele menţionate anterior, autoritatea consideră că, în mod corect, aplicând prevederile art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016, ale art. 209 alin (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, în raport cu sarcinile şi atribuţiile ce îi revin, a solicitat clarificările necesare în vederea evaluării ofertei.

SC ...SRL avea obligaţia de a răspunde solicitărilor de clarificări formulate de către comisia de evaluare sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabile pentru răspunsul neconcludent sau putea uza de de dreptul de a contesta solicitarea de clarificări, în situaţia în care se considera vătămat prin acest act emis de autoritatea contractantă, drept de care nu a înţeles să uzeze.

Prin urmare, din analiza răspunsului la solicitarea de clarificări comisia de evaluare nu a putut să îşi formeze un punct de vedere faţă de clarificările solicitate, considerând că răspunsul dat excede solicitării comisiei de evaluare, fiind considerat neconcludent.

Faţă de solicitarea privind sesizarea Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice şi a Curţii de Conturi ca urmare a încălcării prevederilor legislaţiei în materia achiziţiilor publice, autoritatea contractntă menţionează că este o solicitare neîntemeiată, având în vedere că în aplicarea deciziilor luate comisia de evaluare a respectat legislaţia în materie şi a principiilor ce o guvernează, respectiv: nediscriminarea, tratamentul egal, recunoaşterea reciprocă, transparenţa, proporţionalitatea, asumarea răspunderi, iar simplul fapt că decizia comisiei de evaluare nu mulţumeşte un ofertant nu înseamna că aceasta a fost aplicată cu încălcărea principiilor mai sus enumerate ori cu rea-credinţă, aşa cum în mod eronat menţionează contestatoarea.

Faţă de aspectul că împotriva Hotărârii nr. …./2019, pronunţată de Curtea de Apel Braşov, contestatoarea SC ...SRL a depus contestaţie în anulare, fiind format pe rolul Curţii de Apel …. Dosarul nr. 467/64/2019, autoritatea contractantă menţionează că nu a avut cunoştinţă de acest

fapt până la primirea prezentei contestaţii, nefiindu-i comunicat niciun exemplar de pe aceasta până în momentul de faţă.

Contestatoarea a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. 35594/11.09.2019, precizând că autoritatea contractantă, cu intenție, a omis dezbaterea asupra obiectului contestației, respectiv alegațiile cu privire la motivul contestării raportului procedurii, acela că emiterea acestuia s-a făcut cu încălcarea principiilor fundamentale în domeniul achizițiilor publice, respectiv a art. 36 alin. (2) din HG nr. 395/2016 privitor la garanția de participare.

Contrar afirmațiilor autorității contractante, argumentele contestației ce fac obiectul dosarului prezent nu privesc declararea ofertei sale ca fiind inacceptabilă și neconformă, chestiune deja dezbătută și tranșată atât de CNSC, cât și de Curtea de Apel Brașov (chiar dacă nu definitiv), ci privesc inacceptabilitatea ofertei SC ...SRL, ca urmare a depunerii unei garanții de participare neconforme cu cerințele din fișa de date a achiziției.

În opinia sa, autoritatea contractantă încearcă să distragă atenția asupra obiectului contestației, în situația în care petitul acesteia nu vizează oferta sa, ci neconformitatea celeilalte oferte, care nici măcar nu este adusă în discuție prin punctul său de vedere.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

MUNICIPIUL …., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de atribuire simplificată, într-o singură etapă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .... și a documentației de atribuire aferente, pentru contractul având ca obiect *„Întocmire studiu de fezabilitate pentru obiectivul de investiții Reamenajare intersecție Calea București – str. Toamnei – str. Zizinului”,* valoarea estimată fiind de 310.724,66 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunerea ofertelor 21.05.2019, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este *„Cel mai bun raport calitate-preț”.*

În procedura de atribuire *„Întocmire studiu de fezabilitate pentru obiectivul de investiții Reamenajare intersecție Calea București – str. Toamnei – str. Zizinului”* au fost depuse 2 oferte, printre care și cea a SC ...SRL, contestatoarea din prezenta cauză.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 81988/05.09.2019 SC ...SRL a formulat prezenta contestație solicitând:

- anularea adresei nr. 58697/26.06.2019, reprezentând comunicarea rezultatului evaluării ofertei;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei și declararea acesteia ca acceptabilă;

- obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii ca o consecinţă a revocării deciziei comisiei de evaluare privind rezultatul procedurii de atribuire, precum și anularea tuturor actelor subsecvente.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către SC ...SRL recipisa de consemnare nr. 205718976/1 din 06.09.2019, a

sumei de 6.214,50 lei, emisă de CEC BANK Sucursala Victoria respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Analizând actul contestat de către SC ...SRL, Consiliul constată că prin adresa nr. 81988/05.09.2019 autoritatea contractantă a comunicat faptul că:

„În urma evaluării ofertei depuse de dvs în cadrul procedurii de achiziție publică având obiectul mai sus menționat oferta dvs a fost declarată inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 209 din Legea 98/2016 coroborat cu art 134 (5) din HG 395/2016 și neconformă în conformitate cu prevederile art. 136 alin. (3) coroborat cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG 395/2016 conform justificărilor comunicate dvs cu adresa nr. 58697/26.06.2019.

Oferta câștigătoare este cea depusă de SC ...SRL cu un punctaj total de 97 puncte, cu un preț de 118.312,01 lei, la care se adaugă cota legală de TVA”.

Anterior prezentei contestații, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, SC ...SRL a formulat contestație soluționată prin Decizia nr. 1276/C4/1284/30.07.2019.

Prin prezenta contestație, SC ...SRL critică noul rezultat al procedurii de atribuire, stabilit printr-un nou raport al procedurii sub nr. 80005/30.08.2019 și comunicat prin adresa nr. 81988/05.09.2019, prin care acestuia i s-au adus la cunoștință aceleași motive de respingere a ofertei ca și în

Prin contestația ce face obiectul prezentei cauze contestatoarea critică faptul că *„raportul procedurii este întocmit cu încălcarea normelor fundamentale în domeniul achizițiilor publice”* întrucât potrivit cap. III.1.6 din fișa de date a achiziției Garanția de participare trebuie să aibă o valabilitate de 120 de zile de la data limită de depunere a ofertei, însă Scrisoarea de garanție bancară depusă de SC ...SRL care o valabilitate de doar 92 de zile, situație care ar conduce la neconformitatea ofertei acestui ofertant.

Consiliul reține că prin decizia anterioară, respectiv prin Decizia nr. 1276/C4/1284/30.07.2019, cu privire la aspectul criticat au fost stabilite următoarele:

„Consiliul constată că prin concluziile scrise depuse la dosarul cauzei, cu adresa nr. 2080/23.07.2019, ca urmare a studierii dosarului, a formulat critici cu privire la oferta depusă de SC ...SRL despre care arată că Scrisoarea de garanție bancară depusă de aceasta are o valabilitatea de dar 92 de zile, și nu de 120 de zile de la data limită de depunere a ofertelor potrivit prevederilor fișei de date a achiziției, situație care conduce, în opinia sa, la neconformitatea ofertei.

Insă, Consiliul nu se va propunța asupra acestei critici, întrucât prin contestația formulată nu a fost criticată oferta depusă de SC ...SRL, iar

capetele de cerere vizează exclusiv anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea cu privire la oferta sa.

Astfel, față de cele reținute anterior, în conformitate cu dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, «Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia».

În acest context, Consiliul constată ca inadmisibilă critica adusă de către contestatoare cu privire la garanția de participare depusă în cadrul prezentei proceduri de atribuire de către SC ...SRL".

În ceea ce privește decizia luată de către Consiliul cu privire la oferta depusă de SC ...SRL, contestația a fost respinsă ca nefondată.

Împotriva Deciziei CNSC nr. 1276/C4/…/30.07.2019 a fost formulată plângere la Curtea de Apel …, ce a făcut obiectul dosarului nr. 440/64/2019, instanța pronunțându-se asupra acesteia prin Hotărârea nr. 648/2019 anulând-o ca netimbrată.

Împotriva acestei Hotărâri, SC ...SRL a formulat contestație în anulare, ce a făcut obiectul dosarului nr. 467/64/2019 a Curții de Apel Brașov care *„Anulează cererea de contestație în anulare"* prin Hotărârea nr. 741/2019 din data 25.09.2019.

Întrucât în prezenta cauză, autoritatea contractantă a invocat prin punctul de vedere excepția autorității de lucru judecat, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, se va pronunța cu întâietate asupra acesteia.

Din analiza documentelor depuse la dosarul cauzei, Consiliul va respinge ca nefondată excepția autorității de lucru judecat având în vedere următoarele argumente:

În analiza excepției, Consiliul constată, într-adevăr, că prin Hotărârea nr. 648/R/2019, Curtea de Apel Brașov – Secția Contencios Administrativ și Fiscal, s-a pronunțat în mod definitiv cu privire la Decizia pronunțată de CNSC cu nr. …../30.07.2019.

Însă, Consiliul urmează a reține ca neaplicabile în prezenta speță dispozițiile art. 431 din C.pr.civ. conform cărora *„Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeaşi calitate, în temeiul aceleiaşi cauze şi pentru acelaşi obiect. Oricare dintre părţi poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluţionarea acestuia din urmă*".

Consiliul constată că nu există triplă identitate de elemente cu privire la părți, obiect și cauză, ci, doar identitate de părți, respectiv aceeași autoritate contractantă, identitate de cauză, procedura de atribuire fiind de asemenea aceeași *„Întocmire studiu de fezabilitate pentru obiectivul de investiții Reamenajare intersecție Calea București – str. Toamnei – str. Zizinului",* însă nu și identitate de obiect.

În acest sens, Consiliul constată că în prima contestație a fost contestat rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 58697/26.06.2019, inclusiv raportul procedurii de atribuire, solicitând anularea acestor acte, iar în prezenta contestație este contestat noul

rezultat al procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. 81988/05.09.2019 și raportul procedurii de atribuire cu nr. 80005/30.08.2019, solicitându-se anularea acestor noi acte emise de către autoritatea contractantă.

Prin urmare, contestația ce face obiectul prezentei cauze vizează alte acte alte autorității contractante, acte diferite de cele analizate și asupra cărora Consiliul s-a pronunțat anterior prin Decizia nr. 1276/C4/1284/30.07.2019, motiv pentru care nu va reține ca fondată excepția autorității de lucru judecat.

Însă, sub aspectul interesului contestatoarei în a contesta noul rezultat al procedurii de atribuire, Consiliul constată lipsa acestuia, pentru considerentele ce urmează a fi expuse.

Astfel, verificând interesul contestatoarei în promovarea prezentei contestații, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”*;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia *„În sensul prezentei legi, termenii şi 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; şi

(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 ofertanți 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”,* se modifică Directiva 89/665/CEE și Directiva 92/13/CEE.

Aşadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes

legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorităţii contractante.

Deşi nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie ca cea de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speţa analizată, Consiliul constată că prezenta contestaţie nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior.

În consecinţă, având în vedere că:

- oferta depusă de SC ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, această hotărâre a autorității contractante făcând obiectul unei decizii emise anterior de Consiliu;

- decizia nr. …/C4/…. din 30.07.2017 emisă de Consiliu, a fost atacată cu plângere de către SC ...SRL, iar Curtea de Apel Brașov a respins-o ca netimbrată prin Decizia nr. …., Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea deciziei privind rezultatul procedurii (de respingere a ofertei sale şi de desemnare câştigătoare a ofertei depusă de SC ...SRL), de vreme ce nu mai poate deveni câștigătoare în această procedură de atribuire.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod definitiv respinsă, SC ...SRL nu are, în legătură cu această procedură, interesul legitim necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Or, după cum s-a arătat, interesul este o condiţie de admitere a oricărui demers judiciar, iar în materia achiziţiilor publice interesul în promovarea unei contestaţii este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfăşurare a procedurii de achiziţie publică.

Consiliul constată că, însăși contestatoarea confirmă prin contestație că, în ceea ce priveşte interesul său în formularea prezentei contestaţii, invocă prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) punct (i) din Legea nr. 101/2016, respectiv art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precizând că aplicând principiul per a contrario, rezultă că, atâta vreme cât decizia de excludere face obiectul unei căi de atac, fie ea şi extraordinary[, excluderea nu este definitivă, situație în care îşi păstrează interesul.

Însă, așa cum s-a reținut anterior, inclusiv calea extraordinară de atac a fost respinsă de către instanță, situație în care, potrivit teoriei

susținută de către contestatoare, oferta sa a fost exclusă definitiv, prin respingerea recursului formulat împotriva Deciziei Consiliul, cât și prin respingerea recursului în anulare promovat de către contestatoare, astfel încât este confirmată lipsa interesului în formularea prezentei contestații, de vreme ce decizia de excludere a ofertei contestatoarei din procedura de atribuire este definitivă.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca lipsită de interes contestația formulată de SC ...SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca lipsită de interes contestaţia formulată de către SC ...SRL, în contradictoriu cu MUNICIPIUL BRAȘOV.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
.... **....** **....**

Redactată în patru exemplare, conţine 12 (doiprezece) pagini.