

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 1100/25.03.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 16302/29.03.2022, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr....., având CUI RO....., reprezentată legal de....., și convențional prin....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în....., împotriva raportului procedurii nr. 750/14.03.2022 și a adresei nr. 759/15.03.2022 de comunicare a rezultatului procedurii, emise de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de concesiune având ca obiect *Delegare prin concesiune a operării instalațiilor de gestionare a deșeurilor municipale realizate în cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor în județul"*, s-au solicitat:

1. Anularea raportului procedurii nr. 750/14.03.2022 și a actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii acestuia, respectiv procesele-verbale de evaluare și rapoartele intermediare întocmite în faza de reevaluare a ofertei (denumită în continuare „.....”), ca urmare a Deciziei CNSC nr., rămasă definitivă prin Decizia nr., pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr.;

2. Anularea actelor subsecvente raportului procedurii, inclusiv a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii (incluzând adresa nr. 759/15.03.2022);

3. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, în conformitate cu decizia ce urmează a fi pronunțată în prezenta cauză, cu consecința anularii procedurii în baza prevederilor art. 89 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 100/2016;

4. Constatarea caracterului nejustificat al refuzului autorității contractante de a-i comunica actele sale emise în faza de reevaluare a ofertei, solicitate prin adresa nr.

1027/18.03.2022 și care au stat la baza raportului procedurii, respectiv: Raportul intermediar nr. 3063/10.12.2021, Raportul intermediar nr. 631/28.02.2022 și Procesele verbale nr.250/25.01.2022, nr. 359/07.02.2022 și nr. 440/14.02.2022;

5. Repunerea în termenul de motivare completă a contestației într-un termen rezonabil, de maxim 3 zile, de la data studiului dosarului concesiunii, la sediul Consiliului, în baza dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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 critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Preliminar, contestatoarea prezintă un istoric al modului de desfășurare a procedurii de achiziție publică în cauză.

Într-un prim aspect, ... aduce argumente în susținerea nelegalității refuzului autorității contractante (sanționabil conform art. 3 alin. (1) lit. a din Legea nr. 101/2016) de a-i permite accesul la acte care nu au fost declarate confidențiale de către ofertanți, *neputând fi considerate confidențiale*, și trebuind a-i fi fost puse la dispoziție în scopul declarat al evaluării corecte asupra formulării contestației și al posibilității de motivare completă a acesteia, astfel încât să fie respectat atât dreptul la apărare, dar și celeritatea procedurii.

Caracterul nejustificat al refuzului autorității contractante se conturează, în opinia contestatoarei, în condițiile în care declarația de confidențialitate a privește exclusiv propunerea tehnică și cea financiară a ofertantului criticat, documente pe care solicitarea nu le privește. Mai mult, adaugă că, declarația de confidențialitate antemenționată nu se referă și la răspunsurile date de la solicitările de clarificări ce i-ar fi adresate cu privire la propunerea tehnică ori la propunerea financiară, astfel încât declarația de confidențialitate *nu poate fi extrapolată și asupra actelor emise de autoritatea contractantă*.

Sub un al doilea aspect, ... critică nelegalitatea raportului procedurii, din perspectiva nemotivării acestuia, cu încălcarea principiului transparenței și a celui privind asigurarea unei căi de atac efective, reglementate prin normele directivelor europene și reținute în practica instanțelor europene și naționale.

Raportând reperele jurisprudențiale pe care le citează la procedura în cauză, contestatoarea notează că, presupunând că ofertele conțin informații confidențiale, autoritatea contractantă avea obligația de a întocmi raportul procedurii într-o atare manieră încât să permită

comunicarea modului în care a fost realizată reevaluarea ofertei depuse de câștigătoare, reevaluare care privește un subiect identic cu cel pentru care oferta reclamantei a fost respinsă ca neconformă.

În continuare, contestatoarea aduce argumente în susținerea nelegalității reținerii caracterului admisibil al ofertei, cu consecința declarării acesteia drept câștigătoare.

Reclamanta subliniază că, încălcarea de către autoritatea contractantă a principiului egalității de tratament a fost reținută (în mod definitiv) încă din faza primei evaluări a propunerilor tehnice, supusă controlului de legalitate ca urmare a formulării în procedura în cauză a primei contestații de către

Notează că, astfel cum s-a menționat și în cuprinsul Deciziei nr., în jurisprudența CJUE s-a statuat că principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritatea contractantă, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Prezentând o serie de aspecte pe care le consideră relevante, contestatoarea concluzionează că situația în cauză nu se încadrează în niciuna dintre ipotezele în care, potrivit prevederilor art. 87-88 din H.G. nr. 867/2016, ar fi posibilă modificarea ofertei, fără ca această modificare să nu atragă neconformitatea ofertei, potrivit dispozițiilor art. 87 alin. (6) din HG nr. 867/2016.

Prin punctul de vedere nr. 912/30.03.2022, comunicat cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. 16574/30.03.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de, ca nefondată, cu cheltuieli de judecată, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Autoritatea contractantă notează faptul că, în baza Deciziei CNSC nr. și a deciziei Curții de Apel nr., ofertantul a fost exclus definitiv din procedura în cauză.

Față de cele susmenționate și având în vedere dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, ... invocă excepția lipsei de interes a în formularea contestației, în cauză fiind incidente prevederile art. 26 din același act normativ.

În măsura în care nu va fi admisă excepția mai sus invocată, în raport de capătul de cerere al contestatoarei vizând constatarea caracterului nejustificat al refuzului autorității contractante de a comunica actele emise în faza de reevaluare a ofertei, ... invocă excepția inadmisibilității, tot cu aplicarea prevederilor art. 26 din Legea 101/2016.

Autoritatea contractantă apreciază că, *de plano*, cererile în constatare sunt inadmisibile, CNSC examinând doar legalitatea și temeinicia actului atacat, neputându-se pronunța asupra unui capăt de

cerere prin care se solicită, în concret, să se constate o anumită trăsătură a conduitei unei autorități contractante, respectiv „*caracterul nejustificat al refuzului autorității contractante*”.

Referitor la refuzul de a comunica reclamantei documentele solicitate (rapoarte de evaluare și procese verbale), autoritatea contractantă îl consideră justificat, aducând în acest sens și următoarele argumente:

- Având în vedere cuprinsul solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor, care menționează explicit date și informații ale ofertei, acestea sunt supuse unui regim de confidențialitate similar celui al ofertei. Se precizează că, și în accepțiunea contestatoarei, oferta este confidențială, având în vedere cele notate la punctul 19 al contestației, iar, în condițiile în care la aceeași procedură chiar reclamanta și-a declarat confidențiale oferta tehnică și oferta financiară, inclusiv răspunsurile la clarificări, abordarea din prezenta contestație face dovada încălcării tratamentului egal.

- De asemenea, procesele verbale de evaluare conțin date și informații preluate cu fidelitate din propunerea financiară și din răspunsul la solicitările de clarificări (parte din propunerea financiară), pe care le-a declarat confidențiale (a se vedea Anexa 1).

..... apreciază că a avut la dispoziție toate datele necesare pentru a formula contestația, nefiindu-i îngăduit dreptul de apărare efectivă.

Sușinerile contestatoarei față de raportul procedurii nr. 750/14.03.2022, sunt considerate nefondate de către autoritatea contractantă care notează:

- „ ... comisia de evaluare respectând întocmai *Anexa 5 - Raportul Procedurii* din Ordinul ANAP nr. 1170/2021”;

- pentru acest raport, ANAP a emis avizul *conform necondiționat* nr. 15.213/5331/PC1001416/AC/10.03.2022 (Anexa 3), prin comisia ex ante care are rolul de a controla aspectele de calitate și aspectele de regularitate

- analiza propunerii financiare a și a răspunsurilor la solicitările de clarificări cu privire la aceasta se regăsește în raportul intermediar nr. 631/28.02.2022;

- contestatoarea critică acest raport fără a preciza în concret datele care îi lipsesc, raportat la prevederile Ordinului mai sus menționat.

În continuare, ... prezintă o serie de aspecte în combaterea criticii referitoare la neconformitatea ofertei

Astfel, arată că este neîntemeiată susținerea reclamantei că oferta clasată pe locul I nu este conformă, câtă vreme s-ar fi reținut existența unei erori cu privire la *exact aceeași chestiune* - "*puterea electrică a tocătorului de deșeuri*", întrucât situația puterii tocătorului electric,

comparativ între cele două oferte, nu este deloc similară, așa cum invocă contestatoarea.

Între cele două oferte, raportat strict la „*chestiunea*” consumului energetic, există o diferență majoră. a luat în calcul un consum subdimensionat, ceea ce conducea la neîndeplinirea condițiilor minime de asigurare a funcționării utilajului, pe când în cazul ofertei, consumul luat în calcul asigura îndeplinirea cerințelor minime de funcționare a utilajului, acesta fiind excedentar.

Autoritatea contractantă precizează și faptul că excluderea nu a avut la bază exclusiv motivul antemenționat, ci și alte motive, cum ar fi modificarea ofertei financiare prin modificarea substanțială a unor costuri și venituri.

În drept, se invocă prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 17312/774/C2/04.04.2022, în temeiul dispozițiilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei punct de vedere cu privire la excepțiile invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 912/30.03.2022.

Prin răspunsul înregistrat la Consiliu sub nr. 17696/05.04.2022, ... a formulat *concluzii scrise* în cadrul cărora solicită respingerea, ca nefondate, a excepției lipsei de interes și a excepției inadmisibilității capătului 4 de cerere din contestație, invocate de autoritatea contractantă.

În motivarea respingerii excepției lipsei de interes, contestatoarea aduce următoarele argumente:

- Raționamentul este greșit deoarece omite incidența prevederilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/2016, prin care persoana care se consideră vătămată este definită ca fiind 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 natura să producă efecte juridice;

- Simplul fapt al excluderii din procedura de atribuire nu reprezintă un argument suficient pentru admiterea excepției lipsei de interes, atâta vreme cât interesul acesteia subzistă, în situația specifică a procedurii în cauză, prin raportare la o eventuală soluție de anulare a procedurii de atribuire, invocată în mod clar prin contestația formulată. De altfel, art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 nu trebuie aplicat individual, ci prin raportare la prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) din același act normativ.

În susținere, se invocă jurisprudența comunitară în materie.

Pentru a motiva cererea de respingere a excepției inadmisibilității, ... precizează că, așa cum a arătat și în cuprinsul contestației, solicitarea sa este întemeiată pe prevederile art.

186 Cod procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, și are în vedere inclusiv practica Curții de Apel București, care reține că este admisibilă completarea motivelor contestației, după studierea dosarului achiziției la sediul CNSC, în situația în care reclamanta probează că, deși a solicitat accesul la dosarul achiziției, anterior formulării contestației, acest acces nu i-a fost permis, într-o manieră suficientă, de către autoritatea contractantă, iar actele comunicate de către aceasta din urmă nu permit o motivare completă a contestației.

Totodată, se solicită aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (4)³ din Legea nr. 101/2016.

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

.....”, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Delegare prin concesiune a operării instalațiilor de gestionare a deșeurilor municipale realizate în cadrul proiectului sistem de management integrat al deșeurilor în județul*”, cod CPV 90513000-6 – Servicii de tratare și eliminare de deșeuri menajere și deșeuri nepericuloase (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de concesiune nr. PC1001416/19.12.2019. Valoarea estimată a achiziției este de 67.750.573,50 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este „*cel mai bun raport calitate preț*”.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, respectiv, și, oferta primei societăți fiind respinsă, ca neconformă. Împotriva acestui rezultat, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației care a format obiectul dosarului nr., soluționat prin decizia nr., fiind decise următoarele:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă și anulează raportul intermediar nr. 2545/07.10.2021, întocmit pentru evaluarea propunerilor tehnice, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii, toate în partea care privește oferta Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei și la emiterea unui nou raport, cu respectarea întocmai a documentației licitației și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la primirea prezentei.

În conformitate cu art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondate, capetele de cerere privind anularea rezultatului în privința ofertei și reevaluarea acestei ofertei și pe cel privind obligarea autorității contractante la emiterea unui singur raport intermediar, și, ca inadmisibile, pe cele privind obligarea autorității contractante la comunicarea către a raportului intermediar și repunerea în termenul de motivare completă a contestației.

Obligă contestatoarea la plata către autoritatea contractantă a sumei de 2.943,46 lei, reprezentând cheltuieli parțiale efectuate de achizitoare în vederea soluționării contestației.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de către, la Curtea de Apel, prin decizia nr., instanța de judecată menținând cele trasate de organismul administrativ-jurisdicțional.

Având a pune în aplicare decizia Consiliului, rămasă definitivă, autoritatea contractantă a emis un nou rezultat, stabilit prin raportul procedurii nr. 750/14.03.2022, oferta fiind desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire.

Împotriva acestui rezultat, comunicat la 15.03.2022 (deși în sarcina autorității contractante nu exista obligația de a comunica, decizia de atribuire a contractului, date fiind cele trasate definitiv în privința ofertei acestei societăți), înțelegând să invoce nelegalitatea reținerii caracterului admisibil al ofertei, a formulat din nou contestația ce face obiectul prezentului dosar, consemnând și cauțiunea aferentă.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției lipsei de interes a în formularea contestației, invocată de către autoritatea contractantă, constatând următoarele:

În procesul - verbal nr. 2515/04.10.2021, membrii comisiei de evaluare au concluzionat că oferta este neconformă, deoarece nu s-a ținut cont de specificațiile tehnice pe care autoritatea contractantă le-a pus la dispoziția ofertanților cu privire la tocătorul de deșeuri Husmann HL II 1617, Consiliul, prin decizia nr. determinând că, în mod legal, oferta societății a fost respinsă pentru motivul analizat. Decizia amintită a fost menținută de Curtea de Apel, instanța pronunțând decizia nr.

Așadar, decizia Consiliului, prin care s-au statuat, printre altele, că oferta depusă de este una neconformă, a rămas definitivă prin respingerea, de către Curtea de Apel, a plângerii formulate de acest operator economic împotriva ei. Astfel, la data formulării prezentei contestații, oferta depusă de contestatoare este respinsă, în mod definitiv, ca neconformă, în considerarea dispozițiilor art. 35 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 [Hotărârea prin care instanța soluționează plângerea este definitivă].

În acest context, în care legalitatea deciziei de respingere a ofertei nu mai poate fi pusă în discuție, analizând interesul contestatoarei de a solicita:

1. Anularea Raportul procedurii nr. 750/14.03.2022 (denumit în continuare „Raportul procedurii”) și a actelor autorității contractante ce au stat la baza acestuia, respectiv procesele-verbale de evaluare și rapoartele intermediare întocmite în faza de reevaluare a ofertei depuse de, ca urmare a Deciziei Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor nr., rămasă definitivă prin Decizia nr. pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr.;

2. Anularea actelor subsecvente Raportului procedurii, inclusiv a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii (**incluzând adresa nr. 759/15.03.2022, înregistrată la sub nr. 713/15.03.2022**);

3. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de în conformitate cu decizia ce urmează a fi pronunțată în prezenta cauză, cu consecința anularii Procedurii în baza prevederilor art. 89 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 100/2016;

Consiliul reține următoarele dispoziții legale:

- art.2 alin. (1) din Legea nr.101/2016, potrivit căruia:

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

- art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din același act normativ, conform cărora:

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

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

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

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

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatorul 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 (deci se impune îndeplinirea cumulativă). Iar 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.** Ori, în prezenta cauză, cum mai sus s-a subliniat, ... se află în această situație, aceea de a fi exclus definitiv din procedură, astfel că o primă condiție, aceea a interesului nu subzistă.

Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Cum decizia de respingere a ofertei este una definitivă, Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual în prezenta cauză, astfel că solicitările sale mai sus evocate nu sunt justificate de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

Consiliul are în vedere că art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr.101/2016, care circumstanțiază condiția interesului în promovarea căilor de atac referitoare la procedura de achiziție publică, reprezintă transpunerea în legislația națională a legislației uniunii, respectiv a Directivei 89/665/CEE și a Directivei 92/13/CEE, astfel că interpretarea normei naționale trebuie să țină seama de hotărârile pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, aceasta având rolul de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor Uniunii, în acord cu dispozițiile art.271 din Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene, principiul supremației legislației Uniunii fiind reglementat expres de art.148 din Constituția României.

Condiția existenței interesului este explicată de Tribunal în Hotărârea din 13 septembrie 2011, Dredging International NV și Ondernemingen Jan de Nul NV, cauza T-8/09:

133 Potrivit jurisprudenței, o acțiune în anulare introdusă de o persoană fizică sau juridică nu este admisibilă decât în măsura în care această persoană are un interes să obțină anularea actului atacat. Un astfel de interes presupune ca anularea actului atacat să poată avea, în sine, consecințe juridice și ca acțiunea să poată astfel aduce, prin rezultatul său, un beneficiu părții care a introdus-o (a se vedea Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T195/08, Rep., p. II4439, punctul 33 și jurisprudența citată).

134 Or, atunci când oferta unui ofertant este respinsă anterior etapei care precedă decizia de atribuire a contractului, astfel încât aceasta nu este comparată cu celelalte oferte, existența interesului ofertantului în cauză de a exercita acțiunea împotriva deciziei de atribuire a contractului este subordonată condiției anulării deciziei de respingere a ofertei sale. Astfel, anularea deciziei de atribuire a contractului poate, după caz, să aibă consecințe juridice pentru ofertantul a cărui ofertă a fost respinsă anterior etapei care precedă atribuirea contractului și să îi aducă un beneficiu numai în cazul în care este anulată decizia de respingere menționată, prin înlăturarea unei decizii adoptate la finalizarea unei comparări care, în mod eronat, nu a inclus oferta sa.

135 În schimb, atunci când cererea de anulare a deciziei de respingere a ofertei este respinsă, anularea deciziei de atribuire a contractului nu poate avea consecințe juridice pentru ofertantul a cărui ofertă a fost respinsă anterior etapei care precedă decizia de atribuire. În această situație, decizia de respingere a ofertei împiedică posibilitatea ca ofertantul în cauză să fie afectat de decizia subsecventă de atribuire a contractului altui ofertant.

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

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

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

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

(...)

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

55 Întro asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

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

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

1) Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat, în raport [cu] Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C100/12, EU:C:2013:448), în sensul că unui ofertant a cărui ofertă a fost exclusă definitiv de către autoritatea contractantă și care nu este un ofertant interesat, în sensul articolului 2a din Directiva 89/665, i se poate refuza accesul la o cale de atac împotriva unei decizii de atribuire (decizie privind încheierea unui contractcadru) și împotriva încheierii unui contract [inclusiv acordarea unor daune interese solicitate în temeiul articolului 2 alineatul (7) din această directivă], chiar și atunci când au depus oferte numai doi ofertanți, iar în opinia ofertantului exclus [care a formulat această cale de atac] ar fi trebuit să fie exclusă și oferta adjudecatorului?

2) În cazul unui răspuns negativ la prima întrebare, articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie interpretat, în raport [cu] Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C100/12), în sensul că ofertantului neinteresat (în sensul articolului 2a din această directivă) trebuie să i se permită accesul la o cale de atac numai atunci când:

a) din dosarul căii de atac reiese în mod evident neregularitatea ofertei depuse de ofertantul căruia ia fost atribuit contractul?

b) motivele neregularității ofertei depuse de ofertantul căruia ia fost atribuit contractul sunt de aceeași natură?

concluzia fiind că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul că **nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus** dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice **printr-o decizie rămasă definitivă** a autorității contractante **să îi fie refuzat accesul** la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului.

Și în Hotărârea din 5 septembrie 2019, Lombardi, C-333/18, instanța europeană a statuat:

31 Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C355/15, EU:C:2016:988), menționată de instanța de trimitere, nu este contrară unei astfel de interpretări. Astfel, deși este adevărat că, la punctele 13-16, 31 și 36 din această hotărâre, 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, **este necesar să se arate că, în cauza în care sa pronunțat această hotărâre, 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 că a fost exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C131/16, EU:C:2017:358, punctul 57).

32 Or, în cauza principală, niciunul dintre ofertanții care au introdus acțiunile în excludere reciprocă nu a fost exclus definitiv din procedura de atribuire. Astfel, hotărârea menționată nu infirmă nicidecum principiul jurisprudențial menționat la punctul precedent.

Așadar, jurisprudența constantă a CJUE recunoaște calitatea de persoană vătămată **doar** ofertantului care **nu** a fost exclus definitiv din procedură.

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

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

Calea de atac, la care face referire teza finală a art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu trebuie să fie exercitată în mod formal, ci este

necesar ca ea să fie în măsură să permită analizarea, pe fond, a aspectelor reclamate.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că, în cauza supusă soluționării, ... nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii, motiv pentru care va admite excepția lipsei de interes a contestatoarei în formularea capetelor de cerere principale 1, 2 și 3.

În ceea ce privește *constatarea caracterului nejustificat al refuzului autorității contractante de a comunica actele emise în faza de reevaluare (capătul de cerere 4)*, solicitată de autoarea contestației, Consiliul reține că, la nivelul Legii nr. 100/2016, ce cuprinde reglementările speciale în domeniul concesiunilor, nu există dispoziții exprese similare celor din Legea nr. 98/2016 (art. 217 alin. 5 și 6) privind accesul persoanelor la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante. Cu toate acestea, dosarul concesiunii devine public, la momentul finalizării procedurii iar accesul la informațiile de interes public se realizează cu respectarea legislației privind liberul acces la informațiile de interes public, respectiv a Legii nr. 544/2001.

Sunt avute în vedere și dispozițiile art. 41 din Legea nr. 100/2016 care stabilesc: (1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității/entității contractante, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală și (4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile [alin. \(1\)](#).

Din economia celor mai sus expuse, Consiliul stabilește că accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea legislației privind liberul acces la informațiile de interes public, iar conform dispozițiilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 544/2001, persoana care se consideră vătămată poate promova o acțiune la instanța de judecată competentă, organismul administrativ-jurisdicțional nefiind abilitat să se pronunțe cu privire la respectarea dispozițiilor actului normativ indicat.

Pe cale de consecință, Consiliul urmează să respingă, ca inadmisibil, acest capăt de cerere.

În raport de solicitarea *de repunere în termenul de motivare completă a contestației într-un termen rezonabil (capătul de cerere 5)*, Consiliul stabilește că deși legiuitorul a prevăzut posibilitatea ofertanților de a avea acces la dosarul achiziției publice, acest lucru nu se constituie într-un motiv de derogare de la caracterul imperativ al termenului în care trebuie invocate neregularitățile procedurii de atribuire. Doar contestația este actul juridic ce învestește Consiliul și stabilește limitele de analiză în sarcina acestuia.

Pe cale de consecință, repunerea în termen, dorită de autoarea contestației, se constituie într-un demers inadmisibil.

Data fiind soluția pe excepție pronunțată asupra capetelor de cerere din contestație, Consiliul apreciază că nu se mai impune a da curs solicitării de studiu a dosarului cauzei formulată de, petenta având posibilitatea să se pronunțe asupra excepțiilor invocate în cauză, procedura de soluționare fiind desfășurată cu respectarea principiilor contradictorialității și dreptului la apărare, iar prezentarea unor argumente pe fondul cauzei nu ar fi schimbat soarta litigiului.

Fără pronunțare asupra fondului și a altor excepții.

Cu privire la cheltuielile de judecată de care face vorbire autoritatea contractantă, aceasta nu le-a indicat și nici nu a anexat punctului de vedere vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, cererea formulată în acest sens se impune a fi respinsă.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admite excepțiile lipsei de interes și inadmisibilității, invocate de către, în calitate de autoritate contractantă și respinge contestația, după cum urmează:

- ca lipsite de interes, capetele de cerere principale 1, 2 și 3 din petitul contestației, privind anularea raportului procedurii nr. 750/14.03.2022, a actelor subsecvente și reevaluarea ofertei desemnată câștigătoare;

- ca inadmisibile, capetele de cerere principale 4 și 5 privind *constatarea caracterului nejustificat al refuzului autorității contractante de a comunica actele emise în faza de reevaluare și repunerea în termenul de motivare completă a contestației.*

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge, ca nefondată, cererea de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată solicitate de autoritatea contractantă.

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

Împotriva prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.