

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. ...

Prin contestația nr.1473/22.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 57468/22.11.2022, formulată de ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ..., împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 112/2543/17.11.2022, transmis de ...- ..., cu sediul în .., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect **„Pază, proiecție, ordine și control în stațiile: ...”**, s-a solicitat, în ceea ce privește **lotul 1**, anularea raportului susmenționat și a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 11202543/17.11.2022, precum și anularea procedurii de atribuire aferentă lotului 1.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ... SRL critică raportul procedurii de atribuire nr. 112/2543/17.11.2022, transmis de ...- ..., solicitând cele indicate în partea introductivă, în ceea ce privește lotul 1.

În motivarea contestației, ... SRL arată că, în baza deciziei CNSC nr.2253/C2/27.10.2022, entitatea contractantă i-a solicitat prin adresa nr. 112/2415/05.11.2022, clarificări, însă în cadrul deciziei finale a aplicat doar partea care face referire la modalitatea de calcul a ofertei financiare depuse de ... SRL, cea care se referă la folosirea subvenției în cuantum de 9.840 lei pentru diminuarea costurilor ofertei depuse.

Contestatorul învederează că entitatea contractantă a respins argumentele calculației din cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări

și a dat câștig de cauză ...SRL, lider al Asocierii ...SRL și ... SRL, fără să reanalizeze oferta financiară depusă care conținea o sumă fixă pe care ...SRL și ... SRL a încasat-o începând cu data 27.07.2022 pentru timpul efectiv lucrat în alte contracte de către personalul cuprins în convențiile folosite pentru diminuarea prețului ofertat pentru ..., realitate ce nu poate fi denaturată de nicio înregistrare cu caracter de confidențialitate a argumentării ofertei financiare.

Contestatorul susține că entitatea contractantă a ignorat motivarea reținută de către Consiliul potrivit căreia subvenția nu poate fi invocată decât în cadrul executării contractului în care salariatul pentru care s-a obținut respectiva subvenție este angrenat, și nu în alte contracte, având în vedere că prin adresa nr. 1386/07.11.2022, a atras atenția asupra tuturor elementelor din motivarea Deciziei cu nr. ...din 27.10.2022.

Fată de cele menționate, contestatorul apreciază că entitatea contractantă nu a pus în aplicare, în totalitate, decizia CNSC nr. ...din 27.10.2022, ci doar s-a rezumat să constate că răspunsul său nu este concludent ignorând responsabilitatea pe care o avea cu privire la reanalizarea ofertei depuse de ...SRL, motiv pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr.101/2016, prevederile Legii nr.99/2016, H.G. nr. 394/2016, precum și toate celelalte dispoziții de drept material și procesual la care s-a făcut referire.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 112/2648/25.11.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 58966/29.11.2022, ...- SUCURSALA ...a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației, pentru următoarele considerente:

1. Urmare a Deciziei CNSC nr. ...din data de 27.10.2022, comisia de evaluare a reluat faza de evaluare financiară aferentă lotului 1, fiind respectate în totalitate condițiile reținute în decizia susmenționată.

Prin adresa nr. 112/2416/07.11.2022 s-a solicitat ofertantului ... SRL clarificări cu privire la modul de calcul a subvenției din Nota de fundamentare a tarifului orar, astfel cum s-a susținut prin Decizia CNSC nr. .../27.10.2022.

Se învederează că, prin răspunsul nr. 1396, postat în SEAP la data de 08.11.2022, ... SRL nu a justificat modul de calcul al subvenției din Nota de fundamentare a tarifului orar, drept urmare oferta sa a fost considerată ca fiind inacceptabilă, conform art. 140 alin. (4) din H.G. 394/2016, întrucât nu a respectat condițiile impuse prin Decizia CNSC nr. ...din data de 27.10.2022.

Referitor la susținerea contestatorului privind neanalizarea ofertei financiare depusă de ...SRL, entitatea contractantă precizează că asocierea declarată câștigătoare nu a utilizat subvenție acordată în baza art. 85 din Legea nr. 76/2002.

În opinia entității contractante criticile ofertantului ... SRL sunt absolut nefondate, întrucât comisia de evaluare a respectat în totalitate Decizia CNSC nr. ...din data de 27.10.2022 și a reevaluat corect ofertele, a solicitat clarificări suplimentare, a stabilit corect ofertantul câștigător, motiv pentru care solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Ca temei de drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 99/2016, H.G. nr. 394/2016 și Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin adresa nr. 1654/05.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr.59201/05.12.2022, ... SRL a precizat, în referire la cele menționate în punctul de vedere, că entitatea contractantă nu a adus nimic nou în contextul contestației formulate, comisia de evaluare neaplicând în totalitate decizia CNSC nr. ...din data de 27.10.2022, ci doar s-a rezumat să constate că răspunsul său este neconcludent, ignorând reanalizarea ofertei depusă de ...SRL.

... SRL a constituit cautiunea în cuantum de 2.832,00 lei prin recipisa de consemnare nr. 208603469/1 din 23.11.2022, eliberată de CEC Bank – SUCURSALA RÂMNICU VÂLCEA, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 2659/25.11.2022.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...- ..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, divizată pe 4 loturi, în vederea încheierii contractului de servicii având ca obiect **„Pază, protecție, ordine și control în stațiile: ...”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. CN ...

Valoarea estimată a contractului aferent lotului contestat este de 141.5614,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

Pentru lotul 1 – „...”, vizat prin contestație, au fost primite două oferte, respectiv din partea ... SRL și asocierii ...SRL (lider) - ... SRL, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. 112/2036/29.09.2022, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de ... SRL, cu un punctaj de 98,44 puncte, în timp ce oferta asocierii a fost clasată pe locul 2, cu un punctaj de 95 de puncte.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, ...SRL, în calitate de lider al asocierii ...SRL - ... SRL, a depus contestația soluționată prin Decizia CNSC nr. ...din 27.10.2022.

Decizia Consiliului nu a fost atacată cu plângere.

Continuând procedura, entitatea contractantă a emis raportul procedurii nr. 112/2541/17.11.2022, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de asocierea ...SRL - ... SRL, cu un punctaj de 95 de puncte, în timp ce oferta ... SRL a fost respinsă.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, pentru motivele evocate în cele ce preced, ... SRL a depus contestația de față.

Examinând contestația, Consiliul ia act că autorul acesteia critică decizia de respingere a ofertei sale, susținând că este nelegală.

În soluționare, Consiliul reține că oferta depusă de contestatorul ... SRL a format deja obiectul analizei sale, cu ocazia soluționării contestației depusă de asocierea ...SRL - ... SRL, ofertant clasat inițial pe locul 2, după cum rezultă și din situația de fapt mai sus expusă.

Soluția pronunțată cu privire la contestația menționată, a fost următoarea:

Admite contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu ...- ..., **anulează raportul procedurii de atribuire nr. 112/2036/29.09.2022, în partea referitoare la evaluarea ofertei depusă de ... SRL**, precum și actele subsecvente.

Obligă entitatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei. (...)

Pentru a decide astfel, Consiliul a avut în vedere următoarele considerente:

Pe fondul cauzei, Consiliul ia act că ...SRL critică evaluarea financiară a ofertei desemnată câștigătoare, depusă de ... SRL, susținând că este nelegală.

Procedând la analiza temeiniciei primului considerent de pretinsă nelegalitate, legat de subvențiile acordate în baza convențiilor folosite de ofertantul câștigător, încheiate cu AJOFM Vâlcea în baza Legii nr. 76/2002, Consiliul constată următoarele:

Rigurile stabilite de entitatea contractantă cu privire la propunerile financiare se regăsesc la cap. IV.4.2 – „*Modul de prezentare al propunerii financiare*” din fișa de date, unde apare precizat:

Ofertantul trebuie să prezinte Formularul de ofertă (Formular 10C) care reprezintă elementul principal al propunerii financiare. Prețul include toate cheltuielile și comisioanele care vor fi angajate de către prestator pentru prestarea serviciilor prevăzute în documentație.

Formularul de ofertă (Formular 10C) va fi însoțit de un centralizator financiar al obiectelor (Formularul 11 C), cât și de devizul detaliat pe fiecare stație CF în parte (Formular 12C). Un exemplar de contract semnat și stampilat, însoțit de Convențiile pe linie de sănătate și securitate în munca, A.I.I și Protecția mediului.

Declarația 100 privind obligațiile de plată la bugetul de stat, din care să rezulte vărsăminte de la persoanele juridice pentru persoanele cu handicap neîncadrate, conform Legii nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, republicată, cu modificările și completările ulterioare, după caz;

Ofertanții care beneficiază de subvenție conform Legii nr. 76/2002, vor depune o declarație pe propria răspundere în care vor menționa dacă subvenția acordată în baza art. 85 din Legea nr. 76/2002 a mai fost folosită și în alte contracte de achiziție publică, precum și persoanele implicate în derularea contractului, care beneficiază de subvenție.

Ofertanții care beneficiază de subvenție conform Legii nr. 76/2002, vor face dovada deținerii/indisponibilizării de sume aferente subvențiilor pentru viitorul contract.

Propunerea financiară va fi prezentată separat pentru fiecare lot ofertat.

Ofertantul va evidenția, prin completarea formularului de oferta, prețul ce urmează a fi platit de beneficiar pentru prestațiile ce urmează a fi făcute, inclusiv taxa pe valoarea adăugată care va fi evidențiată distinct.

La întocmirea devizului de oferta, pentru evaluarea unitară a ofertanților, este obligatoriu respectarea formularului prezentat în Secțiunea Formulare.

Nu se acorda avans.

Oferta financiară va fi exprimată în lei.

Propunerea financiară se va transmite obligatoriu numai în SEAP, în conformitate cu prevederile art. 67 din HG 394/2016, în format electronic în secțiunea destinată documentelor propunerii financiare.

Valoarea totală a propunerii financiare se criptează în SEAP.

Toate documentele de fundamentare a valorii oferite se depun prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secțiune dedicată a portalului SEAP, iar conținutul acestora fiind vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare.

Aceleași prevederi se regăsesc preluate în mod identic la capitolul similar din documentul „*Instrucțiuni către ofertanți/candidați*”.

În caietul de sarcini, la cap. III – „*Precizarea obiectivelor*”, aferent lotului 1 – „*Stația ... Rm. Vâlcea*”, entitatea contractantă a definit necesitatea sa, anume achiziționarea de servicii de pază pentru un post mobil cu un agent pe tură, la **program permanent, 24 ore/zi – 730 ore/lună**.

Verificând propunerea financiară depusă de ... SRL, ofertantul câștigător, Consiliul constată că aceasta a prezentat „*Formular de ofertă*”, Formularul 11C – „*Centralizator de prețuri*”, din care rezultă tariful de 16.15 lei/oră, precum și „*Nota de fundamentare a tarifului orar, anexa la Formularul 11C*” conținând justificarea tarifului orar propus. În acest ultim înscris se regăsește și declarația pe proprie răspundere a reprezentantului legal al ofertantului, în sensul că suma de 820 lei, reprezentând subvenție obținută în baza Legii nr. 76/2002, nu este folosită în alte licitații.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, în legătură cu subvenția invocată, entitatea contractantă a transmis ofertantului menționat, în etapa de evaluare a propunerilor financiare, următoarele solicitări de clarificări:

1. adresa nr. 112/1754/26.08.2022, având conținutul:

(...) Având în vedere prevederile Fișei de date cap. IV.4.2) – Modul de prezentare al propunerii financiare (...) și a verificării Notei de fundamentare a tarifului orar, anexa la Formularul 11C depus de dumneavoastră, comisia de evaluare vă solicită următoarele:

- Declarația 100 privind obligațiile de plată la bugetul de stat, din care să rezulte vărsămintele de la persoanele juridice pentru persoanele cu handicap încadrate, conform Legii nr. 448/2006

- **Persoanele implicate în derularea contractului, care beneficiază de subvenție conform art. 85 din Legea nr. 76/2002**

- **Valoarea totală a subvenției acordată în baza art. 85 din Legea 76/2002, precum și perioada de timp pentru care se va folosi în derularea viitorului contract**

- **Documentele justificative, care să ateste subvenția utilizată**

- **Dovada deținerii/indisponibilizării sumei aferente subvențiilor pentru viitorul contract.**

... SRL a răspuns, prin adresa nr. 1053/31.08.2022, după cum urmează:

(...)

-Anexăm declarația 100 aferentă lunii iunie 2022, declarație la care ne-am raportat la data de 28.07.2022, atașată și în SICAP la acel moment.

- **Persoana implicată în derularea contractului care beneficiază de subvenție, conform art. 85 din Legea 76/2022 este Găinușe Cosmin Constantin**

- **Valoarea totală a subvenției acordată în baza art. 85 din Legea 76/2022, pentru Găinușe Cosmin Constantin este de 27.000 lei, iar perioada de timp pentru care se va folosi în derularea viitorului contract este 28.07.2022 – până la finalizarea contractului. În Nota de fundamentare a tarifului orar este precizată suma de 820 lei/lună ca sume suportate de angajator din subvenții sau alte ajutoare de stat. Suma totală necesară derulării contractului este de $820 \times 12 = 9.840$ lei. Prin urmare subvenția de care beneficiem este eligibilă ($2250 \times 12 = 27.000$ lei)**

-**Atașăm convenția cu numărul 6195 din 28.07.2022 și decizia aferentă acestei convenții pe care nu o vom utiliza în alte contracte și care reprezintă dovada certă a bugetului constituit pentru susținerea acestui contract.**

-**Precizăm că avem și alte convenții în derulare, convenții care nu sunt folosite pentru justificarea prețului în alte contracte și pe care le putem utiliza în cazul în care situația o impune (înlocuirea personalului din motive obiective).**

Anexat, ofertantul a prezentat:

- Convenția nr. 6195/28.07.2022, încheiată cu AJOFM Vâlcea, pentru 1 persoană încadrată din rândul tinerilor NEET șomeri;

- Decizia nr. 6195/28.07.2022, emisă de AJOFM Vâlcea, prin care s-a stabilit dreptul ofertantului de a primi subvenția prevăzută de Legea nr. 76/2002, pentru dl. Găinușe Cosmin Constantin;

- Declarația 100, conform căreia suma datorată aferent lunii iunie pentru persoanele cu handicap neîncadrate este de 20.216 lei.

2. Adresa nr. 112/1849/13.09.2022, cu conținutul:

(...) Având în vedere mențiunile din Decizia nr. 990/C3/906 din data de 11.05.2022 (...), comisia de evaluare a reținut că utilizarea, la viitoarele servicii de pază, a sumelor ce ar proveni din încheierea unor convenții cu JOFM, ofertantul trebuie să dovedească deținerea respectivelor sume. Astfel, convențiile vor fi utilizate în mai multe proceduri de atribuire, în scopul câștigării contractului, cu un preț diminuat artificial. Drept urmare conform prevederilor Fișei de date cap. IV.4.2) Modul de prezentare al propunerii financiare (...), **vă rugăm să faceți dovada, respectiv dacă dumneavoastră ați indisponibilizat/aveți la dispoziție, efectiv, valorile pentru contractul supus atribuirii (820 lei lună timp de 12 luni în total 9.840 lei).**

... SRL a răspuns, prin adresa nr. 1120/15.09.2022, astfel:

Dovada deținerii sumei de 820 lei lunar, timp de 12 luni o facem prin prezentarea convenției cu numărul 6195 din 28.07.2022 și decizia aferentă acestei convenții precum și a deciziei administratorului ... SRL cu nr. 560 din 28.07.2022, de indisponibilizare a sumei necesară derulării contractului, atașată prezentei adrese.

Anexat, ofertantul a prezentat Decizia nr. 560/28.07.2022, prin care asociatul unic al ... SRL a decis indisponibilizarea sumei de 9.840 lei, reprezentând venituri conform Convenției nr. 6195/28.07.2022, pentru susținerea tarifului orar timp de 12 luni, în cadrul contractului ce se va încheia cu entitatea contractantă,

însoțită de Anexa 1 – „Desfășurător utilizare convenție cu nr. 6195 din 28.07.2022” și Anexa 2 – „Nota de fundamentare a tarifului orar, anexa la Formularul 11C”.

(...)

Următoarea presupusă neconformitate a ofertei desemnată câștigătoare, invocată de contestator, este legată de aplicarea eronată a cuantumului subvenției, de 820 lei/lună, în Nota de fundamentare a tarifului orar.

Susține contestatorul că suma subvenționată totală, de 9.840 lei, trebuia scăzută din valoarea totală a contractului calculată fără ajutor de stat, urmând apoi a se afla tariful orar final, or, prin modul de calcul prezentat de ofertantul câștigător, entitatea contractantă a fost indusă în eroare prin scăderea sumei de 820 lei/lună din salariul lunar al fiecărui agent.

În analiza temeiniciei acestei critici, Consiliul reține, din conținutul înscrisului „Nota de fundamentare a tarifului orar, anexa la Formularul 11C”, prezentat de ofertantul câștigător în cadrul propunerii sale financiare, că acesta a menționat, într-adevăr, în calculul tarifului pe oră, de 16,15, valoarea subvenției de 820,00 lei/lună.

Suma de 820,00 lei/lună, reprezintă suma din subvenție pe care, conform Deciziei nr. 560/28.07.2022 anexat răspunsului la clarificări nr. 1120/15.09.2022, asociatul unic și administratorul ... SRL a decis să o aloce, *lunar*, executării contractului de față, suma totală indisponibilizată pentru executarea contractului fiind, potrivit aceluiași înscris, de 9.840,00 lei.

Astfel stând lucrurile, în concordanță cu opinia contestatorului, Consiliul constată că ofertantul ... SRL a calculat eronat tariful orar ofertat. Respectiv, prin luarea în considerare a întregii sume alocate pe lună din subvenție ofertantul menționat a prezentat, practic, un calcul al tarifului doar cu privire la un singur agent, anume cu privire la cel pentru care a obținut subvenția, or prestarea serviciului permanent solicitat, de 24/24 ore, impune un necesar de 4,36 agenți (730 ore/lună/post : 167,333 ore lună program normal = 4,36 agenți).

Un calcul corect presupunea, așa cum susține contestatorul, dreptul ofertantului de a scădea cu titlu de subvenție doar suma de 1,12 lei/oră (9.840 lei/8760 ore contract = 1,12 lei/oră), din tariful de 19,837 lei calculat fără aplicarea subvențiilor (3.318,25 lei/lună cheltuieli directe/167,333 program normal de lucru = 19,837 lei), ceea ce nu conduce spre tariful de 16,15 lei/oră calculat de ... SRL.

(...)

Concluzionând, tariful orar ofertat de ... SRL nu este unul justificat, cum eronat l-a considerat entitatea contractantă cu încălcarea evidentă a obligației de verificare care îi revenea în etapa de evaluare a propunerilor financiare.

Subliniază Consiliul că oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în vederea realizării obiectului contractului, astfel că tariful consemnat nu este un element formal, ci elementul esențial al propunerii financiare, a cărei sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare și confirmată de ofertant prin documentele înaintate entității contractante.

Or, în speța dedusă judecății, **justificarea tarifului orar prezentată de ofertantul câștigător nu demonstrează calculul legal al acestuia, aspect care ar fi trebuit sesizat de entitatea contractantă, după cum nu demonstrează nici sustenabilitatea acestuia, scop în care, de altfel, a fost solicitată justificarea arătată.**

Se impune, pe cale de consecință, ca entitatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei în discuție, în considerarea celor mai sus arătate.

Cât privește celelalte critici din contestație, Consiliul nu va mai proceda la analiza lor, deoarece este de prisos în contextul în care **situația juridică a ofertei ... SRL, aceea de ofertă care nu se încadrează în categoria celor admisibile, nu poate fi schimbată.**

Așadar, în aplicarea deciziei Consiliului, revenea entității contractante obligația, în considerarea dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 [Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei], de a proceda la respingerea ofertei ... SRL.

Din actele dosarului, rezultă că entitatea contractantă a respins oferta depusă de ... SRL, ca inacceptabilă, în temeiul art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, însă după parcurgerea unei noi etape de clarificare cu contestatorul cu privire la tariful ofertat.

Deși demersul menționat este unul care excedează deciziei CNSC, nu atrage nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului, la care s-a oprit în final entitatea contractantă, cât vreme aceasta era decizia ce trebuia adoptată în aplicarea deciziei organismului administrativ-jurisdicțional.

Văzând dispozițiile art. 431 alin.1 C.proc.civ., conform cărora *„Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”*, problema admisibilității ofertei depusă de ... SRL nu mai poate fi repusă în discuție la acest moment, așa cum dorește contestatorul.

Se impune a fi arătat că, așa cum a stabilit Înalta Curte de Casație și Justiție în Decizia civilă nr. 1777/2015:

Autoritatea de lucru judecat cunoaște două manifestări procesuale, aceea de excepție procesuală, conform art. 1202 C.civ. și aceea de prezumție, mijloc de probă de natură să demonstreze un anumit fapt în legătură cu raporturile juridice dintre părți, art. 1200 C.civ.

Dacă în manifestarea sa de excepție procesuală (care corespunde unui efect negativ, extinctiv de natură să oprească o nouă judecată), autoritatea de lucru judecat presupune tripla identitate de elemente prevăzută de art. 1201 C.civ. (obiect, părți, cauză), nu tot astfel se întâmplă atunci când acest efect important al hotărârii se manifestă pozitiv, demonstrând modalitatea în care au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a se statua diferit.

Altfel spus, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis.

Între excepția autorității de lucru judecat și puterea de lucru judecat, există o distincție clară. Astfel, condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de elemente (părți, obiect și cauză juridică) ce oprește repetarea judecății, iar

puterea, prezumția de lucru judecat, impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre.”

Așadar, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis, rațiunea fiind aceea de asigurare a stabilității juridice, prin evitarea contrazicerilor între considerentele hotărârilor pronunțate.

Cum în relația dintre părți această prezumție are caracter absolut, înseamnă că nu se poate depune o nouă contestație în cadrul căreia să se pretindă stabilirea contrariului, astfel că, o nouă analiză a aspectelor dezlegate în mod definitiv, așa cum dorește ... SRL să provoace prin contestația de față, nu mai este posibilă.

Calea pe care o avea la îndemână contestatorul pentru a înlătura efectele deciziei anterioare a CNSC era aceea a plângerii, cale de atac pe care nu a înțeles să o promoveze.

Prin urmare, în condițiile în care Consiliul nu mai poate statua diferit de ceea ce a decis anterior, criticile contestatorului vor fi respinse, entitatea contractantă procedând în mod temeinic și legal la respingerea ofertei ... SRL.

Relevantă în acest sens este și practica judiciară, respectiv decizia civilă nr. 1392/08.03.2018, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, decizia civilă nr. 235/18.01.2018 și decizia civilă nr. 5497/20.12.2017, pronunțate de Curtea de Apel București, decizia nr. 170/17.02.2020, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara.

Cât privește critica contestatorului referitoare la evaluarea ofertei depusă de asocieria ...SRL - ... SRL, Consiliul constată, pe de o parte, că nu se subsumează niciunui capăt de cerere din petitul contestației. Nicăieri nu cere contestatorul evaluarea ofertei depusă de asocieria menționată.

Dincolo de aceasta, Consiliul constată că, prin decizia pe care a pronunțat-o anterior, nu a statuat nimic cu privire la oferta acestei asocieri. Nici nu putea proceda astfel câtă vreme, prin contestația asocierii, Consiliul a fost investit cu analiza evaluării ofertei depusă de ... SRL.

În acest context, nu i se poate reproșa entității contractante că nu a aplicat decizia Consiliului în ceea ce privește oferta asocierii menționate.

De asemenea, față de împrejurarea că raportul procedurii de atribuire prin care a fost materializat primul rezultat al procedurii, respectiv raportul procedurii nr. 112/2036/29.09.2022, a fost anulat doar în parte de către Consiliul, anume doar în partea privitoare la

evaluarea ofertei depusă de ... SRL, cu menținerea părții privind evaluarea ofertei depusă de asocierea ...SRL - ... SRL, critica contestatorului cu privire la evaluarea acestei ultime oferte este, evident, tardivă.

Dacă aprecia evaluarea ofertei asocierii ...SRL - ... SRL ca nelegală, ... SRL era în drept, la rândul său, cu respectarea termenului legal statuat de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, să critice evaluarea respectivei oferte, clasată pe locul 2 la acel moment.

Urmare a neefectuării unui asemenea demers, rezultatul evaluării ofertei asocierii ...SRL - ... SRL a dobândit caracter definitiv, astfel că nu mai poate fi pus în discuție prin contestația de față.

Relevante sunt și cele concluzionate în Minuta întâlnirii *președinților secțiilor specializate ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel dedicate unificării practicii judiciare în domeniul contencios administrativ și fiscal*, disponibilă pe site-ul INM, întâlnire desfășurată la Cluj-Napoca, în perioada 5-6 mai 2022, încheiată cu prilejul dezbaterii, printre altele, a problemei de drept: *tardivitatea criticilor formulate în cadrul unei proceduri de achiziție publică de către ofertantul inițial, declarat câștigător, împotriva ofertei unui alt operator economic care a fost reintrodus în procedură în urma admiterii unei contestații, dar pentru aspecte ce nu au făcut obiectul reevaluării.*

În cauză, nu poate fi primită o eventuală apărare constând în invocarea lipsei de interes a ... SRL de a ataca primul rezultat al procedurii dată fiind calitatea sa de ofertant câștigător de la acel moment, relevantă în acest sens fiind de data aceasta jurisprudența europeană, respectiv Hotărârea Curții (Camera a zecea) din 5 septembrie 2019 în cauza C-333/18 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia), prin decizia din 14 februarie 2018, primită de Curte la 23 mai 2018, în procedura Lombardi Srl împotriva Comune di Auletta, Delta Lavori SpA, Msm Ingegneria Srl, în care se arată:

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.,** concluzia fiind în sensul că:

Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că **se opune ca o cale de atac principală introdusă de un ofertant care are vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciat sau riscă să fie prejudiciat printr-o presupusă încălcare a dreptului Uniunii în materie de contracte de achiziții publice sau a normelor de transpunere a acestui drept și prin care se urmărește excluderea unui alt ofertant să fie declarată inadmisibilă în temeiul normelor sau al practicilor jurisprudențiale procedurale naționale care privesc soluționarea căilor de atac în excludere reciprocă, indiferent care ar fi numărul de participanți la procedura de atribuire a contractului și numărul celor care au introdus căi de atac.,**

dar și Hotărârea Curții (Camera a noua), din 24 februarie 2022, în cauza C-532/20 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Curtea de Apel București, prin decizia din 12 iunie 2020, primită de Curte la 20 octombrie 2020, în procedura ...Transport SA împotriva Companiei Naționale de Căi Ferate ... SA, în care se arată:

27. În această privință, trebuie amintit că **articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 impune statelor membre să asigure accesul la căile de atac**, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, **cel puțin oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.**

28. **Această dispoziție are vocația de a se aplica în special situației oricărui ofertant care apreciază că o decizie de admitere a unui concurent la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice este nelegal și riscă să îi cauzeze un prejudiciu, acest risc fiind suficient pentru a întemeia un interes imediat pentru formularea unei căi de atac împotriva deciziei menționate**, făcând abstracție de prejudiciul care poate, pe de o parte, să decurgă din atribuirea respectivului contract unui alt candidat.

Așadar, în momentul în care asocierea ...SRL - ... SRL a promovat contestație împotriva evaluării ofertei sale, ... SRL, în calitate de câștigător, i s-a născut un interes care îndeplinea toate condițiile prevăzute de lege, de a critica oferta asocierii.

Or, ... SRL nu a înțeles să acționeze în consecință, ci a depus (în cadrul primului ciclu procesual) o cerere de intervenție în interesul entității contractante care s-a dovedit a fi tardivă, așa cum sunt și criticile legate în acest moment, de actuala ofertă desemnată câștigătoare și care vor fi respinse ca atare.

Solicită contestatorul, de asemenea, anularea procedurii de atribuire în cazul lotului 1, capăt de cerere care va fi respins, deoarece nu au fost identificate elemente care să conducă la adoptarea unei astfel de decizii.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația, ca nefondată.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ... SRL, în contradictoriu cu ...-

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

...