

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. 811/C9/757

Data: 15.04.2022

Prin contestația nr. 1227/28.03.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 16068/28.03.2022, depusă de Eco SA Brăila, lider al asocierii Eco SA – Brai Cătă SRL, cu sediul în Brăila, str. Danubiului nr. 5, județul Brăila, având CUI RO10625635, număr de înregistrare în Registrul Comerțului J9/277/1998, privind procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea *Contractului de delegare a gestiunii activității de colectare și transport a deșeurilor municipale în județul Brăila și a activității de măturat, spălat, stropit și întreținere căi publice în municipiul Brăila*, cod CPV 90511000-2-Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev.2), organizată de Asociația de Dezvoltare Intercomitară "ECO Dunărea" Brăila, cu sediul în Brăila, str. Buzăului nr. 3A, județul Brăila, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea actelor autorității contractante: raportul procedurii nr. 197/17.03.2022; comunicarea autorității contractante nr. 202/ 18.03.2022, comunicarea rezultatului procedurii adresată asocierii RER, procesele-verbale de reevaluare nr. 192/11.03.2022 și 165/22.02.2022, precum și toate actele autorității contractante care au stat la baza acestora, în etapa reevaluării ca urmare a pronunțării Deciziei Curții de Apel Galați nr. 76/2022; constatarea ca admisibilă, conformă și acceptabilă a ofertei sale; constatarea ca inadmisibilă și inacceptabilă a ofertei asocierii RER; obligarea autorității contractante la reluarea procesului de evaluare și refacerea raportului procedurii conform celor decise de Consiliu, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice; în măsura în care nu este posibilă măsura de remediere în mod eficace a actelor atacate, anularea procedurii de achiziție publică. De asemenea, solicită accesul la dosarul cauzei constituit la Consiliu.

RER Sud SA, RER Ecologic Service SRL și RER Vest SA, în calitate de membri ai asocierii RER Sud SA – RER Ecologic Service SRL – RER Vest SA, reprezentate prin Cabinet de Avocat Alexandru Goșa, au formulat cererea de intervenție în interesul autorității contractante

înregistrată la Consiliu cu nr. 18593/11.04.2022, solicitând respingerea contestației asocierii Eco SA-Brăila-Brai Cătă SRL, în baza excepțiilor și apărărilor de fond detaliate în cuprinsul cererii.

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.

**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 Eco SA Brăila critică rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea prezintă modul de derulare a procedurii și invocă Decizia nr. 76/2022 a Curții de Apel Galați, cu următoarele critici privind modul de evaluare a ambelor oferte:

Consideră că oferta sa este admisibilă, comisia de evaluare constatând, în mod greșit, că ar fi inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, prin reținerea incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Din raportul procedurii nr. 197/17.03.2022 și din raportul de evaluare nr. 192/11.03.2022 rezultă că au fost avute în vedere două situații pentru care s-a dispus respingerea ofertei, situații care vor fi analizate în cele ce urmează, pornind însă de la statuările Deciziei nr. 76/2022 a Curții de Apel Galați:

Face referire la cele reținute de Curtea de Apel Galați la cele 3 contracte din județul Mureș (fila 32 a deciziei nr. 76/2022):

Cu referire la incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, arată că, în speță, nu este incident niciun caz din care să rezulte că și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Atât prin decizia Consiliului, cât și prin cea a Curții de Apel Galați, s-a reținut că autoritatea contractantă nu trebuie să facă aplicarea automată în cauză a dispozițiilor art. 185 din Legea nr. 98/2016, referitoare la răspunderea solidară a asociaților, ci trebuie efectuată o dublă verificare privitoare la data și condițiile în care a intervenit modificarea acordurilor de asociere.

Cu toate acestea, comisia de evaluare 2, prin Procesul-verbal nr. 192/11.03.2022, procedează la reanalizarea sumară a ofertei asocierii Eco-Brai Cătă, prin raportare la documentele informative transmise de ADI ECOLECT Mureș, cu nesocotirea indicațiilor cu caracter obligatoriu stabilite de Consiliu și Curte.

Astfel, comisia de evaluare, în procesul-verbal nr. 192/11.03.2022, reține incidența cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. h) și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prin raportare la prevederile art. 185 din Legea nr. 98/2016, justificat de faptul că nu s-au comunicat către ADI ECOLECT Mureș actele adiționale la acordurile de asociere și nu s-a operat nicio modificare în contractele de delegare.

În cele trei acte adiționale supuse analizei Comisiei de evaluare 2, se precizează în mod expres că „Activitatea de colectare și transport al deșeurilor – 100% revine LIDERULUI ASOCIERII SYLEVY SALUBRISERV SRL (pentru contractul aferent zonei Sînpaul), iar pentru zonele Reghin și Bălăușeri s-a stabilit ca „activitatea de operare, respectiv de colectare și transport a deșeurilor și de operare a stațiilor de transfer – 100% revine liderului asocierii SYLEVY SALUBRISERV SRL.

Or, această situație nu a fost analizată de Comisia de evaluare 2 și nu este în nicio modalitate respinsă, nici măcar formal, teza potrivit căreia BRAI CĂTĂ nu și-a asumat astfel de obligații odată cu încheierea actelor adiționale la contractul de asociere și, prin urmare, nu are cum să se regăsească în situația în care să își fi încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică.

Prin Procesul-verbal nr. 192/11.03.2022, Comisia de evaluare 2 s-a rezumat la o analiză sumară a documentelor transmise de ADI ECOLECT Mureș prin Adresa nr. 508/15.02.2022, contrar verificărilor suplimentare impus a fi efectuate de Consiliu și Curtea de Apel Galați.

În ceea ce privește comunicarea actelor adiționale către beneficiarul contractelor de delegare, nici această chestiune nu poate fi imputată Brai – Cătă SRL.

Se face trimitere art. 4.3 din Acordurile de asociere.

Prin urmare, nu se poate imputa asociatului Brai Cătă SRL o eventuala necomunicare a actelor adiționale către beneficiarul contractelor de delegare, câtă vreme nu exista abilitarea contractuală prin acordul de asociere, iar obligația de comunicare către autoritatea contractantă revine în sarcina liderului de asociere – Sylevy Salubriserv SRL.

Cu trimitere la prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, se arată că Brai Cătă SRL nu a cunoscut și nu există nicio dovadă în sensul că ar fi cunoscut existența cazului de excludere sau faptul că asociatul SYLEVY SALUBRISERV SRL nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale.

Prin urmare, excluderea în temeiul art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 98/2016, motivat de neindicarea situației contractelor din județul Mureș în DUAЕ reprezintă o măsură deosebit de formalistă, care, pe de o parte, contravine considerentelor decisive ale Curții de Apel Galați din decizia nr. 76/2022, iar pe de altă parte, nu este proporțională față de vătămarea adusă drepturilor ofertantului și interesul deschiderii procedurii spre concurență, afirmat de CJUE în repetate rânduri.

Având în vedere aceste aspecte, se constată că, pentru contractele din județul Mureș, nu este justificată incidența niciunuia dintre cazurile de excludere reținute de către autoritatea contractantă.

Cu referire la contractul de delegare din zona 2- Jimbolia, jud. Timiș, se invocă decizia Curții de Apel Galați. Din considerentele invocate ale Deciziei nr. 76/2022, se desprinde cu certitudine concluzia că autoritatea contractantă trebuie să realizeze o evaluare proprie a motivelor pentru care a fost transmisă notificarea de reziliere a contractului de delegare din zona 2 Timiș, având în vedere dovezile pe care contestatoarea le-a furnizat - Notificarea de încetare și Acțiunea în anulare a acesteia, în care asociatul Brai Cătă și-a exprimat poziția referitoare la nelegalitatea emiterii Notificării de încetare, arătând inclusiv că aceasta nu are la bază o Hotărâre a Adunării Asociațiilor ADID Timiș, obligatorie potrivit art. 16 alin. (3) lit. g), coroborat cu art. 20 alin. (5) din Statutul ADID Timiș.

Deși a făcut trimitere la constatările Curții de Apel Galați din Decizia civilă nr. 76/02.02.2022 prin care se subliniază obligația autorității contractante de a efectua verificări suplimentare cu privire la motivele pentru care s-a dispus rezilierea contractului de achiziție publică anterior pentru a verifica în concret incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 (pag. 33 alin. 6-8 din hotărâre) se observă că autoritatea contractantă nu a procedat în acest sens, concluzia de declarare a ofertei ca fiind inadmisibilă făcându-se pe baza adresei provenite de la ADID Timiș (pag. 9 paragraful 6-8 din Procesul verbal nr. 192/11.03.2022), fără a se ține cont de înscrisurile și explicațiile oferite, fiind încălcată astfel chiar hotărârea judecătorească prin care s-a evidențiat această obligație legală a autorității contractante.

Într-o asemenea situație, reținerea cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din legea nr. 98/2016 este nelegală, lipsind condiția dovedirii încălcării grave sau repetate a obligațiilor principale în cadrul unui contract de achiziții publice, care să fi dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

Cu referire la incidenta dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, în procesul-verbal de evaluare nr. 192/11.03.2022, se arată că aceasta este determinată prin necompletarea DUAЕ a cazului de reziliere a contractului de delegare nr. 1791/2017; analizând incidența acestui caz de excludere, se constată că s-a reținut doar necompletarea

DUAЕ, prin urmare, faza inițială a procesului de evaluare, astfel încât autoritatea contractantă recunoaște că, ulterior, a prezentat toate informațiile și dovezile pentru ca aceasta să poată constata dacă există sau nu un caz de excludere, prin raportare la contractul de delegare din zona 2 Jimbolia.

Prin urmare, excluderea în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, motivat de neindicarea situației contractelor din județul Timiș în DUAЕ reprezintă o măsură deosebit de formalistă, care, pe de o parte, contravine considerentelor decisive ale Curții de Apel Galați din Decizia nr. 76/2022, iar pe de altă parte, nu este proporțională față de vătămarea adusă drepturilor ofertantului și interesul deschiderii procedurii spre concurență, afirmat de CJUE privind interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă.

Având în vedere aceste aspecte, se constată că, pentru contractele din județul Timiș, nu este justificată incidența niciunuia dintre cazurile de excludere reținute de către autoritatea contractantă.

În privința ofertei asocierii RER susține că este inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Nu lipsit de importanță este și faptul că asociatul RER ECOLOGIC SERVICE SRL a indicat contractul de delegare încheiat cu Mun. Brăila cu titlu de act doveditor al experienței similare, or, în condițiile în care derularea acestui contract nu s-a realizat în condiții legale, este cert că documentele suport/dovezile prezentate pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ nu puteau face dovada îndeplinirii obligațiilor contractuale.

În ceea ce privește incidenta cazului de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 lit. h) din Legea nr. 98/2016, cât timp asociatul RER ECOLOGIC SERVICE SRL nu a menționat în DUAЕ cazul de excludere învederat anterior, contestatoarea aduce incidența unor ipoteze detaliate în contestație.

De asemenea, arată că, potrivit informațiilor din spațiul public, asociatul RER VEST SA și-a încălcat în mod repetat obligațiile contractuale, astfel încât acest aspect ar fi trebuit analizat de către autoritatea contractantă, prin solicitarea de informații de la beneficiarii serviciilor acestei societăți.

Oferta asocierii RER este inacceptabilă conform dispozițiilor art. 134 alin. (6) din anexa la HG nr. 395/2016 și conform dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. d) din H.G. 395/2016, în condițiile în care operatorul economic a modificat, prin răspunsurile pe care le-a prezentat comisiei de evaluare, conținutul propunerii financiare ofertate, iar propunerea

financiară astfel rezultată ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului.

Sunt redate detaliat modificările operate.

Având în vedere că, în oferta inițială, asociația RER a cuprins mai multe elemente de preț cu valoarea 0, au fost solicitate clarificări acesteia de către autoritatea contractantă. Explicațiile asociației RER oferite prin adresa nr. 6518/10.06.2021 (260/10.06.2021) și adresa nr. 9664/ 31.08.2021, au fost în sensul adăugării unor elemente de cost pentru cele la care valoarea inițială era 0, fără a modifica oferta făcută, menționând că diferența de cost va fi suportată din cota de profit, conduită care oricum se încadrează în noțiunea de concurență neloială.

Această împrejurare a fost reținută și de Consiliu și de către Curtea de Apel Galați.

Oferta inițială a asocierii RER a fost de 409.027.231,12 lei, fără TVA, iar valoarea cu care a fost declarată câștigătoare a licitației este de 402.675.416,83 lei, ceea ce relevă o modificare cu 6.351.814,29 lei, respectiv cu 1,55% față de oferta inițială, procent care nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (9) din anexa la HG nr. 395/2016:

Chiar acceptând teza că modificarea ofertei financiare este supusă aceluiași reguli precum modificarea ofertei tehnice potrivit dispozițiilor art. 134 alin. 8-9 din H.G. 395/2016, chiar în Decizia 76/2022, Curtea de Apel Galați a statuat că și acesteia îi sunt aplicabile cazurile alternative, de excepție, de la alin. 8-9 ale art. 134 din H.G. 395/2016.

Astfel, Curtea de Apel Galați a reținut la fila 26 - Corectarea abaterilor tehnice minore presupune prin ipoteză inclusiv o modificare a ofertei financiare, care pentru a fi admisă trebuie să se încadreze în limita de 0,99% din valoarea ofertei.

Prin urmare, modificarea ofertei financiare cu 1,55% de la 409.027.231,12 lei la 402.675.416,83 lei de către asocieria RER reprezintă o modificare a propunerii financiare care determină respingerea acesteia ca inacceptabilă în condițiile art. 134 alin. (6) din H. nr. 395/2016.

O dată cu modificarea propunerii financiare de la 409.027.231,12 lei la 402.675.416,83 lei, valoarea cumulată a costurilor pentru care s-a menționat inițial valoarea 0, în cuantum de 508.350,41 lei pe an nu mai reprezintă 0,99% din valoarea ofertei financiare, ci 1,01% din 50.334.427,10 lei (402.675.416,83 lei/8 ani contractuali), ceea ce înseamnă că această corectare a ofertei financiare prin evaluarea elementelor indicate inițial cu preț 0 nu mai poate fi considerată o abatere minoră.

Diminuarea profitului ca urmare a suportării cotei de 0,99% a costurilor ce inițial au fost cuantificate ca fiind 0 din oferta financiară de către Asociația RER, cumulat cu reducerea prețului integral al ofertei cu 1,55% față de oferta inițială generează suspiciuni cu privire la caracterul

oneros, sustenabilitatea ofertei și cu privire la capacitatea de derulare a contractului în aceste condiții financiare, ceea ce determină respingerea ofertei ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d) din H.G. 395/2016.

În final, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției.

În concluzie, solicită admiterea contestației, cu consecința anulării actelor emise de către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 604/04.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 17431/04.04.2022, Asociația de Dezvoltare Intercomunitară "ECO Dunărea" Brăila a transmis punctul de vedere față de contestație prin care solicită respingerea criticilor din contestație aferente asocierii Eco ca efect al autorității de lucru judecat; respingerea criticilor din contestație aduse ofertei desemnate câștigătoare ca fiind lipsite de interes, dar și tardiv formulate; pe fond, respingerea contestației, ca nefondată, iar, pe cale de consecință, menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor autorității contractante; obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Prezintă pe scurt situația de fapt, cu invocarea deciziei Consiliului nr. 2839/C9/2760,3102/23.12.2021 și decizia Curții de Apel Galați nr. 76/07.02.2022, cu motivele de fapt și de drept pentru care se impune respingerea contestației.

Referitor la analiza ofertei asocierii ECO Brăila, criticile din contestație aferente ofertei asocierii ECO se impune a fi respinse ca efect al autorității de lucru judecat.

Potrivit celor reținute de Consiliu prin decizia anterioară făcând referire la modalitatea de derulare a contractului din zona 2 Jimbolia, Jud. Timiș, cât și celor reținute de Curtea de Apel, trebuia constatată incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și lit. h) a aceluiași articol Brai Cătă SRL neindicând cazul de reziliere în Formularul DUAE.

Acest motiv de excludere a fost reținut definitiv ca fiind întemeiat inclusiv de către Curtea de Apel Galați.

Așadar, în acord deplin cu cele definitiv reținute de Curtea de Apel Galați și cu respectarea caracterului executoriu și obligatoriu al hotărârilor judecătorești, autoritatea contractantă era obligată să excludă din procedura oferta depusă de asocierea ECO.

Invocă prevederile art. 431 alin. (2) din Cod proc. Civilă, susținând că, în acest caz, este suficient ca în judecata ulterioară să fie adusă în discuție o chestiune litigioasă care să aibă legătură cu ceea ce s-a soluționat anterior, așa încât aceasta să nu poată fi contrazisă, indiferent dacă această rezolvare a fost dată prin dispozitiv sau numai în considerente, date fiind dispozițiile art. 430 alin. (2) C.proc.civ.

Drept urmare, cea de-a doua instanță nu mai poate face evaluări proprii asupra acelei chestiuni, ci ea constituie premisa demonstrată de la care trebuie să pornească și pe care nici nu o poate ignora.

În acest sens, este invocată jurisprudența ICCJ și se arată că toate cele reținute de autoritate în privința ofertei depuse de asocieria ECO sunt temeinice și legale, în condițiile în care, sub efectul autorității de lucru judecat, instanța de judecată a stabilit definitiv că trebuia constatată incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și a lit. h) a aceluiași articol, BRAI CĂTĂ SRL neindicând cazul de reziliere în Formularul DUAЕ.

Criticile din contestația aferentă ofertei asocierii ECO sunt nefondate:

În continuare, autoritatea contractantă prezintă argumentele care au stat la baza deciziei de excludere a ofertei depuse de asocieria ECO, având în vedere considerentele deciziei Curții de Apel Galați, prin raporate la fiecare județ menționat în aceasta decizie.

Aceste aspecte sunt detaliate în cuprinsul punctului de vedere, pentru: contractele de delegare SMID Mureș și contractele de delegare pentru zona SMID Timiș.

În lumina celor menționate, aspect reținut definitiv inclusiv de către Curtea de Apel Galați, contrar celor invocate prin contestație în ceea ce privește operatorul Brai Cătă este incident cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, deoarece operatorul și-a încălcat în mod grav obligațiile contractuale ce-i reveneau, iar aceste încălcări au dus la rezilierea contractului respectiv, iar prin necompletarea corespunzătoare a DUAЕ, prin evidențierea cazului de reziliere a Contractului de delegare nr. 1791/2017, devine incident și cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din același act normativ, sens în care se impune respingerea contestației.

Referitor la analiza ofertei asocierii RER, consideră criticile din contestație ca lipsite de interes.

Autoritatea contractantă reiterează cele reținute definitiv, de Curtea de Apel Galați că oferta asocierii ECO trebuia respinsă din procedura de atribuire, în cauza fiind incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016. Drept urmare, în condițiile în care legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei nu mai poate fi pusă în discuție, o astfel de decizie fiind una definitivă, la soluționarea contestației se impune a se avea în vedere prevederile art. 3 alin. (1) lit f) din Legea nr. 101/2016.

Totodată, se invocă prevederile art. 33 alin. (1) Cod proc. Civilă.

Or, dat fiind caracterul obligatoriu al deciziei Curții de Apel Galați, potrivit cu care oferta asocierii ECO se află în situația de excludere, nu mai pot fi analizate criticile formulate cu privire la oferta desemnată

câștigătoare, fiind lipsite de interes, întrucât oricare ar fi rezultatul prezentei cauze oferta asocierii ECO rămâne în continuare exclusă.

Cum oferta contestatoarei nu este admisibilă, acesta nu riscă să suporte un prejudiciu actual ca urmare a desemnării ofertei depuse de asocierea RER câștigătoare, situație în care se impune respingerea acestor critici ca fiind lipsite de interes.

Criticile din contestație aduse ofertei desemnate câștigătoare sunt tardiv formulate, în partea care privește propunerea financiară.

Fiind invocate prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă susține că, despre modalitatea de evaluare a ofertei, autoarea contestației a luat cunoștință încă de la momentul finalizării primei evaluări, în acest sens fiind întocmit și procesul-verbal de evaluare nr. 354/14.09.2021, situație în care este tardivă contestația formulată la aproximativ 6 luni de la data luării la cunoștință despre actul considerat nelegal.

Față de cele de mai sus, se face trimitere la jurisprudența europeană.

De asemenea, se susține caracterul nefondat al criticilor aduse ofertei depuse de Asocierea RER.

Prin demersul său în fața Consiliului, asocierea ECO a arătat în ceea ce privește oferta depusă de asocierea RER, următoarele:

- oferta asocierii RER este inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din anexa la HG nr. 395/2016, ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c), g) și h) din Legea nr. 98/2016;

- oferta inițială a asocierii RER a fost de 409.027.231,12 lei, fără TVA, iar valoarea cu care a fost declarată câștigătoare a licitației este de 402.675.416 lei, ceea ce relevă o modificare cu 6.351.814,29 lei, respectiv cu 1,55% față de oferta inițială, procent care nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (9) din anexa la HG nr. 395/2016;

- modificarea ofertei asocierii RER de la 409.027.231,12 lei la 402.675.416,83 lei face ca procentul de 0,99% de modificare a ofertei financiare rezultat ca urmare a cuantificării prețurilor trecute în ofertă inițială cu 0 să excedă pragului de 1% invocat anterior;

- diminuarea profitului ca urmare a suportării cotei de 0,99% a costurilor ce inițial au fost cuantificate ca fiind 0 din oferta financiară de către asocierea RER, cumulat cu reducerea prețului integral al ofertei cu 1,55% față de oferta inițială generează suspiciuni cu privire la caracterul oneros, sustenabilitatea ofertei și cu privire la capacitatea de derulare a contractului în aceste condiții financiare.

Autoritatea contractantă consideră că niciuna dintre criticile aduse ofertei depuse de asocierea RER nu pot fi primite la soluționarea contestației, iar pentru aceasta se impune menținerea rezultatului

procedurii, aducând argumente prezentate pe larg în punctul de vedere, în sensul că:

- asocierea RER nu se află în situațiile de excludere reglementate de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;
- modificările aduse propunerii financiare se încadrează în excepțiile reglementate de legislația în materia achizițiilor publice.

Necesitatea finalizării procedurii de atribuire prin încheierea contractului:

Se face trimitere la sursa de finanțare a contractului, Proiectul Sistem de Management Integrat al Deșeurilor în Județul Brăila (SMID), finanțat prin Contractul de finanțare nr. 4476/RP/27.09.2013, a fost fazat prin Contractul de Finanțare nr. 25/09.02.2017, încheiat cu Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene, în calitate de Autoritate de Management pentru POIM, termenul de implementare fiind 31.10.2022 (conform Actului adițional nr. 3/05.05.2020). Valoarea finală a celor două Contracte de Finanțare a fost de 99.672.762 lei.

În cazul în care Proiectul SMID nu devine operațional până la data de 31.10.2022, toate fondurile folosite pentru realizarea investițiilor din cadrul Proiectului SMID vor constitui corecții financiare ce se vor restitui finanțatorului, respectiv Uniunii Europene (conform contractului de finanțare 4476/RP/27.09.2013 și Ordinul de ministru nr. 1726/12.07.2013 privind aprobarea finanțării proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor în județul Brăila).

În concluzie, autoritatea contractantă susține că evaluarea ofertelor depuse s-a realizat cu respectarea prevederilor legale în materie, a documentației de atribuire, dar și în limitele reevaluării stabilite de Curtea de Apel Galați, aspect pentru care solicită: pe cale de excepție, respingerea criticilor din contestație aferente ofertei asocierii ECO ca efect al autorității de lucru judecat; respingerea criticilor din contestație aduse ofertei desemnate câștigătoare ca fiind lipsite de interes, dar și tardiv formulate; pe fond, respingerea, ca nefondată, a contestației, iar, pe cale de consecință, menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor acesteia. De asemenea, solicită obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 17626/05.04.2022.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante înregistrată la Consiliu cu nr. 18593/11.04.2022, RER Sud SA, RER Ecologic Service SRL și RER Vest SA, în calitate de membri ai asocierii RER Sud SA – RER Ecologic Service SRL – RER Vest SA, a solicitat respingerea contestației asocierii Eco SA Brăila-Brai Cătă SRL, în baza excepțiilor și apărărilor de fond detaliate în cuprinsul cererii.

Astfel, în susținerea sa și aducând argumente în acest sens, intervenienta invocă următoarele excepții:

- excepția autorității de lucru judecat;
- excepția lipsei de interes în formularea contestației;
- excepția tardivității cu privire la motivele de contestație împotriva ofertei financiare a RER.

Vizavi de excepția autorității de lucru judecat, intervenienta susține că o parte semnificativă din contestația ECO este dedicată repunerii în discuție a unor aspecte dezlegate definitiv prin decizia nr. 76/2022 a Curții de Apel Galați și prin decizia Consiliului nr. 2839/2021 (în partea care a fost menținută de Curte), sens în care aceste argumente ale ECO trebuie respinse în temeiul puterii de lucru judecat.

Se face referire la inadmisibilitatea ofertei ECO în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016 cu referire la situația asociatului Brai Cătă din Zona 2 Jimbolia a SMID Timiș.

Consiliul a decis *Așadar, trebuia constatată incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și a lit. h) a aceluiași articol, neindicând cazul de reziliere în Formularul DUAE. [...] Se constată, astfel, a fi întemeiate criticile contestatoarei vizând necesitatea excluderii din procedură a asocierii.*

Curtea de apel a confirmat și a întărit decizia Consiliului cu privire la SMID Timiș.

Prin contestația formulată, ECO denaturează sensul considerentelor Curții de apel.

Supune atenției Consiliului să analizeze pag. Argumentul unde ECO citează considerentele Curții de apel și apoi concluzionează *din aceste considerente ale Deciziei 76/2022, se desprinde cu certitudine concluzia că autoritatea contractantă trebuie să realizeze o evaluare proprie a motivelor pentru care a fost transmisă notificarea de reziliere a contractului de delegare din zona 2 Timiș.*

ECO interpretează în mod eronat Decizia nr. 76/2022, în sensul că ar dispune sau ar permite o nouă evaluare de către autoritatea contractantă a situației de fapt; această interpretare fiind cu totul greșită.

În realitate, Curtea de apel răspundea motivelor din plângerea ECO față de Decizia CNSC nr. 2839/2021.

Anterior, ECO susținuse că faptul că Brai Cătă atacase în instanță decizia de reziliere a contractului de către ADID Timiș ar fi trebuit să conducă la concluzia că nu se poate reține o încălcare de către BRAI CĂTĂ a contractului. CNSC a respins acest argument și a efectuat o analiză a situației contractului din Timiș, analiză pe care Autoritatea contractantă ar fi trebuit să o facă încă de la început, Consiliul ajungând la concluzia de mai sus.

În plângerea față de Decizia CNSC, ECO a reluat argumentul cu privire la faptul că nu poate fi reținută încălcarea contractului din Timiș cât timp notificarea de reziliere a fost atacată. Acesta este argumentul căruia îi răspunde Curtea de apel. Instanța arată că litigiul pe rol între BRAI CĂTĂ și ADID Timiș cu privire la anularea notificării de reziliere nu împiedică autoritatea contractantă din prezenta procedură să realizeze propria evaluare a situației de fapt, iar această evaluare nu poate fi realizată discreționar.

Curtea însă nu se referă la o evaluare situată în viitor, ci la evaluarea pe care Consiliul o făcuse deja în locul autorității contractante, evaluare pe care Curtea o confirmă. Sensul real al considerentelor Curții de apel se desprinde cât se poate de clar din analiza acestora și este de respingere a contestației ECO și de menținere a deciziei Consiliului.

Curtea se referă la "evaluarea proprie" a autorității în opoziție cu argumentul ECO referitor la litigiul dintre BRAI CĂTĂ și ADID Timiș, nu în opoziție cu Decizia Consiliului 2839/2021:

Așadar, Curtea nu a dispus o reevaluare viitoare de către autoritate a situației contractului BRAI CĂTĂ din județul Timiș, ci pur și simplu a întărit și a confirmat decizia Consiliului care a realizat "evaluarea proprie" în locul autorității și a concluzionat în sensul aplicării motivului de excludere.

Decizia Consiliului confirmată de Curtea de Apel, în sensul că "trebuia constatată incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și a lit. h) a aceluiași articol" a dobândit astfel putere de lucru judecat.

ECO încearcă să ocolească această decizie pretinzând în mod total neadevărat că Decizia Curții de apel ar fi în sensul unei reevaluări viitoare a situației de către autoritatea contractantă.

Tot restul contestației cu privire la contractul BRAI CĂTĂ din Timiș se subsumează acestei ipoteze false și care încalcă puterea de lucru judecat a deciziilor CNSC și Curții de apel.

Astfel, se impune respingerea argumentelor ECO pe temeiul excepției lucrului judecat.

În al doilea rând, contestația ECO încalcă puterea de lucru judecat a Deciziei 76/2022 a Curții de Apel Galați în privința unor aspecte legate de oferta RER, precum sustenabilitatea contractului sau modul de calcul al procentului de 0,99% din valoarea ofertei atribuibil abaterilor tehnice.

Vizavi de excepția lipsei de interes în formularea contestației, intervenienta apreciază această excepție ca o consecință a puterii de lucru judecat a deciziilor Consiliului și Curții de Apel.

Contestația poate fi formulată și susținută numai de o persoană care justifică un interes, potrivit art. 3 alin. (3) din Legea 101/2016.

În prezenta cauză, excluderea ofertei ECO a fost stabilită de Decizia nr. 2839/2021 a Consiliului, confirmată prin Decizia nr. 76/2022 a Curții de apel Galați, fiind definitivă.

În consecință, trebuie să se constate că ECO nu mai justifică un interes față de prezenta procedură de atribuire și nu mai poate promova prezenta contestație, care trebuie astfel respinsă ca lipsită de interes.

Subliniază că nu ar putea fi susținut în mod legal un argument potrivit cu care excluderea nu ar fi încă definitivă, deoarece ar face obiectul prezentei contestații.

Admiterea acestui argument ar însemna să se accepte, chiar și numai teoretic, că ar fi potențial posibil ca prezenta contestație să fie admisă cu consecința ca oferta RER să nu mai fie exclusă din procedură. Un astfel de argument ar încălca în mod direct puterea de lucru judecat a deciziilor anterioare ale CNSC și Curții de Apel Galați.

În realitate, oferta ECO a fost deja exclusă definitiv ca efect al deciziei 76/2022 a Curții de apel Galați, prin care a fost confirmată decizia Conciliului în partea citată mai sus. Nu există nicio cale legală prin care oferta ECO să redevină admisibilă; faptul că ECO încearcă în mod artificial să ocolească această excludere nu este de natură să îi creeze un interes legitim în legătură cu prezenta procedură, al cărei rezultat nu mai poate avea în nicio situație legătură cu oferta ECO.

În acest sens, se face trimitere la considerentele Deciziei 76/2022 ale Curții de Apel Galați cu privire la excepția lipsei de interes a RER care fusese ridicată.

Curtea de Apel a unit excepția lipsei de interes a RER cu fondul și s-a pronunțat asupra acesteia abia după ce a constatat că oferta RER era admisibilă și conformă.

În opinia intervenientei, spre deosebire de cazul analizat de Curtea de Apel Galați, în cazul de față Consiliul nu ar mai putea ajunge în nicio situație la concluzia că oferta ECO este admisibilă și conformă, deoarece se opune autoritatea de lucru judecat a deciziilor anterioare și Curții de Apel.

În consecință, solicită aplicarea raționamentului Curții de Apel Galați, să se constate că oferta ECO este exclusă în mod definitiv și să fie respinsă contestația ca lipsită de interes.

Referitor la excepția tardivității cu privire la motivele din contestație împotriva ofertei financiare a RER, susține că au fost criticate următoarele aspecte: modificarea valorii ofertei RER de la 409.027.231,12 lei la 402.675.416,83 lei, modificare ce reprezintă 1,55% din valoarea contractului; modul în care se calculează procentul din valoarea ofertei reprezentat de abaterile tehnice minore corectate de RER (prin raportare la valoarea de 409.027.231,12 lei sau de 402.675.416,83 lei); "Suspiciuni" cu privire la caracterul oneros,

sustenabilitatea ofertei și capacitatea de derulare a contractului de către RER, având în vedere cele menționate.

Se invocă faptul că, potrivit Legii nr. 101/2016, orice motiv împotriva oricărui act al autorității contractante trebuie valorificat pe calea contestației în termen de 10 zile de la luarea la cunoștință despre actul pretins nelegal. Legea nu prevede excepții și nici posibilitatea repunerii în termenul de contestație.

Termenul pentru exercitarea contestației este de ordine publică.

Se invocă jurisprudența europeană, practica Consiliului și a instanței de judecată.

Față de cele susținute în intervenție, arată că ECO ar fi trebuit să valorifice aceste pretinse motive de contestație împotriva ofertei RER încă de la acel moment, fiind tardivă contestația introdusă jumătate de an mai târziu.

Intervenienta solicită admiterea excepției tardivității cu privire la motivele de contestație referitoare la oferta financiară a RER.

De asemenea, răspunde punctual cu privire la motivele din contestație aferente ofertei ECO.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 18996/12.04.2022, ECO SA a depus concluzii scrise, în care a dezvoltat argumentele inițiale din contestație.

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

Asociația de Dezvoltare Intercomunitară "ECO Dunărea" Brăila a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea *Contractului de delegare a gestiunii activității de colectare și transport a deșeurilor municipale în județul Brăila și a activității de măturat, spălat, stropit și întreținere căi publice în municipiul Brăila*, cod CPV 90511000-2-Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1023555/12.08.2020, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită prin anunțul de participare pentru 21.12.2020, ora 15⁰⁰. Valoarea estimată a contractului este 468.194.608,00 lei, fără TVA.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, ECO SA a constituit cauciunea în sumă de 2.000.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 207963177/1 din 01.04.2022, eliberată de CEC Bank, Sucursala Victoria.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul va analiza prioritar excepțiile invocate de părți, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei, sens în care reține că, anterior în cadrul procedurii, a fost depusă de

către RER Sud SA, RER Ecologic Service SRL și RER Vest SA contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 62281/02.12.2021, admisă, în parte, prin decizia nr. 2839/C9/2760, 3102 din 23.12.2021.

În motivarea deciziei, s-au reținut, între altele:

Analizând documentele depuse de părți și invocate de acestea, se constată că există o hotărâre pentru demararea procedurilor de reziliere a Contractelor de delegare a gestiunii serviciului de salubritate în Zonele de colectare 1 Brad, 2 Hațeg și 3 Centru Județul Hunedoara, aferente Proiectului „Sistem de Management Integrat al Deșeurilor în Județul Hunedoara” și două hotărâri pentru constatarea încălcării la nivelul zonei 2 Hațeg a contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate nr. 874/1975/22.08.2018.

În privința acestora, asocierea ECO a susținut că nu au fost reziliate, fiind demarate doar procedurile aferente.

De asemenea, autoritatea contractantă a invocat existența a trei acte adiționale din 19.07.2021 din care rezultă că respectivele contracte sunt în derulare și își produc efectele.

Referitor la penalitățile și plata redevenței la care a fost obligată Brai Cătă SRL prin hotărârea Tribunalului Hunedoara, autoritatea contractantă nu le-a considerat „daune interese sau alte sancțiuni comparabile” în sensul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Societatea contestatoare a invocat decizia CJUE din Cauza C-465/11:

27 În această privință, trebuie arătat că, astfel cum susține în mod întemeiat guvernul polonez, noțiunea „abatere profesională” acoperă orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului în cauză, iar nu numai încălcările normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparține acest operator, care ar fi constatate de organul disciplinar prevăzut în cadrul acestei profesii sau printr-o decizie jurisdicțională cu autoritate de lucru judecat.

28 Astfel, articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 conferă autorităților contractante competența să constate o abatere profesională prin orice mijloace pe care acestea le pot justifica. În plus, spre deosebire de același paragraf litera (c), nu este necesară o hotărâre cu autoritate de lucru judecat pentru constatarea unei abateri profesionale în sensul dispoziției care figurează la paragraful menționat litera (d).

29 În consecință, nerespectarea de către **un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională.**

30 Cu toate acestea, noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, **orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă.**

31 În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea **unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.**

32 Or, reglementarea din cauza principală impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „sunt imputabile” acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior.

Este de amintit în sensul celor invocate și Ordonanța Curții din 4 iunie 2019, în cauza Consorzio Nazionale Servizi, C-425/18:

(...)

Se poate observa din cele citate că, într-adevăr, astfel cum a susținut și petenta, verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 nu trebuia exclusă de achiziitoare pe simplul motiv că, din hotărârile amintite, rezultă doar decizia de demarare a procedurilor de reziliere a contractelor, nu și faptul că rezilierea s-a produs.

Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ fac trimitere la încălcări ale obligațiilor contractuale **în mod grav sau repetat** care să fi condus la încetarea anticipată a unui contract încheiat cu operatorul economic.

Fiind demarate procedurile de reziliere a contractelor care însă nu au fost finalizate și constatate printr-un act al unei instanțe sau al unei autorități competente, în cazul de față nu

sunt îndeplinite condițiile de la art. 167 alin. (1) lit. g) din lege, în sensul de a fi intervenit rezilierea sau denunțarea unilaterală a unui contract.

Pe de altă parte, însă, în referire la art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ, se observă că urmarea încălcării obligațiilor contractuale trebuie să fi fost: încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Deși nu a avut ca efect încetarea anticipată a contractului, se reține că, în discuție, operatorul economic a fost obligat printr-o decizie rămasă definitivă la plata de penalități și redevențe pentru primul an de operare și pentru trimestrul 1 din anul 2 de operare.

În privința plății redevenței considerată ca nerespectare a obligațiilor contractuale, pentru a fi aplicabile dispozițiile de mai sus, aceasta trebuie să aibă ca urmare una dintre situațiile enumerate în articolul citat.

Se pune astfel problema încadrării plății penalităților în categoria daunelor-interese sau a altor sancțiuni comparabile.

Raportat la dispozițiile art. 1530 Cod civil Creditorul are dreptul la daune-interese pentru repararea prejudiciului pe care debitorul i l-a cauzat și care este consecința directă și necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabile a obligației și art. 1535 Cod civil (1) În cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății, în cuantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege, fără a trebui să dovedească vreun prejudiciu. În acest caz, debitorul nu are dreptul să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi mai mic. (2) Dacă, înainte de scadență, debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență. (3) Dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit, invocate de contestatoare, se poate considera că plata penalităților poate fi inclusă în categoria daunelor interese sau a altor sancțiuni comparabile la care face referire articolul 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Penalitățile au fost solicitate de UAT Hunedoara și acceptate de instanță, intervenind ca urmare a neplății redevenței la care era obligată prin contractul de delegare.

Referitor la avizul ANAP nr. 2531/19.03.2019, se reține că, în acesta, s-a menționat: aplicarea de penalități nu poate fi considerată o sancțiune comparabilă cu "plata de daune-interese" în sensul art. 167 alin. (1) lit. g) ante-menționat, întrucât în cazul acestora din urmă este nevoie de realizarea unor demersuri suplimentare în vederea demonstrării existenței unui eventual prejudiciu și recuperării acestuia. Cum arată și contestatoarele în concluziile scrise, în cazul analizat, penalitățile au fost obținute în urma unor demersuri suplimentare, instanța fiind cea care a admis cererea în privința penalităților și necesitatea plății acestora.

Așadar, deși autoritatea contractantă nu a analizat comportamentul operatorului sub aspectul aplicării dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din lege, se reține că încălcarea obligațiilor contractuale a avut una dintre consecințele prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din lege, situație care ar fi trebuit să atragă excluderea ofertantei din procedură.

Câtă vreme hotărârea primei instanțe a fost pronunțată în data de 03.11.2020, după data întocmirii ofertei de către asocieria ECO (20.12.2020) și anterior încheierii primului raport al procedurii de atribuire (08.10.2021), autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere aceste consecințe, efectele hotărârii nefiind suspendate. Mai mult, Hotărârea a rămas definitivă la data pronunțării hotărârii Curții de Apel Aba Iulia nr. 1171/2021 din 13.07.2021, anterior primului raport al procedurii.

Faptul că, ulterior depunerii primei contestații de către asocieria RER, au fost efectuate anumite plăți de către operatorul economic Brai Cătă SRL nu putea atrage aplicarea dispozițiilor art. 171 din lege, fiind creat un avantaj ofertantei în perioada de reevaluare a ofertei, determinată de depunerea unei contestații.

Relativ la aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, se reține că, în decizia nr. 19/2020, menținută prin Decizia nr. 211/09.03.2020 a Curții de Apel Ploiești, Secția contencios administrativ și fiscal, Consiliul a reținut, între altele:

(...)

Cum formularul DUA face referire și **la plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile**, la cap. C Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri

profesionale, iar Brai Cătă SRL era într-o astfel de situație, lipsa informațiilor din DUAE conduce la aplicarea art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

2. În privința susținerii încălcării contractelor de delegare SMID Mureș – zonele 1 și 4, sunt invocate:

(...)

Cum a arătat și contestatoarea, Brai Cătă SRL a susținut că *nu și-a asumat* obligația de realizare a obiectului contractelor, aspect pe care autoritatea contractantă l-a avut în vedere în luarea decizie de a nu lua în considerare rezilierea intervenită în contractele mai sus amintite.

Au fost avute în vedere actele adiționale la acordul de asociere, fără însă a se face verificări vizavi de data și condițiile în care a intervenit modificarea acordurilor de asociere și fără se verifica dacă beneficiarul a fost notificat și dacă au fost modificate contractele de delegare a gestiunii activităților de colectare și transport a deșeurilor municipale și a altor fluxuri de deșeuri, componente ale serviciului de salubritate al județului Mureș, mai sus indicate.

Așadar, actele adiționale invocate nu puteau fi considerate înregistrări suficiente pentru a se aprecia că rezilierea nu a privit asocierea, ci doar liderul asocierii Sylevy Salubriserv SRL, fiind necesare informații suplimentare, astfel încât autoritatea contractantă să poată stabili pe baza unor probe certe și concludente aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și/sau h) din Legea nr. 98/2016.

3. Vizavi de încălcarea contractelor de delegare și rezilierea contractului de delegare pentru zona SMID Timiș – zonele 2, 3 și 4, se reține invocarea următoarelor documente:

(...)

În răspunsul asocierii ECO înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 445/02.11.2021:

Cu referire la contractele pentru zonele 2, 3 și 4 Județul Timiș, situația acestora este diferită, urmând a fi analizată distinct:

a. Contractul de delegare nr. 1791/28.09.2017, încheiat pentru zona 2 Jimbolia a încetat la inițiativa autorității contractante, care a comunicat Notificarea de încetare nr. 4151/27.08.2019, însă aceasta măsură a fost contestată de către Asociatul BRAI CATA S.R.L., acțiunea având ca obiect "Anularea măsurii de încetare a Contractului de delegare a gestiunii prin concesiune a serviciilor de colectare transport al deșeurilor municipale din cele 5 zone ale județului Timiș Zona 2 JIMBOLIA -contract nr. 1791/28.09.2017, comunicată prin Notificarea emisă de parata sub nr. 4151/27.08.2019" și fiind înregistrată pe rolul Tribunalului Timiș sub nr. 4335/30/2021 (atașam copie a acțiunii și extras portaljust.ro). **Prin urmare, cât timp măsura încetării anticipate a contractului a fost supusă controlului judiciar și nu s-a pronunțat o hotărâre definitivă, aceasta nu produce efectele specifice în materia achizițiilor publice.** De altfel, acesta este și motivul pentru care această încetare a contractului nu a fost înscrisă în evidențele SICAP.

b. Contractele de delegare nr. 1792/28.09.2017 (zona 3 Deta) și nr. 1088/21.05.2018 (zona 4 Făget) au încetat din inițiativa asociatului BRAI CATA S.R.L. conform Notificărilor de încetare nr. 2348/27.11.2020, respectiv 2349/27.11.2020 (atașate prezentei cereri de intervenție). Prin urmare, cu referire la aceste două contracte nu ne-am aflat în situația încetării anticipate urmare a neîndeplinirii obligațiilor ofertantului, din cuprinsul acelor notificări rezultând culpa autorității contractante în neîndeplinirea propriilor obligații contractuale.

În procesul-verbal de remediere nr. 473/15.11.2021, autoritatea contractantă a reținut că, împotriva notificării a fost formulată acțiune de anulare de către Brai Cătă SRL, fiind înregistrat pe rolul Tribunalului Timiș dosarul nr. 4335/30/2019. Conform portalului instanțelor, dosarul are termen în data de 15.02.2022.

(...)

Se observă astfel că, atât Consiliul, cât și instanțele, au considerat că, atâta vreme cât nu sunt suspendate efectele actului administrativ de notificare a rezilierii, acesta își produce efectele, astfel că nu putea fi pusă în discuție aplicarea lui. Atacarea actului beneficiarului nu presupunea suspendarea automată a efectelor lui, astfel că autoritatea contractantă trebuia să constate existența Notificării de încetare nr. 4151/27.08.2019, pentru rezilierea Contractului de delegare nr. 1791/28.09.2017.

Intervenirea cazului de reziliere determină considerarea neîndeplinirii obligațiilor contractuale ca încălcare gravă, în acest sens pronunțându-se și Curțile de Apel.

(...)

Așadar, trebuia constatată incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și a lit. h) a aceluiași articol, Brai Cătă SRL neindicând cazul de reziliere în Formularul DUAE.

Față de cele de mai sus, se poate observa că, **deși operatorul Brai Cătă SRL a fost obligat la plata de penalități în dosarul nr. 1582/97/2020* constituit pe rolul Tribunalului Hunedoara, Secția I civilă, fiind admisă acțiunea UAT Hunedoara, și, deși a existat pentru rezilierea contractului nr. 1791/2017, încheiat cu asocierea BRAI-CĂTĂ SRL - Libro EVENTS SRL, Notificarea de încetare nr. 4151/27 august 2019, pentru neîndeplinirea unor obligații esențiale prevăzute de contract, precum și a unor obligații neesențiale, cu caracter repetat, autoritatea contractantă a considerat, în mod nelegal, că nu sunt aplicabile dispozițiile legale referitoare la excluderea operatorului economic, dimpotrivă a declarat oferta asocierii ECO câștigătoare a procedurii.**

Împotriva deciziei Consiliului au formulat plângere contestatoarea, intervenienta și autoritatea contractantă, Curtea de Apel Galați, Secția Contencios Administrativ și Fiscal, pronunțându-se prin decizia civilă nr. 76 din 7 Februarie 2022, în care a reținut, între altele:

Deși s-a invocat de către petente faptul că anularea măsurii de încetare a contractului de delegare a gestiunii prin concesiune a fost supusă controlului judecătoresc, acțiunea în anularea acestui act administrativ fiind înregistrată pe rolul Tribunalului Timiș sub nr. 4335/30/2019, Curtea nu poate reține argumentul incomplet al petentelor, ca fiind suficient în aprecierea comportamentului acestui ofertant.

Deși Curtea poate fi de acord cu faptul că, pentru ca excluderea să fie aplicabilă, nu este suficientă simpla reziliere unilaterală contractului de achiziție anterior, totuși Autoritatea Contractantă trebuia să efectueze o evaluare suplimentară a încălcării și să verifice dacă poate fi vorba despre un caz de excludere.

Argumentul Asocierii ECO referitor la litigiul pendinte cu privire la notificarea nr. 4151/27.08.2019, înregistrată pe rolul Tribunalului Timiș sub nr. 4335/30/2021, nu este suficient pentru a împiedica aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. g.

Așa cum s-a reținut în Cauza Mecca, simpla contestare a unei decizii de încetare anticipată a unui contract nu poate constitui un obstacol care să împiedice autoritatea contractantă să aprecieze comportamentul care a provocat încetarea și fiabilitatea subsecventă a operatorului.

Autoritatea Contractantă este cea care stabilește dacă o notificare de reziliere a unui contract este de natură să determine excluderea. Însă îi revine sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior.

Chiar dacă legislația achizițiilor încredințează doar Autorității Contractante. în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un ofertant trebuie exclus de la o procedură, această posibilitate nu trebuie exercitată în mod arbitrar, marja de apreciere a Autorității presupunând posibilitatea de a opta între mai multe soluții care corespund scopului legii, respectiv alegerea unui ofertant în privința căruia să nu existe dovezi de deficiențe semnificative sau persistente.

În acord cu argumentația Consiliului, Curtea consideră că aprecierea integrității și fiabilității ofertantului implica din partea Autorității Contractante analiza faptelor relevante, reflectate de actele administrative enumerate, din perspectiva prevederilor art.167 alin. 1 lit. g din Legea 98/2016 iar împrejurarea că aceste documente, având natura unor acte administrative, au fost contestate nu are semnificația că nu ar produce efecte juridice.

În continuare, analizând incidența art.167 alin. 1 lit h din Lege, Curtea reține faptul că ofertanții aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în cuprinsul DUAE. Formularul impune operatorului economic să bifeze corespunzător răspunsul (da sau nu) la întrebarea dacă s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior

încheiat cu o Autoritate Contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat. În cazul în care răspunsul ofertantului este afirmativ, formularul deschide alte rubrici care permit descrierea situației. În speța de față, formularul DUAЕ nu a fost completat în partea care face referire la contractul pentru care a fost emisă notificare de reziliere.

Chiar dacă notificarea de reziliere fusese contestată, ofertantul trebuia să creeze condițiile ca Autoritatea Contractantă să efectueze propria evaluare, inclusiv prin prisma dovezilor pe care ar fi putut să le depună în legătură cu modul de executare a contractului.

Cum omisiunea privește un posibil caz de excludere, el însuși neanalizat de către Autoritate, Curtea apreciază că în mod corect a reținut Consiliul că prin neindicarea în DUAЕ a acestui caz de reziliere, este incident și cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. h din Legea 98/2016.

Se observă din cele de mai sus că decizia de respingere a ofertei contestatoarei ECO SA a fost menținută de Curtea de Apel Galați, Secția de contencios administrativ și fiscal, astfel că, prin comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 202/18.03.2022, au fost aduse la cunoștința contestatoarei cele reținute de Curtea de Apel.

Conform art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă (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. (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.**

După cum se poate observa din motivarea Curții mai sus redată, în mod clar, s-a stabilit că operatorului economic Brai Cătă SRL trebuia să i se aplice dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să pună în aplicare decizia Curții de Apel, rămasă definitivă, neputând fi readuse în discuție aspecte deja tranșate.

Contrar susținerilor autoarei contestației, achizitoarea nu avea motive să solicite clarificări suplimentare, câtă vreme Curtea a decis în mod definitiv că era necesară respingerea ofertei pentru aplicarea dispozițiilor mai sus amintite.

În referire la situația asociatului Brai Cătă SRL pentru contractul aferent Zonei 2 Jimbolia SMID Timiș, cum a arătat și intervenienta, Curtea nu s-a referit la o *evaluare viitoare a ofertei*, ci la evaluarea existentă în decizia Consiliului, decizie în care se făcea mențiune că autoritatea contractantă trebuia să constate existența Notificării de încetare nr. 4151/27.08.2019, pentru rezilierea Contractului de delegare nr. 1791/28.09.2017.

Curtea răspundea motivelor din plângere față de decizia Consiliului.

Astfel cum s-a arătat mai sus, Curtea de Apel a reținut că **Argumentul Asocierii ECO referitor la litigiul pendinte cu privire la notificarea nr. 4151/27.08.2019, înregistrată pe rolul Tribunalului Timiș sub nr. 4335/30/2021, nu este suficient pentru a împiedica aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. g.**

În decizia Curții nu s-a reținut că ar fi fost incorecte cele reținute de Consiliu pentru situația Zonei 2 Jimbolia SMID Timiș.

De asemenea, în privința aplicării dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, mențiunile Curții sunt foarte clare: Cum omisiunea privește un posibil caz de excludere, el însuși neanalizat de către Autoritate, **Curtea apreciază că în mod corect a reținut Consiliul că prin neindicarea în DUAE a acestui caz de reziliere, este incident și cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. h din Legea 98/2016.**

Mai mult, se observă din dispozitivul deciziei Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, că restul dispozițiilor deciziei atate în măsura în care nu sunt contrare deciziei au fost menținute.

Chiar dacă nu suntem în prezența triplei identități de părți, obiect și cauză, obiectul din prezenta cauză fiind noua comunicare din data de 18.03.2022, prin considerente fiind tranșată chestiunea litigioasă nu se poate repune în discuție motivele de respingere a ofertei.

Astfel fiind, constatând autoritatea lucrului judecat asupra deciziei de respingere a ofertei asocierii ECO – Brai Cătă, iar contestația este îndreptată împotriva comunicării nr. 202/18.03.2022, în care a fost adusă la cunoștință decizia de respingere pe baza celor invocate de Curtea de Apel, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitările contestatoarei de anulare a raportului procedurii, a proceselor-verbale de evaluare, în referire la oferta sa, a comunicării privind rezultatul procedurii transmisă acesteia și dispunerea reevaluării ofertei sale.

În privința criticilor aduse ofertei desemnate câștigătoare, aparținând asocierii RER, Consiliul va analiza prioritar excepția lipsei de interes în criticarea ofertei câștigătoare.

S-au avut 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 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 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 adjudecatului.

33 Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*

(C- 689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil situației procedurale și contencioase în

discuție în litigiul principal.

34 Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la**

soluționarea acestei contestații, deciziile ulterioare care i- ar aduce prejudicii

în ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.

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

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

interpretat în sensul **că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr- o**

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr- o decizie

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

În soluționarea excepției lipsei de interes a contestației față de solicitările în referire la oferta asocierii RER, trebuie avută în vedere, prioritar, situația ofertei contestatoarei.

Trebuie avut în vedere că, fiind constatată necesitatea aplicării dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 față de oferta contestatoarei, prin decizia Curții de Apel, decizie care a rămas definitivă, se constată caracterul definitiv de respingere a acestei oferte.

În consecință, ofertantul fiind exclus definitiv din procedură, suntem în prezența situației din cauza C-355/15, în sensul 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.

Deși sunt atacate simultan cele două decizii, de respingere a ofertei sale și de declarare câștigătoare a ofertei asocierii RER, având în vedere existența unei **hotărâri definitive de respingere a ofertei contestatoarei**, la momentul formulării contestației în cauză, interesul acesteia nu mai subzistă oferta sa fiind respinsă printr-o decizie rămasă definitivă.

Atâta timp cât oferta petentei a fost respinsă în mod definitiv în nicio circumstanță nu poate deveni câștigătoare a procedurii de achiziție publică. Interesul său nu este nici născut și nici actual.

Cu privire la prejudiciu nici această condiție nu este îndeplinită, dat fiind că suntem în prezența contenciosului administrativ special, în care criticile care se aduc cu privire la încălcarea unor prevederi legale pot fi reținute doar dacă au adus o vătămare.

Pentru petentă, vătămarea constă în pierderea șansei de atribuire a contractului. Or, pierderea șansei s-a produs la momentul rămânerii definitive a deciziei de respingere a ofertei sale.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge ca lipsită de interes contestația ECO SA în privința solicitării de anulare a raportului procedurii, a proceselor-verbale de evaluare, în partea ce privește asocierea RER, a comunicării transmise asocierii RER și dispunerii reevaluării acestei oferte, fiind întemeiată excepția lipsei de interes invocată de intervenientă și autoritatea contractantă.

Pentru considerentele expuse este lipsită de interes solicitarea de anulare a întregii proceduri.

Față de cele constatate, va fi admisă cererea de intervenție formulată de RER Sud SA, RER Ecologic Service SRL și RER Vest SA, în calitate de membri ai asocierii RER Sud SA – RER Ecologic Service SRL – RER Vest SA.

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 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondate, capetele de cerere vizând solicitările ECO SA de anulare a raportului procedurii, a proceselor-verbale de evaluare, în referire la oferta asocierii ECO –BRAI CĂTĂ, a comunicării privind rezultatul procedurii transmisă acesteia și dispunerea reevaluării acestei asocieri, din contestația ECO SA, în calitate de lider al asocierii ECO SA – BRAI CĂTĂ SRL, în contradictoriu cu Asociația de Dezvoltare Intercomunitară "Eco Dunărea" Brăila.

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de RER Sud SA, RER Ecologic Service SRL și RER Vest SA, membrii ai asocierii RER Sud SA-RER Ecologic Service SRL- RER Vest SA, și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva deciziei 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, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
Eugen Ștefan Dorel
COJOACĂ

MEMBRU,
Isabela-Maria
GAVRILĂ

MEMBRU,
GrațIELa Magdalena
GAIDARGI

Redactat practicaua deciziei
Iuliana Albescu

Redactată în 5 exemplare, conține 23 pagini