



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. .

Data: ..

Prin contestația nr. 836/16.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către ... S.R.L, cu sediul în ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., în numele asocierii .. S.R.L., împotriva adresei nr. 112812/09.06.2023, emisă de către MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...), cu sediul în ..., str..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, se solicită: anularea adresei nr. 112812/09.06.2023 și obligarea autorității contractante la transmiterea unei solicitări pentru prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare doar în ipoteza anulării raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, cât și dispunerii reevaluării ofertei asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L.

Prin adresa nr. 12561/29.06.2023 înregistrată la CNSC cu nr. ..., completată prin adresa nr. 12746/03.07.2023 înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L., cu sediul în ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., a depus cerere de intervenție, solicitând respingerea contestației depusă de ... S.R.L., ca lipsită de interes.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L. critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă.

În fapt, contestatoarea arată că, inițial, oferta depusă de asocierea sa a fost desemnată câștigătoare.

Împotriva rezultatului procedurii, asocierea ... 98 S.A. - ... S.R.L. a formulat contestația înregistrată la CNSC cu nr. 56585/17.11.2022, soluționată prin decizia din 23.12.2022, prin care s-a respins ca nefondată, fiind admisă cererea de intervenție formulată de către asocierea .. S.R.L. - ... S.R.L.

Împotriva deciziei CNSC din 23.12.2022, asocierea ... 98 S.A. - ... S.R.L. a formulat plângere iar, prin Decizia pronunțată în data de 09.02.2023 în dosarul nr. ..., Curtea de Apel ... a dispus admiterea în parte a plângerii, anularea Deciziei CNSC nr. din 23.12.2022 și, pe cale de consecință, admiterea în parte a contestației, anularea raportului procedurii nr. 232136/10.11.2022 și a actelor subsecvente acestuia.

Totodată, Curtea de Apel ..., a dispus obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de către asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L., prin raportare la prevederile documentației de atribuire, sub aspectul îndeplinirii proprietăților fonoabsorbante de către mixtura asfaltică ofertată.

Ca urmare a reevaluării ofertei, potrivit raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, oferta asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L. a fost respinsă ca neconformă, iar oferta asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare.

Împotriva raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L. a formulat contestație, respinsă prin Decizia CNSC nr. .../12.04.2023.

Contestatoarea învederează faptul că decizia CNSC nr. ... din 12.04.2023 face obiectul unei plângeri, formulate la Curtea de Apel ..., cu privire la care instanța nu s-a pronunțat până la acest moment (dosar nr. ...), termenul de judecată fiind stabilit în data de 29.06.2023.

În aceste condiții, autoarea contestației precizează că autoritatea contractantă nu a încheiat contractul cu ofertantul declarat câștigător (asocierea ... 98 S.A. - ... S.R.L.) și nici nu a reluat evaluarea ofertelor, aceasta așteptând soluționarea dosarului nr. ..., după cum rezultă și din adresa nr. 107517/30.05.2023, emisă de către autoritatea contractantă, în care aceasta invocă *"contextul procedural (plângere formulată la Curtea de Apel - împotriva deciziei CNSC .../12.04.2023)"*.

Cu toate acestea, deși oferta asocierii sale a fost respinsă ca neconformă, iar oferta asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, conform raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, autoritatea contractantă a decis să-i solicite, în 30.05.2023, prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, fără a exista un document prin care să decidă anularea raportului procedurii 58152/21.03.2023 și implicit reevaluarea ofertelor.

Contestatoarea arată că raportul procedurii nr. 58152/21.03.2023, prin care oferta asocierii sale a fost respinsă ca neconformă, iar oferta asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, a făcut obiectul unei contestații respinse prin decizia CNSC nr. ... din 12.04.2023, atacată cu plângere la Curtea de Apel ..., iar instanța nu s-a pronunțat până la acest moment.

Astfel, în ciuda faptului că oferta asocierii sale a fost deja respinsă ca neconformă, autoarea contestației subliniază faptul că autoritatea contractantă a transmis, prin e-mail, adresa nr. 107517/30.05.2023, prin care a solicitat

prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, precum și transmiterea dovezilor la sediul autorității, până la data de 06.06.2023.

De asemenea, societatea contestatoare precizează că asocierea sa a obținut un nou instrument de garantare la data solicitată de autoritatea contractantă, care a fost depus prin răspunsul nr. 780, în ziua imediat următoare (07.06.2023), la sediul autorității, conform solicitării acesteia.

În urma acestui răspuns, societatea sa a fost informată cu privire la faptul că oferta depusă în cadrul procedurii menționate a fost respinsă, de data aceasta ca inacceptabilă, în baza art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016, conform adresei nr. 112812/09.06.2023, transmisă prin e-mail.

Motivele arătate, pentru respingerea ofertei, au fost următoarele:

- Transmiterea răspunsului în data de 07.06.2023, în loc de 06.06.2023, ora 16.30;

- Prezentarea unei scrisori de garanție de participare emisă de o instituție financiară nebancaară.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu avea dreptul să solicite în 30.05.2023 prelungirea valabilității ofertei sale și a garanției de participare, fără a exista un document/act prin care să decidă anularea raportului procedurii 58152/21.03.2023 și implicit reevaluarea ofertelor.

Deși oferta asocierii sale a fost respinsă ca neconformă, iar oferta asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, conform raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, petenta menționează că autoritatea contractantă a decis să-i solicite, în 30.05.2023, prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, fără a exista un document/act prin care să decidă anularea raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023 și implicit reevaluarea ofertelor.

Așa cum a mai precizat, raportul procedurii nr. 58152/21.03.2023, prin care oferta asocierii sale a fost respinsă ca neconformă, iar oferta asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, a făcut obiectul unei contestații respinse prin Decizia CNSC nr. ... din 12.04.2023, atacată cu plângere la Curtea de Apel ... cu privire la care instanța nu s-a pronunțat.

Or, atât timp cât este încă în vigoare decizia autorității de respingere ca neconformă a ofertei ... S.R.L. și de declarare ca ofertă câștigătoare a ofertei asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L., contestatoarea consideră că este nelegală abordarea comisiei de evaluare de a solicita prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, fără a exista un document/act prin care să decidă anularea raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023 și implicit reevaluarea ofertelor.

Mai mult decât atât, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă nu a revenit la o stare anterioară în SEAP pentru desfășurarea comunicărilor pe parcursul evaluării ofertelor, în conformitate cu prevederile legale aplicabile și ale documentației de atribuire.

Prin urmare, contestatoarea consideră că decizia de respingere a ofertei ca inacceptabilă a fost luată în afara cadrului legal de derulare a procedurii de achiziție publică, atât în ceea ce privește modul de comunicare, cât și modul de evaluare și de adoptare a deciziilor.

În subsidiar, în opinia petentei, adresa nr. 112812/09.06.2023 este nelegală și netemeinică, având în vedere motivele de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă.

În ceea ce privește primul motiv pentru care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă (transmiterea răspunsului în data de 07.06.2023, în loc de 06.06.2023, ora 16.30), contestatoarea consideră că este nelegal și netemeinic, în condițiile în care scrisoarea de garanție este emisă la data solicitată și practic nu există niciun prejudiciu adus autorității contractante, aceasta încălcând astfel principiul proportionalității.

Raportat la dispozițiile art. 35 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și la situația de fapt prezentată, petenta apreciază disproporționată și nejustificată decizia de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, pentru depunerea scrisorii de garanție în data de 07.06.2023, în loc de 06.06.2023, ora 16.30, ora de închidere a programului autorității contractante.

Totodată, autoarea contestației susține că autoritatea contractantă a îngăduit posibilitatea de a transmite răspunsul în termenul solicitat prin impunerea respectării programului de lucru al acesteia, ceea ce contravine prevederilor art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Din acest punct de vedere, ora la care societatea sa a primit scrisoarea de garanție de la emitent în data de 06.06.2023 nu a mai permis depunerea documentelor la sediul autorității contractante (astfel cum s-a solicitat) în aceeași zi, și raportat la art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 autoritatea contractantă avea obligația să accepte răspunsul transmis.

Practic, asocierea sa a avut la dispoziție doar 2 zile lucrătoare pentru a obține prelungirea garanției de participare (în data de 30.05.2023 a primit solicitarea din partea autorității contractante, iar în data de 06.06.2023 ar fi trebuit să se depună garanția de participare, doar că numai zilele 31.05 și 06.06 au fost zile lucrătoare, restul de zile fiind nelucrătoare - 1, 2, 3, 4 și 5 iunie fiind zile nelucrătoare) iar, în condițiile actuale din domeniul asigurărilor, ... S.R.L a întreprins toate demersurile pentru a obține un nou instrument de garantare în termenul solicitat de autoritatea contractantă - 06.06.2023.

Contestatoarea menționează că emitentul inițial al instrumentului de garantare (EUROINS) nu mai este autorizat în acest sens, motiv pentru care prelungirea valabilității poliței de asigurare inițială nu a mai fost posibilă, dar a fost emisă o nouă scrisoare de garanție de participare emisă de o instituție financiară nebancară.

Posibilitatea și dreptul unei instituții financiar nebancare de a emite scrisori de garanție în beneficiul autorităților contractante, în materia achizițiilor publice, rezultă din prevederile art. 36 din H.G. 395/2016.

Activitatea IFN-urilor emitente de garanții a fost reglementată de către BNR, prin publicarea Regulamentului nr. 3/2021 pentru modificarea și completarea Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 20/2009 privind instituțiile financiare nebancare.

ANAP a emis adresa de consiliere metodologică nr. 4236/04.04.2018 prin care arată că autoritățile contractante pot primi, respectând clauzele contractuale, garanții emise de instituții financiare nebancare ("IFN"), dacă acestea pot emite astfel de documente.

Astfel, contestatoarea citează punctul de vedere ANAP, „În cazul constituirii oricărei garanții prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice, accentul trebuie să cadă pe scop și nu pe mijloacele prin care sunt constituite acestea, atâta timp cât sunt îndeplinite condițiile cerute de lege ca să poată fi executate în cazul în care acest lucru este necesar. Prin urmare, dispozițiile legale cu privire la entitatea care poate emite instrumentul de garantare nu trebuie în sens restrictiv, dacă se dovedește că există și alte entități care, în conformitate cu legislația specifică, pot emite un

instrument de garantare care să respecte condițiile cerute în mod expres de legea în domeniul achizițiilor publice, astfel încât acesta să își poată atinge scopul pentru care a fost emis."

Prin adresa nr. 11532/18.04.2018 Ministerul Fondurilor Europene- Direcția Generală Programe Europene Infrastructura Mare emite punct de vedere prin care menționează ca IFN-urile pot emite scrisori de garanție.

Prin adresa nr. 21513/15.11.2021, Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud Muntenia emite punct de vedere prin care menționează ca IFN-urile pot emite instrumente de garantare de bună execuție.

În continuare, societatea contestatoare reiterează dispozițiile art. 36 alin. (5) din H.G. 395/2016.

De altfel, autoarea contestației arată că această prevedere legală națională este în concordanță și cu Directiva 2014/24/UE a Parlamentului și Consiliului Europene din 24.02.2014, care prevede că astfel de instrumente de garantare ar trebui să fie luate în considerare de către autoritățile contractante ca soluții echivalente. Astfel, în conformitate cu prevederile Directivei 2014/24/UE: *„ofertele care au la baza soluții echivalente ar trebui să fie luate în considerare de către autoritățile contractante”*.

Corolar expunerii anterioare, contestatoarea arată faptul că Parlamentul României a aprobat Legea nr. 225 din 19 iulie 2022, publicată în Monitorul Oficial nr.736/21.07.2022 și Legea nr. 208 din 11 iulie 2022, publicată în Monitorul Oficial nr. 697/12.07.2022, acte normative care confirmă valabilitatea *"instrumentelor de garantare emise în condițiile legii de orice instituție financiară nebanară din România"*.

În plus, dacă autoritatea contractantă considera necesar, avea posibilitatea să solicite clarificări și să permită retransmiterea unui nou document de garantare acordând un nou termen de răspuns, timp în care aceasta oricum era protejată "față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului" prin scrisoarea de garanție emisă de IFN, mai ales în condițiile în care așa cum a arătat deja autoritatea a desemnat deja un câștigător.

Pe de altă parte, fiind un document nou, emis ulterior depunerii ofertelor și luând în considerare legitimitatea acestuia, recunoscută prin lege la momentul emiterii, contestatoarea consideră că scopul garanției de participare, așa cum este acesta reglementat prin lege, este îndeplinit, autoritatea contractantă fiind protejată *"față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului"*.

Astfel, autoritatea contractantă avea obligația de a respecta dispozițiile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, aplicabile prin analogie acestei faze a procedurii, potrivit căroră în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, comisia de evaluare solicită clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

În opinia contestatoarei, și în privința acestui motiv de respingere a ofertei, autoritatea contractantă a acționat cu încălcarea principiului proporționalității, o solicitare de clarificări în sensul prezentării unui alt instrument de garantare reprezentând doar o formalitate raportat la scopul pentru care se solicită garanția de participare la licitație, scop îndeplinit în speță.

Ținând cont de faptul că asocierea sa s-a conformat solicitării autorității contractante de a prelungi valabilitatea ofertei și a garanției de participare, petenta consideră că nu sunt incidente prevederile art. 124 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, pe care le invocă autoritatea contractantă ca stând la baza deciziei de respingere a ofertei.

Prin adresa nr. 123638/26.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 34369/26.06.2023, MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...) transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ... S.R.L.

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii arătând că, în data de 17.11.2022, operatorul economic ... 98 S.A. lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L., a înaintat către CNSC contestație împotriva rezultatul procedurii, soluționată prin decizia CNSC nr. ..., prin care a fost respinsă.

Împotriva deciziei C.N.S.C. nr. ..., ... 98 S.A. a depus plângere la Curtea de Apel ..., aceasta fiind admisă în parte, iar decizia CNSC nr. .. anulată.

În data de 28.03.2023, operatorul economic ... S.R.L., membru al asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L., a înaintat către CNSC contestație împotriva rezultatul procedurii, soluționată prin Decizia CNSC nr. .../12.04.2023, prin care a fost respinsă.

Împotriva deciziei C.N.S.C. nr. .../12.04.2023, ... S.R.L. a depus plângere.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în data de 16.06.2023, ora 16:43, a fost primită, prin e-mail, contestația nr. 836/16.06.2023 de la ... S.R.L., fiind înregistrată la sediul său cu nr. 118650/19.06.2023.

În opinia achizitoarei, observațiile contestatoarei sunt nefondate. În susținerea acestor afirmații, organizatoarea procedurii face următoarele mențiuni:

În data de 24.02.2023 a solicitat, în aceleași condiții, prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare, aspect ce nu a fost criticat de contestatoare la acel moment.

În 30.05.2023, a solicitat prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, atât operatorului economic declarat câștigător - asocierea ... 98 S.A. - ... S.R.L., cât și contestatoarei - asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L., întrucât ambele polițe și oferte expirau în data de 31.05.2023. Solicitățile de prelungire au fost transmise, prin e-mail, întrucât câmpurile din SEAP erau închise ca urmare a publicării raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023.

În conținutul adreselor de prelungire a fost precizat ca termen limită de răspuns data de 06.06.2023, iar în conținutul email-ului a fost adus la cunoștință programul registraturii autorității contractante („originalele vor fi transmise până la data 06.06.2023 ora 16.30").

În adresa nr. 107517/30.05.2023, autoritatea arată că a menționat, în clar, termenul de răspuns (06.06.2023), acordând pentru transmiterea acestuia 7 zile calendaristice (3 zile lucrătoare) și prevederea legală în baza căreia s-a formulat solicitarea de prelungire (art. 124 alin. (1) din H.G nr. 395/20016).

Până la termenul indicat în adresa nr. 107517/30.05.2023, contestatoarea nu a solicitat prelungirea termenului de răspuns și nici nu a contestat conținutul solicitării.

Prin adresa nr. 780 transmisă în data de 07.06.2023, înregistrată la registratura generală a Municipiului ... cu nr. 111364/07.06.2023 (ora 16:02:54), contestatoarea a prezentat justificări ale netransmiterii răspunsului

în termenul impus și a solicitat prelungirea perioadei de transmitere a documentelor în original.

Prin acest răspuns, contestatoarele a asigurat autoritatea de faptul că a înțeles conținutul solicitării și, chiar mai mult, și-a însușit conținutul acesteia.

Prin urmare, în opinia achizitoarei, toate criticile aduse adresei nr. 107517/30.05.2023, prin contestație, sunt tardive.

Organizatoarea procedurii arată că potrivit precizărilor ofertantului din adresa nr. 780/07.06.2023 reiese că acesta deținea toate documentele în data de 06.06.2023, dar nu a putut să le depună la registratura autorității, întrucât se terminase programul cu publicul. Aceste precizări nu au fost susținute de documentele anexate răspunsului (fiind prezentat extras din corespondența cu asiguratorul Destine Broker ..., răspunsul acestuia fiind din 07.06.2023 ora 11:05) și nici de ora la care a fost depus acest răspuns 07.06.2023 (ora 16:02:54).

Atașat adresei de răspuns nr. 780/07.06.2023 a fost prezentată în copie scrisoarea de garanție de participare nr. 188659/L/06.06.2023, emisă de Fondul de Garantare și Creditare IFN SA.

Întrucât Scrisoarea de garanție prezentată a fost emisă de o Instituție Financiar Nebancară, autoritatea contractantă precizează că această modalitate de constituire a garanției de participare nu poate fi acceptată, întrucât anunțul de participare a fost publicat în SEAP la data de 08.05.2022, iar prevederile Legii nr. 208/2022 au intrat în vigoare începând cu data de 10.09.2022, astfel nu se aplică procedurilor inițiate înainte de această dată.

În susținerea celor menționate autoritatea invocă adresa ANAP nr. 22150/04.11.2022 .

În aceste condiții, achizitoarea arată că, prin adresa nr. 112812/09.06.2023, a comunicat ofertantului decizia de respingere a ofertei ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 124 alin. (3) din H.G nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 12561/29.06.2023 înregistrată la Consiliu sub nr. 35218/29.06.2023, ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L., a adus la cunoștință faptul că, în data de 29.06.2023, Curtea de Apel ... a pronunțat Hotărârea nr. .., în conformitate cu care plângerea depusă de ... S.R.L. împotriva deciziei CNSC nr. .. a fost respinsă ca nefondată. Față de această situație, ... 98 S.A. solicită respingerea contestației depusă de ... S.R.L., ca lipsită de interes.

Prin adresa nr. 12746/03.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... 98 S.A. a răspuns la solicitarea CNSC nr. ..., comunicând acordul său pentru calificarea adresei nr. 12561/29.06.2023 drept cerere de intervenție, conform art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresele nr. ..., Consiliul a pus în discuția părților excepția lipsei de interes a contestației, având în vedere Hotărârea nr. .., pronunțată de Curtea de Apel ..., în dosarul nr.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 128530/04.07.2023, înregistrată la CNSC cu nr. .., considerând lipsită de interes contestația formulată de ... S.R.L, întrucât prin Hotărârea nr. 135/2023, pronunțată de Curtea de Apel ..., în dosarul nr. ..., a fost respinsă ca nefondată plângerea formulată de ... S.R.L. împotriva deciziei CNSC nr. .../12.04.2023.

Prin adresa nr. 913/03.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., contestatoarea apreciază că în cadrul dosarului nr. 1649/2023 a devenit incidentă excepția lipsei de interes a contestației și solicită restituirea cautionsilor constituite în dosarele nr.

Prin adresa nr. 923/03.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., contestatoarea informează Consiliu că renunță la adresa nr. 913/03.07.2023, referitor la dosarele menționate, întrucât intenționează să formuleze o cale extraordinară de atac împotriva Hotărârii Curții de Apel ... pronunțată în dosarul nr.

Prin urmare, autoarea contestației consideră că are interes în cauză și solicită respingerea excepției lipsei de interes în cadrul dosarului nr. ..

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...) a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „...”, cod CPV 45233142-6 Lucrări de reparare a drumurilor (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate - preț*”, iar valoarea estimată a contractului, este de 23.438.057,13 lei fără TVA.

Decizia autorității contractante de respingere a ofertei ... S.R.L., ca inacceptabilă, a fost comunicată acesteia prin adresa nr. 112812/09.06.2023.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... S.R.L. a transmis:

- recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 21.06.2023, din care rezultă consemnarea cautionsii în valoare de 35.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. ...;

- recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 29.06.2023, din care rezultă consemnarea cautionsii în valoare de 53.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr.

Astfel, Consiliul constată că ... S.R.L. a constituit cautionsiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că, după depunerea contestației de către ... S.R.L., ... 98 S.A. a depus, prin adresa nr. 12561/29.06.2023 înregistrată la CNSC cu nr. ..., completată prin adresa nr. 12746/03.07.2023 înregistrată la CNSC cu nr. .., cerere de intervenție.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ... 98 S.A., Consiliul are în vedere că în ceea ce o privește pe intervenientă, interesul acesteia este evident în condițiile în care oferta sa este declarată câștigătoare în cadrul procedurii de atribuire, conform Raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023, motiv pentru care va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de aceasta și o califică ca fiind accesorie, în condițiile în care intervenția vizează menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației” și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de ... S.R.L., la data de 19.06.2023, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a ofertantei ... 98 S.A., împreună cu contestația formulată de ... S.R.L.

Anterior, pe rolul Consiliului s-a aflat dosarul nr. ... aferent contestației nr. 22.297/17.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56585/17.11.2022, formulată de către ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L. care a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr. ... prin care a respins contestația formulată, respectiv::

„Respinge contestația formulată de către ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L. cu sediul în ..., județ ..., în contradictoriu cu MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...), cu sediul în ... , ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de către asociera ... S.R.L. - ... S.R.L., prin asociat împuternicit ... S.R.L., cu sediul în ..., str. ...

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.”

Ulterior pronunțării Deciziei nr. ..., asociera ... 98 S.A. - ... S.R.L. a formulat plângere împotriva deciziei pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor la Curtea de Apel ..., Secția Contencios Administrativ și Fiscal.

Prin Decizia Curții de Apel ... a fost admisă în parte plângerea formulată de către ... 98 SA, prin Decizia nr. .. instanța de judecată dispunând următoarele:

„Admite în parte plângerea formulată de către SC ... 98 SA. Anulează decizia CNSC nr. . și în consecință: Admite în parte contestația formulată de SC ... 98 SA.

Anulează Raportul procedurii nr. 232136/10.11.2022 și actele subsecvente acestuia emise de către autoritatea contractantă Municipiul

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de către Asociera ... SRL&... SRL. prin raportare la prevederile documentației de atribuire, sub aspectul îndeplinirii proprietăților fonoabsorbante de către mixtura asfaltică ofertată.

Respinge cererea de intervenție formulată de Asociera ... SRL&... SRL.

Definitivă.

Pronunțată în ședință publică azi, 9 februarie 2023.”

Este de reținut și faptul că ulterior pronunțării de către Curtea de Apel ... a Deciziei nr. 95/09.02.2023, ... S.R.L., în numele asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L. a formulat contestația nr. 433/28.03.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 16879/29.03.2023, prin care a solicitat:

- anularea raportul procedurii nr. 58152/21.03.2023 în ceea ce privește decizia de respingere a ofertei asocierii sale, clasamentul și stabilirea ofertei câștigătoare;

- anularea actelor subsecvente raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023 și reevaluarea ofertei depusă de asociera sa.

Contestația mai sus amintită a fost soluționată prin Decizia nr. ... din 12.04.2023 prin care s-au dispus următoarele:

Respinge excepțiile tardivității și prematurității contestației, precum și excepția autorității de lucru judecat, excepții invocate de către intervenientă ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L.

Respinge contestația formulată de ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L., în contradictoriu cu MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...), ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de ... 98 S.A. , în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L.

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.

Ulterior pronunțării Deciziei nr. ... din 12.04.2023, asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L. a formulat plângere împotriva deciziei pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor la Curtea de Apel ..., Secția Contencios Administrativ și Fiscal.

Curtea de Apel ... s-a pronunțat asupra plângerii formulate de către ... S.R.L., prin Hotărârea civilă nr. ..., în sensul respingerii acesteia, instanța de judecată dispunând următoarele:

Respinge ca nefondată plângerea petentei împotriva Deciziei CNSC nr. ... din 12.04.2023. Definitivă. Pronunțată azi, 29.06.2023, soluția urmând a fi pusă la dispoziția părților prin grefa instanței.

Document: **Hotărâre** ..

Înainte de a proceda la soluționarea criticilor, Consiliul va enunța următoarele considerații de ordin general.

În conformitate cu dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de proc. civ alin. (1) – „Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată”; alin. (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”.

Corelativ, Consiliul reiterează următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016:

- art. 28 alin. (1) - „Decizia Consiliului **este obligatorie** pentru părțile cauzei”;

- art. 29 – „Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu 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”;

- art. 32 alin. (1) - Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante. Plângerile se soluționează de complete specializate în achiziții publice”;

- art. 35. alin. (2) - „Hotărârea prin care instanța soluționează plângerea este **definitivă**.”

Coroborând normele juridice anterior enunțate, rezultă că, în ceea ce privește *„obiectul cererii contestației deduse soluționării”*, Consiliul este obligat să ia în considerare, în mod exclusiv Decizia nr. ... din 12.04.2023 pronunțată de Curtea de Apel ..., deoarece la momentul soluționării prezentei contestații, aceasta este **definitivă**; altfel spus, nu mai este susceptibilă, de anulare sau modificare, decât prin intermediul căilor extraordinare de atac.

Se are în vedere faptul că, ulterior pronunțării Deciziei nr. ... din 12.04.2023 achizitoarea la data de 30.05.2023 a solicitat prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, atât operatorului economic declarat câștigător - asocierea ... 98 S.A. - ... S.R.L., cât și asocierii contestatoare -

asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L., întrucât ambele polițe și oferte expirau în data de 31.05.2023.

În conținutul adreselor de prelungire a fost precizat ca termen limită de răspuns data de 06.06.2023, iar în conținutul mail-ului a fost adus la cunoștință programul registraturii autorității contractante (*„originalele vor fi transmise până la data 06.06.2023 ora 16.30”*).

În adresa nr. 107517/30.05.2023 autoritatea a menționat termenul de răspuns (06.06.2023), acordând pentru transmiterea acestuia 7 zile calendaristice (3 zile lucrătoare) și prevederea legală în baza căreia s-a formulat solicitarea de prelungire (art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/20016).

Până la termenul indicat de autoritatea contractantă în adresa nr. 107517/30.05.2023 asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L., nu a solicitat prelungirea termenului de răspuns și nici nu a contestat conținutul solicitării.

Prin adresa nr. 780 transmisă în data de 07.06.2023, înregistrată la Registratura Generala a Municipiului ... cu nr. 111364/07.06.2023 (ora 16:02:54) asocierea în discuție prezintă justificări ale netransmiterii răspunsului în termenul impus de autoritatea contractantă și solicită prelungirea perioadei de transmitere a documentelor în original.

Achizitoarea a decis respingerea ofertei depusă de asocierea ... S.R.L. - ... S.R.L., ca inacceptabilă, pentru depășirea termenului acordat pentru transmiterea răspunsului furnizat și pentru faptul că scrisoarea de garanție prezentată a fost emisă de o instituție financiar nebanară (*această modalitate de constituire a garanției de participare nu poate fi acceptată, întrucât anunțul de participare a fost publicat în SEAP la data de 08.05.2022, iar prevederile Legii nr. 208/2022 au intrat în vigoare începând cu data de 10.09.2022, astfel nu se aplică procedurilor inițiate înainte de această dată*).

În aceste condiții, prin adresa nr. 112812/09.06.2023 autoritatea contractantă a comunicat asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L., decizia de respingere a ofertei ca inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 124 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează aspecte referitoare la pretinsa nelegalitate a deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii contestatoare și respectiv a *abordării comisiei de evaluare de a solicita prelungirea valabilității ofertei asocierii contestatoare și a garanției de participare, fără a exista un document/act prin care să decidă anularea raportului procedurii 58152/21.03.2023 și implicit reevaluarea ofertelor*.

Este important de punctat faptul că prin Decizia nr. ... din 12.04.2023 emisă de Consiliu și validată de Curtea de Apel ... prin Hotărârea civilă nr. 135/29.06.2023 s-au reținut următoarele:

În atari condiții, respingerea ofertei sale fiind legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate sau pentru anularea rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul urmează să respingă criticile formulate de societatea contestatoare.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L., în contradictoriu cu MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...).

Într-o atare situație, preliminar oricărei discuții asupra fondului contestației, Consiliul este ținut să analizeze existența interesului contestatoarei în demersul său, în condițiile în care oferta depusă de asocierea contestatoare a

fost **respinsă**, fiind incidente prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției lipsei de interes a ... S.R.L. în formularea contestației, excepție invocată din oficiu de Consiliu și de către intervenienta ... 98 S.A.

În ceea ce privește excepția invocată, Consiliul are în vedere faptul că potrivit *Raportului procedurii nr. 58152/21.03.2023* oferta asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L. a fost declarată neconformă de către autoritatea contractantă, caracterul neconform al acesteia fiind definitiv, urmare a pronunțării de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a Deciziei nr. .../12.04.2023, cât și urmare a menținerii acestei decizii de către Curtea de Apel ..., care s-a pronunțat asupra plângerii formulate de către ... S.R.L., prin Hotărârea civilă nr. 135/29.06.2023, în sensul respingerii acesteia.

Raportat la excepția invocată, Consiliul constată că sunt incidente următoarele dispoziții legale:

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

- art. 3 alin. (1) lit. f) „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) „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”.

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

Din dispozițiile legale invocate, rezultă că persoana care se adresează Consiliului cu o contestație, pentru a avea calitatea de persoană vătămată, trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, iar interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Raportat la acest aspect, este avut în vedere că, deși nici Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța analizată, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior. În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că ... S.R.L. nu are un interes în promovarea criticilor formulate, deoarece actul atacat, respectiv adresa nr. 112812/09.06.2023 prin care a comunicat decizia de respingere a ofertei asocierii contestatoare ca inacceptabilă, nu o prejudiciază în niciun fel pe contestatoare, din moment ce oferta depusă de acesta a fost respinsă ca neconformă, evaluare care a fost validată de Consiliu potrivit considerentelor reținute în cuprinsul Deciziei nr. ... din 12.04.2023.

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.

Astfel, Consiliul constată faptul că prin menținerea caracterului neconform definitiv al ofertei ... S.R.L., acesta nu mai are nici calitatea de operator economic implicat, sub acest aspect fiind incidente prevederile art. 3 alin. (1) lit. (f), pct. i) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora persoana care se consideră vătămată este „orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire”, coroborate cu cele de la alin. (3) conform cărora „În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

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

Împrejurarea relatată de contestatoare, precum că: „Or, atât timp cât este încă în vigoare decizia autorității de respingere ca neconformă a ofertei subscrisei și de declarare ca ofertă câștigătoare a ofertei asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L., este nelegală abordarea comisiei de evaluare de a solicita prelungirea valabilității ofertei subscrisei și a garanției de participare, fără a exista un document/act prin care să decidă anularea raportului procedurii 58152/21.03.2023 și implicit reevaluarea ofertelor” și solicitările acesteia vizavi de *obligarea autorității contractante la transmiterea unei solicitări pentru prelungirea valabilității ofertei și a garanției de*

participare doar în ipoteza anulării raportului procedurii 58152/21.03.2023 și dispunerii reevaluării ofertei asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L. sunt lipsite de interes, finalitatea întreprinderii oricăror demersuri de clarificare (o solicitare de clarificări în sensul prezentării unui alt instrument de garantare reprezentând doar o formalitate raportat la scopul pentru care se solicită garanția de participare la licitație, scop îndeplinit în speță) neputând conduce la un alt rezultat, în condițiile în care oferta a fost respinsă ca neconformă.

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

În condițiile în care nu a fost modificat caracterul neadmisibil și pe cale de consecință necâștigător al ofertei sale prin demersurile autorității contractante, este subînțeles că nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante privind solicitarea prelungirii garanției de participare și a valabilității ofertei depuse

Nici prin argumentarea probatorie a contestației și nici în mijloacele de probă anexate ei, autoarea contestației, contrar art. 249 din Noul Cod de procedură civilă, nu produce vreo dovadă a unui *prejudiciu personal* decurgând din demersul achizitoarei.

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

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

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

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

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

Luând în considerare ansamblul tuturor considerentelor mai sus expuse, Consiliul determină că neexistând posibilitatea legală a înlăturării caracterului neconform al ofertei autoarei contestației, aceasta nu justifică un interes în formularea criticilor referitoare la *Obligarea autorității contractante la transmiterea unei solicitări pentru prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare doar în ipoteza anulării raportului procedurii 58152/21.03.2023 și dispunerii reevaluării ofertei asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L.*

Are în vedere atunci când stabilește astfel, dispozițiile art. 33 teza I din Codul de procedură civilă, în conformitate cu care „*interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual*”, prin urmare acestea sunt cerințele de valabilitate pe care trebuie să le îndeplinească condiția de exercitare a acțiunii civile.

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

”50. Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes

în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51. Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în

scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12,

EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27,

precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und

Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților

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

din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52. Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53. Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12,

EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), își găsește

aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

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

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

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

acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

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

57. Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016,

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988,

punctele 13-16, 31 și 36), **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.

58. În schimb, în cauza principală, Archus și Gama au formulat o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de atribuire a contractului de

achiziții publice. Într-o asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul

(3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59. Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul

că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în care, în cadrul unei proceduri de

atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.”

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

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

Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), în sensul că se opune ca unui ofertant

care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice **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 adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28. În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost

prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*,

C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29. La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că Hotărârea din 4 iulie 2013,

Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), constituia 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 adjudecatorului.

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.”

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

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

În consecință, ofertantul fiind exclus definitiv din procedură, se constată că este incidentă situația din cauza C-355/15, respectiv articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în

sensul **că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui**

fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului.

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

Ținând seama de probatoriul aflat la dosar, de considerentele expuse și de practica judiciară statornică, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., având a cerceta cu precădere existența interesului (procesual al) contestatoarei în cauză, Consiliul admite excepția lipsei de interes în formularea contestației de către ... S.R.L., invocată din oficiu și, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge contestația formulată de către ... S.R.L. în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...) ca lipsită de interes, și nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Pe cale de consecință, pentru considerentele anterior enunțate, dat fiind că operează excepția lipsei de interes în formularea contestației de către ... S.R.L., Consiliul admite *Cererea de intervenție nr. 12561/29.06.2023* înregistrată la CNSC cu nr. .. (completată prin adresa nr. 12746/03.07.2023 înregistrată la CNSC cu nr. ..), formulată de ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L., prin care se solicită *respingerea contestației depusă de ... S.R.L., ca lipsită de interes.*

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 lipsei de interes a contestației formulată de către ... S.R.L. invocată din oficiu de Consiliu și de către intervenienta ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L.

Respinge contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., str. . . ., în contradictoriu cu MUNICIPIUL ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...), cu sediul în ..., . . ., ca lipsită de interes.

Admite *Cererea de intervenție nr. ...* înregistrată la CNSC cu nr. .. (completată prin adresa nr. 12746/03.07.2023 înregistrată la CNSC cu nr. ..), formulată de ... 98 S.A., în calitate de lider al asocierii ... 98 S.A. - ... S.R.L., cu sediul în ..., str. . . .

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 în 5 (cinci) exemplare originale, conține 19 (nouăsprezece) pagini.