



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 2649/C5/2798

Data: 26.11.2021

Prin contestația nr. 917/22.10.2021, transmisă, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 55996/26.10.2021, ... SRL, cu sediul în municipiul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ... - administrator și convențional de ... - av. ..., având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la SCA „...” în municipiul ... a contestat raportul procedurii nr. 19331/14.10.2021, respectiv decizia de anulare a procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică a contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii operare stație tratare levigat ROAW 9144DTG 40/SW3/IEX de la Centrul de Management Integrat al Deșeurilor Cluj”, cod CPV 90481000-2 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat anularea actului atacat, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire conform dispozitivului și considerentelor deciziei CNSC nr. 2218/C5/2359/ 06.10.2021.

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

În susținerea contestației, ... SRL prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, arătând că oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă, întrucât a prezentat un preț aparent neobișnuit de scăzut, fapt pentru care a formulat contestație la CNSC, soluționată prin Decizia nr. 2218/C5/2359/06.10.2021, prin care aceasta a fost, în parte, admisă și s-a dispus reevaluarea ofertei depusă de asocieria ...SRL (actual ...) – ...AG. Această decizie a fost atacată de către societatea sa cu plângere la Curtea de Apel Cluj.

Contestatoarea aduce la cunoștință că, deși era obligată la reevaluarea ofertei sus-menționată, autoritatea contractantă nu s-a conformat deciziei CNSC și a hotărât, prin raportul procedurii nr. 19331/14.10.2021, anularea procedurii de atribuire, invocând dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c), coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și adresa nr. 18075/29.09.2021 a Direcției Economice, din conținutul căreia rezultă că nu au mai fost alocate sume pentru exploatarea CMID Cluj și, implicit, pentru operarea stației de tratare a levigatului aflată în incinta acesteia.

Contestatoarea arată că decizia autorității contractante de anulare a procedurii a fost adoptată, deși, în perioada 21.09.2021 – 28.09.2021, în legătură cu stația de tratare levigat ROAW 9144DTG 40/SW3/IEX de la Centrul de Management Integrat al Deșeurilor Cluj din prezenta procedură, aceasta a contractat, fie de la ... AG, parte a asocierii declarate câștigătoare, fie de la ... SRL, mai multe produse și servicii în valoare de aproximativ 55.000 euro + TVA, fapt recunoscut și prin precizările depuse în fața CNSC în dosarul nr. 2359/2021.

Astfel, contestatoarea apreciază că, având în vedere importanța desfășurării acestui contract în condițiile legislației de mediu prin raportare și la conduita autorității contractante care, în perioada 21.09.2021 - 28.09.2021, a achiziționat mai multor produse și servicii în legătură cu stația de tratare, decizia de anulare a procedurii nu s-a luat din motive obiective, respectiv lipsa fondurilor necesare derulării proiectului.

Față de cele mai sus arătate, contestatoarea solicită să se aibă în vedere dispozițiile art. 9 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016 și susține că autoritatea contractantă și-a identificat modalitățile de finanțare a contractului de lucrări, respectiv din „fonduri bugetare”, astfel cum rezultă din anunțul de participare al achiziției.

... SRL apreciază că nu mai este permis ca autoritatea contractantă, prin propria voință, să realizeze alte priorități și să anuleze procedura pe care și-a asumat-o, în măsura în care a decis să poată asigura costurile cu serviciile de operare ale stației de tratare, modalitatea în care a înțeles aceasta să anuleze procedura de atribuire situându-se în afara prevederilor legale, urmând să se observe, în principal, că, atunci când hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere încadrarea contractului în bugetul său și necesitățile sale, ceea ce implică identificarea sursei de finanțare. Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a acesteia. Astfel, se solicită să se rețină incidența în cauză a dispozițiilor art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea consideră că această manieră de a proceda a autorității contractante, apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 212 din Legea nr. 98/2016 dar și de natură a încălca drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți, anularea procedurii efectuându-se fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci fiind datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității

contractante poate justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate.

Mai mult decât atât, contestatoarea face trimitere la punctul de vedere al autorității contractante nr. 18801/06.10.2021 formulat în dosarul CNSC nr. 2359/2021, în care se susținea necesitatea investițiilor în legătură cu stația de tratare levigat ROAW 9144DTG 40/SW3/IEX de la Centrul de Management Integrat al Deșeurilor Cluj din prezenta procedură de achiziție publică, din care rezultă, în opinia contestatoarei, că decizia de anulare a procedurii de achiziție publică este nelegală iar motivul invocat de către autoritatea contractantă în susținerea acesteia (lipsa fondurilor) este unul fără corespondent în realitate.

În final, contestatoarea solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să depună la dosarul cauzei decizia Direcției Economice nr. 18075/29.09.2021.

Prin adresa nr. 56356/2798/C5/27.10.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei să depună la dosarul cauzei, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 49.640 lei.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la CNSC sub nr. 56740/29.10.2021, ... SRL a răspuns solicitării CNSC nr. 56356/2798/C5/27.10.2021, transmițând recipisa de consemnare a cauțiunii.

Prin adresa nr. 20490/28.10.2021, transmisă, inițial, prin fax și, ulterior, prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la CNSC sub nr. 56529/28.10.2021 și, respectiv, sub nr. 56570/28.10.2021, ... a înaintat un punct de vedere cu privire la contestația depusă de ... SRL.

Autoritatea contractantă a prezentat istoricul desfășurării procedurii de atribuire, menționând că, în baza contractului de subcontractare nr. 108/22.07.2019, ... SRL avea obligația achiziționării, livrării, instalării stației de tratare levigat ROAW 9144DTG 40/SW3/IEX de la CMID Cluj, ceea ce implica și punerea în funcțiune a acesteia având în vedere garanția acordată de aceasta, de 60 luni de la livrare. În vederea operării acestei stații s-a organizat prezenta procedură la care a participat și contestatoarea ... SRL, a cărei ofertă a fost declarată inacceptabilă și neconformă, motiv pentru care acesta a depus contestație la CNSC.

Autoritatea contractantă subliniază că, în urma depunerii documentației pentru emiterea vizei anuale de mediu pentru „Depozit ecologic de deșeuri menajere - celula 1” din cadrul CMID, s-a primit de la APM notificarea nr. 14203/05.08 2021, în care se solicita, ca până în data de 04.10.2021, să se facă punerea în funcțiune a stației de osmoză și raportarea lunară a cantității de levigat tratată în această instalație. Totodată, la controlul Gărzii de Mediu din data de 09.06.2021, prin nota de constatare nr. 606/09.06.2021, s-au stabilit măsuri de punere în funcțiune a stației de osmoză.

Având în vedere că termenul stabilit de APM pentru punerea în funcțiune a stației se apropia, iar contestația care a format obiectul dosarului CNSC nr. 2539/2021 nu era soluționată, s-a luat măsura solicitării ... SRL pentru punerea în funcțiune a stației și a instruirii personalului ... Cluj-Napoca care se va ocupa de operarea acesteia până

la stabilirea operatorului final, obligație prevăzută în contractul de furnizare a stației de tratare a levigatului.

Astfel, autoritatea contractantă învederează că, prin adresa nr. 16498/08.09.2021, s-a solicitat ... SRL, ca până în data de 13.09.2021, să se deplaseze pentru punerea în funcțiune a stației și a instruirii personalului ... Cluj-Napoca. Prin răspunsul primit, se comunică faptul că în timpul cel mai scurt vor răspunde asupra disponibilității echipei de service precum și măsurile pe care trebuie să le întreprindă regia pentru organizarea acestei acțiuni. Prin adresa nr. 17624/23.09.2021, ... SRL a transmis ofertele pentru evaluare, punere în funcțiune și consumabile operare stație tratare levigat, după cum urmează:

- Evaluare tehnică stație + infrastructură conexă B1415 tip: ROAW 9144DTG 40/SW3/IEX – 4.121,20 euro;
- Consumabile necesare pentru punere în funcțiune - 2.710,40 euro;
- Manoperă și service punere în funcțiune - 13.404,00 euro;
- Consumabile necesare pentru tratarea a 1.000 mc levigate - 2.556,20 euro;
- TOTAL – 22.791,80 euro.

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință că, prin aceeași adresă transmisă de ... SRL, i-a fost comunicat faptul că în urma confirmării ofertelor de preț și a transmiterii comenzilor de către regie, disponibilitatea echipei ... SRL este începând cu data de 27.09.2021, iar ca termen de finalizare acesta estimează o săptămână pentru evaluare și două săptămâni pentru pregătiri și punere în funcțiune, ceea ce înseamnă că punerea efectivă în funcțiune de către ... SRL ar fi început cu data de 18.10.2021, termen care depășește termenul stabilit de APM. Neîncadrarea în termenul stabilit de Agenția pentru Protecția Mediului presupunea neacordarea vizei anuale și aplicarea măsurilor prevăzute în Ordinul nr. 1150 privind aprobarea Procedurii de aplicare a vizei anuale de mediu și autorizației integrate de mediu.

Autoritatea contractantă arată că, la data de 04.10.2021, Agenția pentru Protecția Mediului a încheiat Procesul verbal nr. 18569/04.10.2021 prin care se constată punerea în funcțiune a stației de osmoză inversă (tratare levigat) de la CMID Cluj și îndeplinirea măsurilor impuse prin adresa nr. 14203/05.08.2021.

Având în vedere motivele mai sus arătate, autoritatea contractantă consideră că a respectat întocmai dispozițiile legale în vigoare cu privire la achizițiile publice, situația prezentată de contestatoare fiind nefondată.

... subliniază că ... SRL a depus contestația care a format obiectul dosarului nr. 2359/2021, iar prin Decizia nr. 2218/C5/2359/2021, s-a dispus reevaluarea ofertei depusă de ... SRL.

Totodată, autoritatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare au luat la cunoștință de adresa Direcției economice nr. 18075/29.09.2021, prin care se înștiințează Serviciul Investiții – Achiziții și, ulterior, comisia de evaluare despre faptul că, la rectificarea bugetară a BVC-ului regiei nu s-au mai alocat sume pentru exploatarea CMID Cluj și implicit, pentru operare stație tratare levigat aflată în incinta acestuia.

Ca urmare a celor prezentate mai sus, comisia de evaluare a constatat că se află în situația anulării procedurii de atribuire, întrucât nu

sunt asigurate fondurile necesare pentru susținerea și derularea contractului, fiind deci imposibilă încheierea contractului de achiziție publică, fiind incidente prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) coroborate cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă precizează că, deși la data inițierii achiziției publice au existat fondurile necesare demarării licitației, din cauza creșterii inflației și a problemelor economice, această achiziție inițiată a rămas fără finanțare, motiv pentru care se află în imposibilitatea încheierii unui contract.

În ceea ce privește funcționarea stației de osmoză, aceasta a fost pusă în funcțiune în modul manual și funcționează la capacitate de avarie, activitatea de întreținere a acesteia fiind efectuată de către angajații proprii, tocmai pentru a se putea încadra în bugetul rectificat al regiei și pentru a nu acumula datorii din această cauză.

Autoritatea contractantă susține că a achiziționat anumite servicii necesare punerii în funcțiune la nivel minimal a instalației, urmând ca activitatea de funcționare să fie asigurată de către proprii angajați pentru a nu ajunge în situația închiderii Centrului de Management Integrat a Deșeurilor, din cauza lipsei fondurilor necesare desfășurării activității. În situația în care, la data de 04.10.2021, stația nu ar fi putut funcționa nici la nivel de avarie, toată activitatea privind depozitarea deșeurilor de pe raza județului Cluj, ar fi fost oprită, astfel că instituția sa a fost nevoită să procedeze la cheltuieli minime pentru a putea asigura funcționarea centrului de deșeuri, cheltuielile prevăzute inițial la demararea procedurii de achiziție, nemaiputând fi, însă, susținute.

Față de cele arătate... solicită respingerea contestației și menținerea deciziei privind anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 1986/29.10.2021, transmisă în original, prin poștă, înregistrată la CNSC sub nr. 57447/02.11.2021, ... SRL a depus dovada constituirii cauțiunii, respectiv Recipisa de consemnare nr. 1/28.10.2021, eliberată de Raiffeisen BANK, în sumă de 49.640 lei.

Punctul de vedere nr. 20490/28.10.2021, însoțit de decizia de anulare și raportul procedurii, au fost transmise și în original, prin poștă, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 57443/02.11.2021.

De asemenea, prin adresa nr. 21553/10.11.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 59065/11.11.2021, autoritatea contractantă a remis dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 22189/17.11.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 60171/17.11.2021 și, respectiv, sub nr. 61089/22.11.2021, autoritatea contractantă a transmis „Notă de ședință”, prin care, reiterând susținerile din punctul de vedere nr. 20490/28.10.2021, a informat Consiliul cu privire la faptul că, plângerea formulată de contestatoare împotriva deciziei CNSC nr. 2218/C5/2359/06.10.2021, la Curtea de Apel Cluj, care a făcut obiectul dosarului nr. 750/33/2021, a fost respinsă ca nefondată.

Prin adresa nr. 2163/18.11.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 60561/19.11.2021, contestatoarea a formulat „Concluzii scrise” ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante, prin care a solicitat „desființarea”

raportului de anulare a procedurii de atribuire, considerând că această decizie nu s-a luat din motive obiective, respectiv lipsa fondurilor necesare derulării proiectului, sens în care contestatoarea a reiterat susțineri din cadrul contestației.

Contestatoarea apreciază că, prin referirile/trimiterile autorității contractante la contestația ce a făcut obiectul dosarului nr. 2359/2021, la plângerea formulată la Curtea de Apel Cluj împotriva deciziei CNSC din acest dosar, la obligațiile sale din contractul nr. 108/22.07.2019 încheiat cu autoritatea contractantă, aceasta nu face altceva decât să se îndepărteze de la motivarea propriei decizii de anulare a procedurii de atribuire.

Față de toate cele precizate, contestatoarea solicită admiterea contestației sale.

Prin adresele nr. 61150/2798/C5/23.11.2021 și nr. 61152/2798/C5/23.11.2021, acordând ca termen de răspuns o zi lucrătoare de la primirea corespondențelor, Consiliul a pus în discuția părților, din oficiu, excepția lipsei de interes a contestatoarei în formularea contestației, motivat de faptul că plângerea formulată de ... SRL împotriva deciziei CNSC nr. 2218/C5/2359 din 06.10.2021 a fost respinsă de către Curtea de Apel Cluj – Secția a III-a de Contencios Administrativ și Fiscal, prin Hotărârea nr. 1322/16.11.2021, astfel că decizia CNSC (prin care s-a reținut că, în mod corect, a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, oferta contestatoarei) a devenit definitivă și irevocabilă, prin urmare autoarea contestației nu mai are calitatea de persoană vătămată în sensul dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail) la data de 24.11.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 61646/24.11.2021, autoritatea contractantă a confirmat primirea adresei nr. 61152/2798/C5/23.11.2021, aceasta fiind înregistrată la ... Cluj-Napoca sub nr. 22668/23.11.2021, însă nu a formulat un răspuns în cadrul termenului acordat.

... SRL a răspuns prin adresa nr. 2199/ 24.11.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 61725/25.11.2021, prin care a solicitat respingerea excepției lipsei de interes, ca neîntemeiată, arătând că interesul solicitării de anulare a raportului procedurii este justificat tocmai de dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, iar societatea sa este persoană vătămată în înțelesul dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 în sensul în care are un interes în legătură cu procedura de atribuire și suferă un prejudiciu ca o consecință a actelor autorității contractante de natură să producă efecte juridice.

Contestatoarea susține că nu poate fi considerată exclusă definitiv din procedura de atribuire conform dispozițiilor art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu toate că plângerea formulată împotriva deciziei CNSC nr. 2218 pronunțată în dosarul nr. 2359/2021 a fost respinsă de Curtea de Apel Cluj, având interes ca autoritatea contractantă să desfășoare procedura cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile, fără a crea motive artificiale de anulare a acesteia încălcând, astfel, dispozițiilor art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Mai mult decât atât, contestatoarea învederează că motivele de excludere din procedură reglementate de lege sunt cele prevăzute de dispozițiile art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, cazurile nefiind incidente în ceea ce o privește, neputându-se considera că respingerea ofertei o lipsește de interes în privința formulării contestației.

... SRL consideră că autoritatea contractantă trebuie să respecte decizia pronunțată de CNSC în dosarul nr. 2359/2021 și, în măsura în care nicio ofertă nu poate fi acceptată, să demareze o nouă procedură la care, inclusiv societatea sa ar putea participa. Așadar, se arată că ... SRL are interes în formularea contestației, prin raportare atât la dispozițiile art. 2 alin. (1), coroborat cu art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și la posibilele soluții prefigurate de textul art. 26 din aceeași lege, dar și la contestația formulată, demersul fiind unul justificat.

Față de cele menționate, contestatoarea solicită respingerea excepției lipsei de interes invocată din oficiu și admiterea contestației.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „*Servicii operare stație tratare levigat ROAW 9144DTG 40/SW3/IEX de la Centrul de Management Integrat al Deșeurilor Cluj*”, cod CPV 90481000-2 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 03.06.2021, ora 15:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 2.482.000,00 RON.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, respectiv Asocierea ...SRL – ...AG și ofertantul ... SRL (contestatoare în prezenta speță), aspect consemnat în Declarația de participare publicată în SEAP la data de 03.06.2021.

După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii de atribuire consemnat în raportul procedurii nr. 15502/25.08.2021, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta depusă de Asocierea ...SRL – ...AG, iar oferta depusă de ... SRL a fost respinsă, fiind declarată inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d) din același act normativ, coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Nemulțumit de acest rezultat, ofertantul ... SRL a depus contestația care a făcut obiectul Dosarului nr. 2359/2021, în cadrul căreia a contestat atât decizia de respingere a ofertei sale cât și decizia de stabilire a ofertei câștigătoare, solicitând următoarele:

„În principal:

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă, neconformă și ulterior respinsă, obligarea autorității contractante la emiterea unui act prin care să atribuiască contestatoarei contractul de achiziție publică;

În subsidiar:

- respingerea ofertei depuse de asocierea ... SRL - ...AG pentru motivul neîndeplinirii de către aceasta a condițiilor prevăzute în caietul de sarcini al prezentei proceduri și a fișei de date a achiziției”.

Această contestație a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr. 2218/C5/2359/06.10.2021, prin care au fost dispuse următoarele:

„Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă, privind tardivitatea contestației și excepția invocată de intervenientă, privind lipsa de interes a contestatoarei în formularea contestației.

Admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., anulează, în parte, raportul procedurii nr. 15502/28.08.2021 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de asocierea ...SRL (actual ...) – ...AG și la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta depusă de asocierea ...SRL (actual ...) – ...AG cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

Respinge, ca nefondate, celelalte capete de cerere formulate de ... SRL.

Respinge cererea de intervenție formulată de ... SRL.

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”.

... SRL a atacat cu plângere la Curtea de Apel Cluj – Secția a III-a Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 2218/C5/2359/06.10.2021, sens în care instanța a constituit Dosarul nr. 750/33/2021. Prin Decizia nr. 1322/2021 din 16.11.2021, instanța a soluționat plângerea formulată de ... SRL în sensul că aceasta a fost respinsă, aspecte consemnate pe portalul Curții de Apel Cluj.

După primirea Deciziei nr. 2218/C5/2359/06.10.2021, comisia de evaluare a întocmit Raportul procedurii nr. 19331/14.10.2021 (aprobat ulterior de Directorul general al autorității contractante) în cadrul căruia a propus anularea procedurii, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, motivat de lipsa fondurilor necesare pentru susținerea și derularea contractului, având în vedere că la *„rectificarea bugetară a BVC-ului regiei nu s-au mai alocat sume pentru exploatarea CMID Cluj și implicit pentru stația tratare levigat aflată în incinta acestuia”.*

Nemulțumit de decizia de anulare a procedurii, ofertantul ... SRL a depus contestația care face obiectul prezentei cauze, susținând că decizia de anulare a procedurii de atribuire nu s-a luat din motive obiective, respectiv lipsa fondurilor.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1/28.10.2021, în sumă de 49.640 RON, eliberată de Raiffeisen BANK.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția invocată din oficiu, privind lipsa de interes a contestatoarei în formularea contestației.

Din conținutul contestației formulată de ... SRL rezultă că aceasta a criticat decizia de anulare a procedurii de atribuire și a solicitat următoarele:

- anularea raportului procedurii;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire conform dispozitivului și considerentelor deciziei CNSC nr. 2218/C5/2359/06.10.2021.

Așa cum s-a reținut într-un paragraf anterior, contestația formulată de către ... SRL împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d) din același act normativ, coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, a fost respinsă, ca nefondată, de Consiliu, prin Decizia nr. 2218/C5/2359/06.10.2021.

În acest sens, Consiliul reține considerentele Deciziei nr. 2218/C5/2359/06.10.2021 (pag. 27-33), relevanță având următoarele paragrafe:

„Consiliul apreciază ca fiind corectă această decizie a membrilor comisiei de evaluare, răspunsul transmis de contestatoare autorității contractante fiind unul neconcludent, în condițiile în care, fără a contesta solicitările de clarificări ale autorității contractante, ofertantul nu a transmis acesteia un răspuns concludent la întrebările 5 și 6, răspunsurile transmise în legătură cu aceste întrebări, numerotate de contestatoare 6 și 7, fiind neconcludente.

Astfel, Consiliul constată, în primul rând, că ofertantul a prezentat autorității contractante un răspuns evaziv și incomplet în ceea ce privește solicitarea nr. 5, în sensul că la întrebarea concretă a acesteia de a explica și transmite numărul de ore pe zile/lună/an privind modul de operare de către operatori și ingineri service, aferente pozițiilor B – costuri aferente serviciilor de operare, service și asistență tehnică, C - costurile aferente resurselor umane necesare prestării serviciilor, D - costurile aferente unor posibile avizări ulterioare a acestei stații la autoritățile publice locale, din justificarea prețului transmisă autorității contractante, ofertantul nu a indicat niciun număr de ore pe zile/lună/an, ci a menționat, doar, că acest „este calculat conform legii”. Ofertanta contestatoare nu a atacat în cadrul termenului legal niciuna dintre solicitările de clarificări pe care le-a primit de la autoritatea contractantă (în cazul în care aprecia că acestea excedează dispozițiilor documentației de atribuire), astfel încât s-a născut obligația ei de a răspunde întocmai tuturor solicitărilor membrilor Comisiei de evaluare.

Prin transmiterea răspunsului fără a preciza în mod concret numărul de ore pe zile/lună/an privind modul de operare de către operatori și ingineri service, aferente pozițiilor B, C, D, ofertantul și-a asumat riscul aplicării sancțiunii revăzută de art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia „(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

În aceste condiții, Consiliul apreciază ca fiind neîntemeiată această critică.

(...)

În al doilea rând, în ceea ce privește răspunsul referitor la indicarea costului cu înlocuirea membranelor (solicitarea nr. 6), (...). Ca și în cazul criticii anterioare, Consiliul constată că, prin necontestarea în termen legal a acestei solicitări de clarificări, s-a născut în sarcina contestatoarei obligația de a răspunde întocmai solicitării autorității contractante

Susținerile contestatoarei din cadrul contestației referitoare la garanția suplimentară ce poate fi oferită sau la numărul de ore de funcționare a stației de levigat nu pot fi reținute de Consiliu în soluționarea contestației, aceste argumente nefiind prezentate, ca răspunsuri la solicitările adresate de membrii comisiei de evaluare. În acest context, Consiliul apreciază că o ofertă nu poate fi clarificată pe calea contestației, la momentul formulării răspunsului la clarificări, ofertanții având obligația de a furniza toate informațiile necesare pentru lămurirea aspectelor în discuție.

Având în vedere cele reținute anterior, Consiliul constată că în mod corect membrii comisiei de evaluare au reținut incidența dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora „(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt

concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”, **criticile autoarei contestației privind decizia de respingere a ofertei sale fiind neîntemeiate.**

Consiliul apreciază ca fiind corectă decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, motiv pentru care capetele de cerere privind anularea deciziei autorității contractante prin care oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă, neconformă și ulterior respinsă și obligarea autorității contractante la emiterea unui act prin care să atribuie contestatoarei contractul de achiziție publică, vor fi respinse ca nefondate”.

Plângerea formulată de contestatoare împotriva acestei decizii a fost respinsă, ca nefondată, de Curtea de Apel Cluj – Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal, prin Decizia nr. 1322/16.11.2021 (Dosar nr. 750/33/2021), instanța de judecată considerând corectă și legală Decizia CNSC nr. 2218/C5/2359 din 06.10.2021, care, în prezent, este definitivă și se bucură de autoritate de lucru judecat conform dispozițiilor art. 430 alin. (2) din Codul de procedură Civil, care stipulează următoarele: „(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”.

Față de cele mai sus reținute, rezultă astfel, că la data emiterii prezentei decizii oferta depusă de contestatoare în cadrul prezentei proceduri de atribuire a fost respinsă, **în mod definitiv**, ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d) din același act normativ, coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

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 și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”;

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

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

- art. 2a alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achizițiilor publice, potrivit căruia „Se consideră că **ofertanții sunt interesați dacă nu au fost încă excluși definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluționarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac**”.

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

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.

Condiția interesului se analizează la momentul formulării cererii de chemare în judecată, însă acesta trebuie să se păstreze pe tot parcursul litigiului. **La momentul soluționării contestației în cauză, interesul contestatoarei nu mai subzistă, oferta sa fiind respinsă printr-o decizie a autorității contractante rămasă definitivă, prin confirmarea ei de către Consiliu și, ulterior, menținută de Curtea de Apel Cluj.**

De altfel, în acest sens sunt și considerentele Deciziei nr. 2052/05.08.2018 și Deciziei nr. 1569/29.07.2021 a Curții de Apel București.

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

În consecință, având în vedere că:

- oferta depusă de ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d) din același act normativ, coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016. Această hotărâre a autorității contractante a făcut obiectul deciziei nr. 2218/C5/2359/ 06.10.2021, emisă anterior de Consiliu;

- Decizia nr. 2218/C5/2359/06.10.2021, emisă de Consiliu, a fost atacată cu plângere la instanța competentă, iar plângerea a fost respinsă ca nefondată, oferta contestatoarei fiind, astfel, respinsă în mod definitiv.

Din conținutul dispozițiilor legale citate în paragrafele anterioare, rezultă că excluderea din procedura de atribuire a unui ofertant înseamnă respingerea oferte acestuia indiferent de termenele legale

reținute de autoritatea contractantă, interpretarea contestatoarei referitoare la faptul că ofertei sale nu îi sunt incidente motivele de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, fiind eronate.

Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual în formularea prezentei contestații de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire. De altfel, anularea procedurii de atribuire, decisă de autoritatea contractantă în cadrul raportului procedurii atacat de contestatoare în prezenta cauză, este, în fapt, favorabilă contestatoarei, care, cu ocazia inițierii și derulării unei eventuale noi proceduri de atribuire, ar putea participa și, implicit, ar avea șansa să devină câștigător.

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

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

„57. Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und*

Caverion Österreich (C- 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36),

■

Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de

autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui

■

contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese

confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat

înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.”

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

«27. Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat, în raport cu Hotărârea din

4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), în sensul că se

opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr- o procedură de atribuire

a unui contract de achiziții publice **printr- o decizie a autorității**

contractante care a rămas definitivă și care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a din această directivă să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatarul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecatar 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 aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448,

punctul 33, și Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13,

EU:C:2016:199, punctul 24). În schimb, în prezenta cauză principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei 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, **oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la**

soluționarea acestei contestații, deciziile ulterioare care i-ar

aduce prejudicii în ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.

35. În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36. Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul **că nu se opune ca**

unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a

unui contract de achiziții publice printr-o decizie rămasă

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

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

contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatarul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecatar ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă”.

În acest context, Consiliului reiterează aprecierea sa conform căreia interesul contestatoarei trebuie să se mențină pe tot parcursul litigiului.

Astfel, Consiliul constată că, în cauză ... SRL nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii, motiv pentru care va admite excepția invocată din oficiu și va respinge contestația în discuție ca lipsită de interes, fără a analiza fondul cauzei.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată din oficiu și va respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția, invocată din oficiu, privind lipsa de interes a ... SRL și respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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 în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.