

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30910/21.06.2022, formulată de ..., cu sediul în sat și cu adresa de corespondență în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., Cod Unic de Identificare ...2, atribut fiscal RO, în calitate de lider al asocierii, reprezentată legal de – administrator ..., împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă organizată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ..., în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „CONTOARE MONOFAZATE ȘI TRIFAZATE DE ENERGIE ELECTRICĂ – 4 LOTURI”, s-a solicitat admiterea contestației:

- obligarea entității contractante la anularea deciziei de respingere a ofertei sale și de declarare drept admisibilă și câștigătoare a ofertelor depuse de către ... și;

- obligarea entității contractante la reevaluarea acestora și la continuarea procedurii în conformitate cu prevederile legale în vigoare aplicabile în materia achizițiilor publice;

- în subsidiar, pentru situația în care se va aprecia că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere sau că nu există nicio ofertă admisibilă, obligarea entității contractante la anularea procedurii.

Prin cererea de intervenție în interesul entității contractante înregistrată la Consiliu cu nr. 32301/28.06.2022, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J12/ ... Cod Unic de Identificare atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... – director general, s-a solicitat respingerea contestației ..., în principal, ca lipsită de interes și, în subsidiar, pe fond, ca nefondată.

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

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

Prin contestația formulată, ... critică, pe de o parte, decizia entității contractante de a-i respinge ca inacceptabilă ofertele depuse în cadrul procedurii, pentru loturile 1 și 2, iar, pe de altă parte, decizia entității contractante de a declara câștigătoare ale procedurii, pentru loturile 1 și 2, ofertele depuse de ... și

Preliminar, justificându-și legitimitatea demersului său, contestatoarea precizează că, în opinia sa, în cauză există un interes legitim, personal, născut și actual. Potrivit contestatoarei, interesul său

subzistă și în cazul în care ca urmare a soluționării prezentei contestații ar fi respins capătul de cerere referitor la decizia de respingere a ofertei sale. Deoarece dacă se va confirma modalitatea defectuoasă de evaluare a tuturor ofertelor depuse, constatându-se neconformitatea lor, se impune anularea procedurii. În egală măsură, interesul constă și în necesitatea de a se stabili dacă atât oferta sa cât și cea declarată câștigătoare sunt sau nu inacceptabile și/sau neconforme, deci chiar și în situația în care s-ar dispune anularea procedurii este necesar să se stabilească, în mod irevocabil, dacă ofertele depuse sunt sau nu inacceptabile și/sau neconforme.

Potrivit contestatoarei interesul în formularea contestației este recunoscut și ofertanților excluși definitiv din procedură, sens în care invocă jurisprudența Consiliului, a instanțelor de judecată române, respectiv Decizia civilă nr. 1537/2013 a Curții de Apel Bacău, Decizia civilă nr. 5456/2012 a Curții de Apel Alba Iulia, Decizia civilă nr. 3250/2014 a Curții de Apel Iași s.a. precum și a Curții de Justiție a Uniunii Europene, de exemplu cauza C-689/13 Puligienica Facility Esco Spa (PFE) împotriva Airgest SpA și cauza C-100/12 EU:C:2013:448).

În continuare, contestatoarea arată că, anterior, în prezenta procedură, a mai fost formulată o contestație de către ocazie cu care Consiliul a emis decizia nr. 899/C8/875/03.05.2022, prin care s-a dispus anularea deciziei entității contractante de desemnare drept câștigătoare a procedurii, pentru loturile 2 și 4, a ofertelor depuse de ... și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor ... depuse în cadrul loturilor menționate, dată fiind existența unor documente constatatoare. Decizia Consiliului a rămas definitivă prin respingerea plângerii formulate împotriva acesteia de către Curtea de Apel Târgu Mureș la data de 03.06.2022.

La aceeași dată, Curtea de Apel Cluj a admis recursul formulat de ... împotriva Hotărârii nr. 4670/29.04.2022, pronunțată în dosarul nr. 2045/117/2020 de către Tribunalul Cluj, hotărâre pe care o casează cu trimiterea cauzei la rejudecare aceleiași instanțe.

În acest context, contestatoarea precizează că:

I. Decizia entității contractante de respingere a ofertei sale, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. h) lit. i) din Legea nr. 99/2016, este nelegală deoarece, dacă Consiliul și Curtea de Apel Târgu Mureș nu aveau cum să pronunțe soluții prin raportare la soluția pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul 2045/117/2020, având ca obiect recursul formulat împotriva Hotărârii nr. 1674/2021 prin care a fost respinsă cererea ... de anulare a documentului constatator nr. 4670/29.04.2020, deoarece atât Consiliul cât și Curtea de Apel Târgu Mureș au pronunțat deciziile anterior sau chiar pe data de 03.06.2022 când s-a pronunțat Curtea de Apel Cluj, entitatea contractantă avea cunoștință de aceste aspecte în contextul în care raportul procedurii de atribuire nr. 33626/30.05.2022 a fost semnat

la data de 07.06.2022 iar adresa de comunicare a rezultatului procedurii a fost emisă pe data de 09.06.2022, deci ulterior datei de 03.06.2022.

II. Decizia entității contractante de declarare drept câștigătoare a procedurii a ofertelor depuse de ... este nelegală, deoarece respectivele oferte ar fi trebuit respinse, ca inacceptabile și neconforme.

a. referitor la inacceptabilitatea ofertelor menționate se arată că, în condițiile în care prescripțiile documentației de atribuire au fost obligatorii, operatorii economici participanți aveau obligația de a preciza în DUAE dacă au săvârșit sau nu o abatere profesională gravă;

- or, atât ... au bifat răspunsul NU la respectiva întrebare, în condițiile în care cu referire la acestea Consiliul Concurenței a emis decizia nr. 77/20.12.2017 privind constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, decizie care, deși a fost atacată în instanță de către ..., aceasta nu a fost modificată decât în privința sancțiunii aplicabile și a modului de individualizare a acesteia;

- este evident că practicile neconcurențiale sunt aplicate și în prezent iar prin eliminarea ... are loc o împărțire între cei doi operatori economici a loturilor 1 și 2;

- cu privire la faptul că de la săvârșirea faptelor constatate de către Consiliul Concurenței au trecut mai mult de 3 ani, se invocă jurisprudența Consiliului, care într-o speță similară s-a stabilit că, operatorul economic în cauză trebuie ca, într-o primă fază, să declare că s-a aflat într-una din situațiile de excludere, pentru ca, ulterior, să aibă dreptul de a dovedi că acest fapt nu atrage totuși excluderea sa din procedură; de asemenea, s-a stabilit că operatorul economic nu are un drept de apreciere în legătură cu declararea documentului constatator; or, astfel cum formularul DUAE nu face referire la fapte petrecute în ultimii 3 ani anterior completării acestuia, tot astfel, petenta nu avea dreptul de a aprecia că nu trebuie să declare existența documentului constatator pentru acest motiv;

- prin urmare, ofertanții aveau obligația de a declara în DUAE toate situațiile de natură a le descrie situația personală și de a-i plasa în cazurile de excludere prevăzute de Legea nr. 99/2016, respectiv obligația de a declara în DUAE abaterea profesională gravă confirmată prin emiterea deciziei Consiliului Concurenței nr. 77/20.12.2017 și, eventual, de a furniza măsurile de autocorectare luate în vederea demonstrării fiabilității;

- după ce DUAE a fost completat în fals, nici entitatea contractantă și nici cei doi ofertanți nu mai pot invoca exercitarea dreptului pe care legislația în vigoare îl conferă participanților corecți de a prezenta explicații privitoare la culpa anterior constatată;

- prin urmare, dacă se va aprecia în continuare în sensul existenței unor declarații false ale ..., pentru identitate de rațiune, în temeiul considerentelor antemenționate, de același tratament trebuie să beneficieze și cele două ofertante declarate câștigătoare;

- concluzionând, contestatoarea susține că cei doi operatori economici trebuie excluși din procedură, sens în care invocă jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată.

b. în ceea ce privește neconformitatea ofertelor depuse de, la lotul 1, se arată că:

- la produsul ofertat de Energobit - M12U02 - s-a depus certificat aprobarea de model nr. 017/06.11.2018, cu o perioadă de valabilitate până în data de 02.11.2023, solicitantul documentului fiind; Certificatul Aprobare de model a fost emis în baza OG nr. 20/1992, astfel modificarea sau prelungirea aprobării de model nu poate fi realizată decât de solicitantul acesteia, iar ... nu a făcut nici un demers și în mod categoric nu va face niciun demers în vederea prelungirii acestui document. Pe cale de consecință, ... nu demonstrează capacitatea de a putea livra în conformitate cu prevederile legale, produsul ofertat și prevăzut în cadrul aprobării de model 017/2018, pe toată perioada acordului-cadru (48 luni de la semnare); totodată, în cadrul aprobării de model 017/06.11.2018 nu este menționată și nu a fost evaluată funcția de multi-tarif energie reactivă pentru contorul M12U02, iar în cadrul manualului anexat aprobării de model nu a descris aceste capacități ale contorului, drept urmare Biroul Român de Metrologie Legală nu a evaluat aceste funcții, produsul contor monofazat multitarif de energie activă și reactivă M12U02, Cod SAP: 1401010395 nu corespunde cu cerințele caietului de sarcini, nu deține aprobarea de model pentru toate funcțiile solicitate, produsul ofertat este altul decât cel prevăzut în aprobarea de model, societatea ENERGOBIT realizând un fals de declarații, motiv de excludere din cadrul procedurii;

- societatea AEM SA a ofertat produsele Enerlux M-0.0 B2W11Q0001S simplu tarif și multi-tarif; în cadrul aprobării de model nr. 006/07.06.2018 este menționat tipul de produs Enerlux M xxi IQXXXXSy, în timp ce produsul ofertat a fost B2W11Q. Astfel, în aprobarea de model sunt 2 caractere care pot să varieze, fără ca aprobarea de model să fie influențată, iar în cadrul ofertei sunt 3 caractere "B2W" motiv pentru care produsul ofertat este altul decât cel evaluat în cadrul procesului de obținere a aprobării de model;

- totodată, în cadrul aprobării de model 006/2018 nu este menționată și nu a fost evaluată funcția de multi-tarif energie reactivă pentru contorul Enerlux M, drept urmare Biroul Român de Metrologie Legală nu a evaluat aceste funcții, produsul contor monofazat multitarif de energie activă și reactivă produsele Enerlux M - 0.0 B2W11Q0001S multi-tarif, Cod SAP: 1401010395 nu corespunde cu cerințele caietului de sarcini, nu deține aprobarea de model pentru toate funcțiile solicitate, produsul ofertat este altul decât cel prevăzut în aprobarea de model, societatea AEM SA a realizând un fals de declarații, motiv de excludere din cadrul procedurii

c. din oferta tehnică a ..., depusă atât la loturile 1 cât și la 2, lipsește angajamentul de a nu subcontracta ;

- în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări ce a vizat acest aspect, ... furnizează declarație pe proprie răspundere prin care se angajează să nu subcontracteze fără acordul beneficiarului, declarație semnată la data de 10.01.2022, aspect ce demonstrează că la data depunerii ofertei acest document nu există și implicit prin clarificări acesta aduce completări nepermise ofertei tehnice, de natură a-i avantaja în mod nelegal;

d. pentru loturile 1 și 2, ... nu a prevăzut în cadrul ofertei Tehnice termen de livrare dar prin adresele de clarificări a adus completări la oferta tehnică, menționând ca termenul de livrare ofertat este 45 de zile.

- astfel, prin completarea ofertei tehnice după perioada de depunere a ofertei cu documente sau aspecte ce țin de criterii de evaluare în mod direct la declararea ofertei ca inadmisibilă;

- totodată, reprezentantul legal al a realizat un fals în declarații publice, declarând în cadrul adresei de răspuns la clarificări la adresa DELGAZ nr. 864/05.01.2022, implicit faptul că "termenul de livrare este de 45 zile"; în mod real, acesta nu poate susține și demonstra livrarea în 45 zile de la adresa producătorului și până la depozitele beneficiarului, prezentând astfel o declarație în fals, forțată, pentru a evita declararea ofertei ca fiind neconformă, în temeiul următoarelor considerente: (1) Timpul minim de manufacturare a producătorului Sanxing este de 30 zile de la plasarea comenzii. (2) Timpul de tranzit maritim până în port Constanța din port Shanghai sau Ningbo este de minimum 40 zile, iar timpul de tranzit cu trenul este minimum 30 zile. (3) Verificarea metrologică a contoarelor pentru energie reactivă conform NML-027-05. Societatea ... nu are capacitatea de a realiza verificări metrologice pentru 1000 de contoare în 30 zile, aceasta se bazează pe capacitatea unor subcontractanți pe care a omis să îi declare în cadrul procedurii, mai mult decât atât prezentând prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări angajamentul că nu va subcontracta.

e. nu a prezentat în cadrul ofertei depuse pentru lotul 1 acceptul solicitantului și deținătorul aprobării de model nr. 017/ 06.11.2018 pentru produsul M12U02.

f. pentru lotul 2 - ... nu a prezentat în cadrul ofertei depuse (1) acceptul solicitantului și deținătorul aprobării de model nr. 019/30.05.2019 pentru produsul SX330. (2) acceptul solicitantului și deținătorul aprobării de model nr. 023/16 pentru produsele P34S02 și P34S02, aprobare de model care de altfel este expirată la data de 07.12.2021.

g. pentru lotul 2 - a prezentat în cadrul propunerii Tehnice aprobare de model nr. 019/29.04.2014 pentru produsul Contor de energie electrică reactivă, static, trifazat tip CST 0410, expirat la data de 29.04.2019;

- deși Lotul 4 nu face obiectul contestației contestatoarea învederează faptul că pentru LOT 4 societatea nu a prezentat în cadrul ofertei depuse acceptul solicitantului și deținătorul aprobării de model nr. 022/16 produsele P12S01, aprobare de model care de altfel este expirată la data de 07.12.2021. Conform datelor publicate pe site-ul BRML această aprobare de model nu a fost prelungită (ultima actualizare a datelor de pe site 12.05.2022);

- astfel, în mod similar, cu "autosesizarea" entității contractante cu privire la excluderea de la un lot care nu a fost contestat de către ... și cu privire la acest aspect entitatea contractantă trebuie să se autosesizeze și, pe cale de consecință, să respingă, ca neconformă, oferta depusă de către ...

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 32301/28.06.2022, entitatea contractantă a solicitat respingerea contestației ..., în principal, pe cale de excepție ca fiind lipsită de interes, iar, pe fond, ca netemeinică și nefondată.

Cu privire la excepția lipsei de interes, entitatea contractantă a invocat lipsa calității de persoană vătămată a contestatoarei, prin raportare la prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016. În susținere, invocă calitatea ... de ofertant a cărei ofertă a fost exclusă, în mod definitiv, din procedură, date fiind decizia Consiliului nr. .../03.05.2022 și cea a Curții de Apel Târgu Mureș nr. 318R/03.06.2022 prin care a fost respinsă plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului.

Pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o entitate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție sectorială, 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 entității contractante. 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.

Or, aplicând aceste considerente la speța în cauză, se poate constata că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior, iar un atare interes nu a fost probat în prezenta cauză, nejustificând recurgerea la procedura contestației, cât timp acest demers este lipsit de orice finalitate practică pentru contestatoare.

Prin contestația formulată au fost invocate exclusiv critici vizând ofertele câștigătoare, iar în măsura în care aceste critici ar fi găsite ca întemeiate, contrar susținerilor contestatoarei, este evidentă lipsa de interes a contestatoarei într-o eventuală excludere a ofertanților declarați câștigători, care nu va obține niciun folos practic în eventualitatea

admiterii contestației sale, întrucât oferta sa nu va putea fi declarată câștigătoare fiind considerată o ofertă inadmisibilă, iar acest aspect a fost analizat pe fond de CNSC și de instanță.

Pe fondul contestației, entitatea contractantă invocă tardivitatea și inadmisibilitatea criticilor

Potrivit entității contractante, în această fază a procedurii de achiziție ne aflăm la finalul unui ciclu procesual complet, în care Consiliul și Curtea de Apel au soluționat în fond cauza, fiind tranșată definitiv situația inadmisibilității ofertei contestatoarei cu putere de lucru judecat, existând o hotărâre definitivă a instanței de judecată al cărei efect este chiar puterea lucrului judecat și care trebuie considerat că reflectă adevărul.

Contestatoarea, deși contestă adresa de comunicare a rezultatului final al procedurii nr. 3595/09.06.2022 prin care i s-a adus la cunoștință respingerea ofertelor depuse pentru loturile 1, 2 și 4 ca inacceptabile ca urmare a aplicării măsurilor dispuse de CNSC prin Decizia nr. 899/C8/875 pronunțată în data de 03.05.2022 prin care s-a admis contestația formulată de și a cărei legalitate este stabilită de Curtea de Apel Tg-Mureș prin Hotărârea nr. ... prin care a fost respinsă plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC, în fapt, criticile sale vizează legalitatea declarării câștigătoare a ofertelor

Or, trebuie avut în vedere că prin raportare la prevederile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și la art. 8 alin. (1) lit. a), momentul în care contestatoarea a luat la cunoștință despre actul prin care se comunică admisibilitatea ofertelor este data de 30 martie 2022 prin intermediul comunicărilor rezultatului procedurii nr. 20197 și a tuturor informațiilor cu privire la evaluarea ofertelor cuprinse în Raportul procedurii de atribuire nr. 18233/ 22.03.2022 și nicidecum nu se poate raporta la data comunicării nr. 3595/09.06.2022 transmisă în urma reevaluării ofertei MPS.

Consiliul a stabilit foarte clar prin decizia pronunțată limitele reevaluării ce a avut loc, aceasta vizând exclusiv oferta contestatoarei și situațiile de excludere ce trebuiau verificate de entitatea contractantă cu privire la oferta sa, iar restul situației de fapt cu privire la ofertele depuse a rămas nemodificată, fapt care poate fi constatat din ambele Rapoarte ale procedurii, respectiv cel încheiat la data de 22.03.2022 și cel modificat în urma reevaluării ofertei MPS încheiat la data de 30.05.2022.

Astfel, contestatoarea dacă intenționa să conteste orice aspect de nelegalitate cu privire la ofertele ... o putea face în termenul legal de contestație, comunicat prin adresa nr. 20197 din 30 martie 2022, sau pe calea plângerii și nu după comunicarea rezultatului procedurii ca urmare a aplicării măsurilor Deciziei CNSC din 09 iunie 2022, în acest moment fiind tardivă orice critică cu privire la ofertele depuse de ... SA, fiind, totodată, nelegală și inadmisibilă o astfel de contestație în contextul existentei unei hotărâri judecătorești definitive care a dezbătut în timpul procesului

fondul cauzei - cu putere de lucru judecat legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei.

Cu privire la criticile concrete ale contestatoarei ce vizează ofertele depuse de ... pentru loturile 1, 2 și 4, entitatea contractantă invocă atât legalitatea deciziei de respingere ca inacceptabile a ofertelor contestatoarei depuse pentru loturile 1, 2 și 4, în temeiul prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h și i), din Legea nr. 99/2016 cât și a declarării drept câștigătoare a ofertelor depuse de ..., prezentând, pe larg, argumente în susținere.

Prin cererea de intervenție formulată, ... a solicitat, respingerea contestației ..., în principal, ca lipsită de interes și, în subsidiar, pe fond, ca nefondată.

Cu privire la excepția invocată, intervenienta arată că este un ofertant a cărui ofertă a fost respinsă, în mod definitiv, din procedură, astfel încât nu mai poate justifica un interes în promovarea contestației. În susținere, face trimitere la decizia Consiliului nr. .../03.05.2022 și la decizia Curții de Apel Târgu Mureș prin care a fost respinsă plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului.

De asemenea, intervenienta invocă și netemeinicia criticilor aduse de contestatoare pe fondul contestației, prezentând, pe larg, argumente în susținere.

Prin adresa nr. 2007/02/20.07.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 35956/20.07.2022, contestatoarea a transmis „Concluzii scrise” ca urmare a recepționării, pe data de 28.06.2022 a adresei nr. 496/28.06.2022, reprezentând cerere de intervenție formulată de către și pe data de 29.06.2022 a adresei nr. 39139/28.06.2022, reprezentând punct de vedere al entității contractante, solicitând cele menționate în cuprinsul contestației.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... a formulat cerere de intervenție prin care solicită Consiliului, respingerea contestației formulate, ca lipsită de interes și respectiv nefondată.

Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul entității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

Cu privire la acest aspect, Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208182624/1 din data de 27.06.2022, în valoare de 329.019,6 lei, reprezentând cauțiunea aferentă lotului 1. Cu privire la lotul 2, până la data prezentei decizii, contestatoarea nu a făcut dovada constituirii cauțiunii legale.

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

... a organizat o procedură simplificată, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect achiziție „CONTOARE MONOFAZATE ȘI TRIFAZATE DE ENERGIE ELECTRICĂ – 4 LOTURI”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate -preț”. Valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent ce urmează a fi atribuit în cadrul lotului 1 este de 8.225.490 lei, fără TVA iar valoarea celui mai mare contract subsecvent care urmează a fi atribuit în cadrul lotului 2 este de 4.015.370,03 lei, fără TVA.

Preliminar, Consiliul stabilește că, în procedura de față, ...critică rezultatul procedurii vizând loturile 1 și 2. Astfel, raportat la prevederile art. 61¹ alin. (1) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, autoarea contestației avea obligația de a depune la dosarul cauzei, în termen de maxim 5 zile de la sesizarea Consiliului, dovada constituirii unei cauțiuni în cuantum de 329.019,6 lei, aferentă lotului 1, și în cuantum de 160.614,8 lei, aferentă lotului 2.

Cu privire la acest aspect, Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208182624/1 din data de 27.06.2022, în valoare de 329.019,6 lei, reprezentând cauțiunea aferentă lotului 1. Cu privire la lotul 2, până la data prezentei decizii, contestatoarea nu a făcut dovada constituirii cauțiunii legale.

Potrivit legii, termenul de maximum 5 zile prevăzut la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, este un termen de decădere, a cărui respectare nu este lăsată la aprecierea contestatoarei. În plus, legiuitorul a prevăzut termenul de maxim 5 zile de la sesizarea Consiliului sub sancțiunea respingerii contestației, neconstituirea cauțiunii sau constituirea acesteia în afara termenului legal fiind un impediment pentru soluționarea acesteia.

În aceste condiții, Consiliul constată că nu a respectat prevederile art. 61¹ alin. (1) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, motiv pentru care în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și alin. (6) din același act normativ, Consiliul va respinge contestația formulată de în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., vizând lotul 2, ca inadmisibilă, pentru neconstituirea cauțiunii. Fără pronunțare cu privire la alte excepții sau a fondului contestației vizând acest lot.

Cu privire la lotul 1, constatând depunerea cauțiunii în termenul și cuantumul prevăzute de lege, Consiliul are în vedere, cu prioritate, dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „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”.

În acest sens, Consiliul va proceda la analiza excepției lipsei de interes a ... în formularea contestației, la lotul 1, motivat de faptul că aceasta are calitatea de operator economic a cărui ofertă a fost respinsă, în mod definitiv, din cadrul procedurii.

Cu privire la acest aspect, Consiliul constată că, anterior, în cadrul acestei proceduri, ca urmare a finalizării primului raport al procedurii, a mai fost depusă o contestație de către ... operator economic care a criticat decizia entității contractante de a declara câștigătoare, la loturile 2 și 4, ofertele depuse de asocierea ..., apreciind că asocierea în cauză ar fi trebuit eliminată din procedură, în cauză fiind incidente dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. h) și g) din Legea nr. 99/2016.

Contestația ... a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. .../03.05.2022, ocazie cu care s-a constatat că ... nu a furnizat în cadrul DUAE toate informațiile cu privire la situația de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către aceasta, indiferent de motivul care a stat la baza rezilierii acestor contracte, punând entitatea contractantă în imposibilitatea de a verifica existența/absența motivelor de excludere.

Cu privire la acest aspect, Consiliul a ținut seama și de faptul că documentele constatatoare au fost atacate la instanța de contencios administrativ, solicitându-se anularea lor, demers finalizat cu emiterea de către Tribunalul Cluj a (1) hotărâri nr. 828/16.06.2020, prin care a respins cererea de suspendare a documentului constatator nr. 4670/29.04.2020, în dosarul nr. 1946/117/2020, hotărâre rămasă definitivă prin hotărârea nr. 1064/16.09.2020 a Curții de Apel Cluj și (2) a hotărâri nr. 1674/09.06.2021, prin care s-a respins cererea de anulare a documentului constatator nr. 4670/29.04.2020, în dosarul nr. 2045/117/2020, hotărâre nedefinitivă, supusă recursului.

Cu luarea în considerare a acestor aspecte, contestația a fost admisă și s-a dispus anularea rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea ofertelor depuse de ..., la loturile 2 și 4, entitatea contractantă fiind obligată la reanalizarea ofertelor ..., depuse pentru loturile 2 și 4. Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel Cluj, rămânând definitivă ca urmare a respingerii plângerii prin Hotărârea nr. 318/03.06.2022.

În speță, Consiliul constată că decizia CNSC nr. 899/C8/875/03.05.2022, este definitivă, fiind incidente dispozițiile art. 634 din Codul de procedură civilă, conform cărora:

„(1) Sunt hotărâri definitive:

1. hotărârile care nu sunt supuse apelului și nici recursului;

2. hotărârile date în primă instanță, fără drept de apel, neatacate cu recurs;

3. hotărârile date în primă instanță, care nu au fost atacate cu apel;

4. hotărârile date în apel, fără drept de recurs, precum și cele neatacate cu recurs;

5. hotărârile date în recurs, chiar dacă prin acestea s-a soluționat fondul pricinii;

6. orice alte hotărâri care, potrivit legii, nu mai pot fi atacate cu recurs.

(2) Hotărârile prevăzute la alin. (1) devin definitive la data expirării termenului de exercitare a apelului ori recursului sau, după caz, la data pronunțării”.

Or, în condițiile în care, potrivit art. 430 alin. (2) din Codul de procedură civilă: „(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”, rezultă faptul că, în speță, considerentele deciziei 05.2022, se bucură de lucru judecat. În aceste condiții, părțile din cauză sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată de CNSC.

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

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

Luând în considerare cele mai sus menționate, Consiliul constată că, respingând oferta contestatoarei, comisia de evaluare nu a făcut altceva decât să pună în executare decizia CNSC nr. judecat, astfel încât, pentru considerentele anterior menționate, Consiliul apreciază că, în mod corect, entitatea contractantă a respins oferta contestatoarei, motiv pentru care Consiliul va respinge capătul de cerere care vizează reanalizarea ofertelor sale.

Potrivit considerentelor deciziei, Consiliul a obligat autoritatea contractantă să reevalueze ofertele ..., la loturile 2 și 4, rezultatul evaluării privind admisibilitatea ofertelor ..., nefăcând obiectul contestației, a rămas neschimbat.

Preliminar analizării pe fond a susținerilor contestatoarei, în considerarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției lipsei de interes a ... în formularea contestației, constatând următoarele:

Decizia Consiliului, prin care s-au statuat cele de mai sus, inclusiv că ofertele depuse de ..., la loturile 2 și 4, sunt inacceptabile, a rămas definitivă prin respingerea, de către Curtea de Apel, a plângerii formulate de acest operator economic împotriva ei. Astfel, ofertele depuse de contestatoare sunt respinse, în mod definitiv, decizie asupra căreia nu se mai poate reveni.

În condițiile în care legalitatea deciziei de respingere a ofertelor contestatoarei nu mai poate fi pusă în discuție, această decizie fiind una definitivă, Consiliul, analizând interesul contestatoarei de a ataca decizia privind ofertele declarate câștigătoare, reține 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) și alin. (3) din același act normativ, conform cărora: „(1) 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. (3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

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 doctrină s-a arătat că, prin interes, 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.

Cum decizia de respingere a ofertei sale este una definitivă, Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual în prezenta cauză.

Aplicând considerente doctrinare expuse mai sus, la speța analizată, se observă, așadar, că solicitările contestatoarei vizând evaluarea ofertei declarate câștigătoare nu sunt justificate de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

Consiliul are în vedere că și 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.

În această cauză, constatându-se că, la momentul soluționării contestației în fața Consiliului, oferta contestatoarei (fostă câștigătoare) 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, regăsindu-ne în ipoteza tezei finale a art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, astfel că autoarea contestației nu mai are niciun interes în susținerea criticilor referitoare la evaluarea ofertelor contracandidatelor sale.

Este lipsit de relevanță că aceasta a avut anterior un interes în cadrul procedurii, în calitate sa de ofertant, câtă vreme soluția de respingere a propriei oferte este una definitivă.

În considerentele deciziei anterioare, Consiliul a expus, pe larg, motivele care au condus la adoptarea soluției de respingere a ofertei, permițând astfel contestatoarei să înțeleagă raționamentul juridic avut în vedere, aceasta având posibilitatea ca, în plângerea formulată, să susțină pretinsa încălcare a tratamentului egal, în evaluarea ofertelor, reclamată acum.

Jurisprudența constată a CJUE recunoaște existența unui interes în anularea procedurii pentru un ofertant respins, însă 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 din procedură.

Cu alte cuvinte, îi este recunoscută calitatea de persoană vătămată doar ofertantului care nu a fost exclus definitiv din procedură.

În cauza C-131/16, Archus și Gama, instanța de la Luxemburg a reținut următoarele:

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).

(...)

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 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.

De asemenea, în Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C 355/15, EU:C:2016:988) Curtea a avut de răspuns la următoarele întrebări preliminare:

„1) 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 unui ofertant a cărui ofertă a fost exclusă definitiv de către autoritatea contractantă și care nu este un ofertant interesat, în sensul articolului 2a din Directiva 89/665, i se poate refuza accesul la o cale de atac împotriva unei decizii de atribuire (decizie privind

încheierea unui contract-cadru) și împotriva încheierii unui contract

[inclusiv acordarea unor daune interese solicitate în temeiul articolului 2 alineatul (7) din această directivă], chiar și atunci când au depus oferte numai doi ofertanți, iar în opinia ofertantului exclus [care a formulat această cale de atac] ar fi trebuit să fie exclusă și oferta adjudecatului?

2) În cazul unui răspuns negativ la prima întrebare, articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie interpretat, în raport [cu]

Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12), în sensul că ofertantului

neinteresat (în sensul articolului 2a din această directivă) trebuie să i se permită accesul la o cale de atac numai atunci când:

a) din dosarul căii de atac reiese în mod evident neregularitatea

ofertei depuse de ofertantul căruia i-a fost atribuit contractul?

■

b) motivele neregularității ofertei depuse de ofertantul căruia i-a fost

■

atribuit contractul sunt de aceeași natură?”

concluzia fiind 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.*

Or, tocmai această ipoteză se regăsește și în speța de față, și anume operatorul economic, a cărui ofertă a fost stabilită inadmisibilă, printr-o decizie a CNSC, menținută de instanța de control, reclamă caracterul inadmisibil al ofertei desemnată câștigătoare.

Însă, soluția pronunțată vizavi de oferta contestatoarei este definitivă, astfel că nu mai poate forma obiectul unei căi de atac, ofertantul fiind, așadar, exclus definitiv din procedură, caz în care nu i se mai poate recunoaște un interes acestuia în atacarea deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului.

Caracterul definitiv al excluderii este dat de faptul că această hotărâre a avut la bază o decizie a organismului de control, cu putere de lucru judecat, și, pe cale de consecință, nu mai poate forma obiectul unei noi analize a legalității ei.

Calea de atac, la care face referire teza finală a art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, 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.

În aceste condiții, luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respine contestația formulată de, în contradictoriu cu SA, astfel:

- ca inadmisibilă, în partea ce privește lotul 2, pentru lipsa recipisei de consemnare a cauțiunii;

- ca lipsită de interes, în partea ce privește oferta declarată câștigătoare la lotul 1,

- ca nefondată, în partea ce privește evaluarea ofertei sale la lotul 1.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de

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

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu cererea de intervenție.

Respine contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., astfel:

- ca inadmisibilă, în partea ce privește lotul 2, pentru lipsa recipisei de consemnare a cauțiunii;

- ca lipsită de interes, în partea ce privește oferta declarată câștigătoare la lotul 1,

- ca nefondată, în partea ce privește evaluarea ofertei sale la lotul 1.

Admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

..

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 17 (șaptesprezece) pagini.