

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. 2005/15.10.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 54358/18.10.2021, formulată de ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ..convențional de ... împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresele nr.24248/13.10.2021 și nr.24241/13.10.2021, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, organizată pe loturi, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect **„Execuție lucrări pentru realizarea obiectivului de investiții «Reabilitarea și modernizarea rețelei stradale în ...: strada 2014-2020 Axa prioritara 1- O regiune mai bine conectată”**, lot 1 și 2, s-a solicitat anularea adreselor susmenționate, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, precum și a celor subsecvente, anularea deciziei prin care ofertele depuse de ... SRL pentru loturile 1 și 2 au fost declarate inacceptabile și neconforme, anularea deciziei prin care oferta depusă de T... SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare pentru loturile 1 și 2, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor depuse de ... SRL și de T... SRL.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 565/28.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 56607/28.11.2021, T... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.... având CUI RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de ... SRL, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, iar pe fondul cauzei ca nefondată, obligarea contestatorului la plata cheltuielilor ocazionate de

soluționarea contestației, precum și accesul la dosarul cauzei, în temeiul art. 19 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresele nr. 24248/13.10.2021 și nr. 24241/13.10.2021, de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire susreferite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... SRL prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, de interes fiind informațiile potrivit căruia, împotriva primului rezultat al procedurii prin care oferta sa a fost desemnată câștigătoare, a formulat contestație T... SRL, care a fost admisă de CNSC prin decizia nr.

Dat fiind faptul că a înțeles să formuleze plângere împotriva deciziei Consiliului, contestatorul solicită suspendarea soluționării contestației, în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea căii de atac a plângerii.

Arată ... SRL că în urma aplicării deciziei Consiliului, comisia de evaluare a respins oferta sa, ca inacceptabilă și neconformă, reținând următoarele:

- prin documentele prezentate nu s-a furnizat niciunul care să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a contractului de achiziție publică dacă ofertantul nu va fi în măsură să-l execute. Prin documentele transmise nu s-a demonstrat modul efectiv în care terțul susținător se va implica în executarea contractului, respectiv că terțul va desfășura efectiv lucrările pentru care acordă susținerea;

- cu referire la respectarea perioadelor impuse pentru desfășurarea activităților prin Planul de lucru/rezultate așteptate/perioade de desfășurare activități/monitorizare, precum și Indicatori de performanță, așa cum a reținut Consiliul prin decizia nr. 2178/C2/2254 din 30.09.2021, prin propunerea tehnică nu s-au respectat duratele de execuție și planificarea lucrărilor impuse de autoritatea contractantă.

Contestatorul apreciază decizia de respingere a ofertei sale ca fiind netemeinică și nelegală, pentru următoarele considerente:

1. Contrar celor reținute de autoritatea contractantă, ... SRL a făcut dovada îndeplinirii cerinței minime de calificare privind experiența similară, astfel că, în acord cu prevederile obligatorii ale documentației de atribuire și cu respectarea dispozițiilor art. 182 din Legea nr. 98/2016 și art. 48 din a HG nr. 395/2016, s-a prevalat de susținerea acordată de ...SRL, fiind puse la dispoziția comisiei de evaluare documente conținând informații referitoare la lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, declarația terțului privind mobilizarea

resurselor tehnice/profesionale în situația în care ofertantul va întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, precum și listele resuselor (personal, utilaje și mijloace de transport) ce vor fi puse la dispoziția ... pentru îndeplinirea contractului de atribuire din punct de vedere tehnic cât și calitativ, în termenul prevăzut în contract.

În aceste condiții, interpretând în mod eronat prevederile legislației achizițiilor publice și pe baza unei analize superficiale a documentelor puse la dispoziție comisiei de evaluare, în mod nelegal, autoritatea contractantă a reținut că există obligația tertului susținător de a executa lucrările pentru care a acordat susținere.

De asemenea, în opinia contestatorului, nu trebuie omis faptul că, potrivit deciziei CNSC, autoritatea contractantă avea obligația de a reevalua oferta societății sale, iar nu de a o respinge fără solicitarea de clarificări.

2. ... a respectat cerințele referitoare la duratele de execuție și planificarea lucrărilor impuse de autoritatea contractantă, având în vedere că în propunerea tehnică s-a ținut cont atât de perioadele de desfășurare a activităților impuse de autoritatea contractantă, cât și de perioadele efective în care urmează a se desfășura activitățile.

Totodată, contestatorul apreciază că nu trebuie omis faptul că, inclusiv ...a considerat ca perioadă de începere a lucrărilor data de 01.08.2021 până la 01.08.2022, prin repartizarea lucrărilor pe străzile ... și ..., astfel că potrivit indicatorilor de performanță și planului de lucru propuse de autoritatea contractantă, toate activitățile de bază se vor desfășura în perioada de timp friguros ceea ce înseamnă că lucrările astfel executate nu vor respecta legislația în vigoare.

În concluzie, contestatorul apreciază că evaluarea ofertei sale s-a realizat cu nerespectarea conținutului obligatoriu al documentației de atribuire, dar și a legislației în domeniu, motiv pentru care solicită, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, admiterea contestației astfel cum a fost formulată, și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor sale depuse pentru ambele loturi.

În ceea ce privește neconformitatea ofertei depusă de ..., se arată că, în urma studierii dosarului achiziției la sediul autorității contractante, în data de 08.10.2021, a sesizat o serie de neconformități ale ofertei depuse de ofertantul arătat, pe care comisia de evaluare nu le-a sesizat, cu toate că documentația de atribuire era clară în acest sens, și anume:

- Nedepunerea Declarației privind neîncadrarea în prevederile art. 59, art. 60 din Legea nr. 98/2016 - reguli privind evitarea conflictului de interese pentru tertul sustinator ...SRL, obligație stabilită la Cap. III.I.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fisa de date a achiziției, cerința 2 - formularul F6 impus de autoritatea contractantă;

- Nedepunerea Declarației pe proprie răspundere în care se indică faptul că la elaborarea ofertei s-a ținut seama de obligațiile relevante din domeniile mediului social și al relațiilor de muncă, conform art. 51

din Legea nr. 98/2016, pentru terțul susținător ...SRL, obligație stabilită la Cap. IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției, pct.6 - formularul 5 impus de autoritatea contractantă;

- Fișele tehnice ale utilajelor oferite sunt neînsușite de furnizor/producător (nesemnate și nestampilate de furnizor);

- ...nu a depus certificatele ISO declarate a fi anexate, în cadrul capitolului Controlul calității, la pag 21: SR EN ISO 9001:2015 și ISO 14001:2015;

- ...nu a depus declarație de acceptare și însușire a propunerii tehnice și financiare, formular propriu - cerința obligatorie în fișa de date Cap IV.4.3 - Modul de prezentare al ofertei.

De asemenea, se apreciază că răspunsul ofertantului câștigător la solicitarea de clarificări privind implicarea terțului susținător a fost neconcludent, întrucât nu a dovedit modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament prin alte mijloace decât cele prezentate de ..., încălcându-se principiul tratamentului egal, în cazul ... autoritatea contractantă considerând răspunsul neconcludent.

Totodată, se arată că ...nu a respectat cerințele documentației de atribuire referitoare la duratele de execuție și planificarea lucrărilor impuse de autoritatea contractantă, respectiv nu a respectat programul de lucru și, implicit, indicatorii de performanță prin repartizarea unor activități în afara perioadei de timp fruguros, în condițiile în care în cadrul graficelor de lucru pentru cele două loturi au fost repartizate lucrările conform referințelor specificate, însă în momentul în care au fost repartizate activitățile efective pe perioade de lucru aceste perioade nu acoperă în totalitate perioadele referințelor specificate.

Față de cele menționate, contestatorul susține că, atât reevaluarea ofertei sale, cât și evaluarea ofertei depusă de ..., sunt netemeinice și nelegale, motiv pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016.

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

Prin punctul de vedere nr. 25678/22.10.2021, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 56246/27.11.2021, ... a solicitat respingerea contestației și, pe cale de consecință, menținerea ca legală a deciziei prin care ofertele depuse de ... SRL pentru loturile 1 și 2, au fost respinse, a tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii, precum și a celor subsecvente, a raportului procedurii și a tuturor actelor pe care se întemeiază, dar și a celor subsecvente, în ceea ce privește declararea drept admisibile și câștigătoare a ofertelor depuse de T... SRL, pentru loturile 1 și 2 și atribuirea contractelor ofertantului declarat câștigător, respectiv T... S.R.L.

În prealabil, autoritatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, susținând că aspectele invocate de contestator sunt netemeinice pentru următoarele considerente:

Argumentele contestatorului referitoare la admisibilitatea ofertei sale privind îndeplinirea cerinței minime de calificare privind experiența similară, au fost menționate și în cererea de intervenție formulată în cadrul contestației depusă de T... S.R.L. și, implicit, analizate de Consiliu, motiv pentru care se apreciază că aceste critici sunt lipsite de sens.

Față de susținerea contestatorului potrivit căreia comisia de evaluare avea obligația de a reevalua oferta sa, iar nu de a o respinge fără solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă precizează că declararea ofertelor depuse de ... SRL ca neconforme și inacceptabile, s-a făcut în concordanță cu decizia CNSC.

Contrar celor susținute de contestator, ...SUD S.R.L. a depus pentru terțul susținător, ...SRL, pentru lotul nr. 2, Declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 59, art. 60 din Legea nr. 98/2016.

De altfel, se precizează că T... SRL a depus în cadrul propunerii tehnice, la pagina 294 - lotul nr.1 și 276 - lotul nr.2, Declarație de acceptare și însușire a propunerii tehnice și financiare de către asociați/subcontractori, în cadrul căreia, în mod corect, a specificat că nu este cazul.

T... SRL, după cum se arată, a transmis în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 13916/04.06.2021, Anexa la Angajamentul ferm privind susținerea acordată acestuia de către ...SRL, împreună cu documente suport pentru resursele tehnice și profesionale.

În concluzie, se susține că ...SUD S.R.L. a pus la dispoziția comisiei de evaluare un plan concret de mobilizare detaliat, în sensul că, în cadrul anexei la angajament a tratat distinct fiecare etapă de desfășurare a contractului, respectiv perioada de mobilizare, existența și implicarea personalului cheie, cât și a altui personal tehnic necesar îndeplinirii obiectivului contractului, dotarea tehnică - utilaje și echipamente, tipul materialelor de construcții, respectiv că acestea vor fi aprovizionate numai de la furnizori agrementați și agreați pe piața construcțiilor și care pot furniza materialele necesare cu toate documentele de calitate impuse de prevederile legislative și documentele suport pentru resursele tehnice și profesionale.

Referitor la critica ce vizează nerespectarea cerințelor referitoare la duratele de execuție și planificarea lucrărilor impuse se precizează că, T... SRL a prevăzut activitățile și subactivitățile în conformitate cu tehnologia de execuție, încadrându-se în perioadele impuse.

Referitor la repartizarea activităților de drumuri în perioada de timp friguros, se subliniază că, ca așa cum a reținut Consiliul prin Decizia emisă, această perioadă este reglementată prin art. 14 - „Intarzierea, suspendarea și reluarea execuției lucrărilor” din cadrul modelului de contract.

Contrar celor susținute de contestator, autoritatea contractantă precizează că nu poate fi acceptat graficul prezentat de ... SRL pentru că „au fost repartizate anumite activități în alte perioade decât cele

impuse prin indicatorii de performanță", nefiind respectate cerințele caietului de sarcini, așa cum a reținut și Consiliul în decizia sa.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă apreciază criticile ca fiind lipsite de argumente tehnice și legale.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele emise ulterior deciziei CNSC nr.

Având în vedere că ... SRL a înțeles să solicite suspendarea soluționării contestației în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea plângerii pe care a înțeles să o formuleze împotriva deciziei CNSC nr. ..., plângere care a format obiectul dosarului nr. 6720/2/2021, înregistrat pe rolul Curții de Apel București, Consiliul, cu respectarea principiilor contradictorialității și dreptului la apărare, a emis Încheierea nr. ...27.10.2021, prin care a admis cererea formulată de contestator și a dispus suspendare soluționării contestație până la soluționarea plângerii formulată de acesta.

Constatând, din consultarea informațiilor existente pe site-ul Curții de Apel București, că dosarul susmenționat a fost soluționat, în sensul respingerii căii de atac, Consiliul a repus pe rol cauza de față, prin emiterea Încheierii nr.

În perioada de suspendare a soluționării cauzei, la dosar s-a primit cererea de intervenție voluntară înregistrată la CNSC sub nr. 56607/28.11.2021, prin care T... SRL a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție, respingerea, pe cale de excepție, a contestației formulată de ... SRL, ca inadmisibilă, iar pe fondul cauzei, ca nefondată, obligarea contestatorului la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, precum și accesul la dosarul cauzei, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În susținerea excepției inadmisibilității contestației, intervenientul precizează că, din informațiile existente pe portalul Consiliului, reiese că ... SRL nu a constituit cauțiunea, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, potrivit dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, intervenientul prezintă argumente în susținerea caracterului inacceptabil al ofertei depusă de ... SRL, apreciind că, în etapa de reevaluare a ofertei, autoritatea contractantă a respectat întru-totul dispozițiile deciziei CNSC nr. ..., prin prezenta contestație fiind reiterate apărările expuse în cererea de intervenție, formulată ca urmare a contestației depusă de T... SRL, evocând aspecte ce au fost deja analizate de către Consiliu, nemaiputând face în acest sens obiectul unei noi analize.

Astfel, intervenientul subliniază că ... SRL nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței minime de calificare privind experiența similară (cerințele pct. III. 1.3. a din fișa de date), iar în ceea ce privește duratele de execuție și planificare a lucrărilor, nu a respectat cerințele

impuse de către autoritatea contractantă prin documentație de atribuire.

Criticile ce vizează neconformitatea ofertei depusă de T... SRL sunt, în opinia intervenientului, nefondate având în vedere faptul că oferta sa îndeplinește toate cerințele impuse de către autoritatea contractantă, fiind înaintate toate înscrisurile solicitate.

Cu privire la susținerea neconcludenței răspunsurilor la solicitarea de clarificări raportat la implicarea terțului susținător, intervenientul precizează, contrar susținerilor constatorului, faptul că a prezentat informații provenite inclusiv de la terțul susținător în care acesta expune modalitatea efectivă în care se va implica în ducerea la îndeplinire a contractului de achiziție publică dacă ofertantul nu va fi în măsură să îl execute.

De asemenea, intervenientul susține că ofertele sale respectă întru-totul documentația de atribuire referitoare la duratele de execuție și planificarea lucrărilor, astfel cum au fost impuse de către autoritatea contractantă.

Concluzionează intervenientul că, în mod corect și legal, autoritatea contractantă a înțeles să exercite o evaluare efectivă a ofertelor sale, reținând conformitatea acestora, comisia de evaluare îndeplinind atribuțiile impuse de prevederile art. 133 din H.G. nr. 395/2016.

În drept, se invocă prevederile art. 17 alin.3 din Legea nr. 101/2016.

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

Urmare a repunerii pe rol a prezentei cauze, în temeiul dispozițiilor art. 15 alin. (1) coroborat cu art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a pus în discuția părților, din oficiu, excepția lipsei de interes a ... SRL în formularea contestației, raportat la dispozițiile art. 3 alin. (3) din lege.

Prin notele scrise nr. 616/18.11.2021, înregistrate la CNSC sub nr. 60306/18.11.2021, T... SRL a solicitat admiterea excepției lipsei de interes a contestatorului având în vedere că oferta depusă de ... SRL a fost respinsă, în mod corect, ca inacceptabilă și neconformă, decizia Consiliului rămânând definitivă ca urmare a respingerii plângerii formulată de contestator.

Prin notele scrise nr. 2251/17.11.2021, înregistrate la CNSC sub nr. 60308/18.11.2021, ... SRL a solicitat respingerea excepției lipsei de interes având în vedere calitatea sa de persoană vătămată în sensul prevederilor Legii nr.101/2016 și interesul său în promovarea contestației raportat la prevederile art. 1 alin. (3) și art. 2 lit. a) din Directiva nr. 89/665, art. 2 alin. (1) și art. 3 din Legea nr. 101/2016, în opinia sa, oferta nefiind respinsă definitiv din cadrul procedurii de atribuire.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, ... SRL precizează că a făcut dovada constituirii cauțiunii în conformitate cu

prevederile art.61¹ din Legea nr.101/2016, fiind depuse la dosar recipisele de consemnare nr.207584210/1/19.10.2021 și nr.207584182/1/19.10.2021, motiv pentru care solicită respingerea excepției.

Prin adresa nr. 28278/18.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 60406/18.11.2021, ... a solicitat admiterea excepției lipsei de interes a contestatorului având în vedere atât decizia CNSC nr. ..., cât și hotărârea Curții de Apel București pronunțată în dosarul nr.6720/2/2021, fiind incidente prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 2267/19.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 60860/22.11.2021, ... SRL a solicitat Consiliului să pună în vedere autorității contractante să depună la dosarul cauzei oferta depusă de T... SRL împreună cu solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea.

Analizând această ultimă cerere formulată de contestator, Consiliul o va respinge având în vedere că la dosarul cauzei se regăsesc probele necesare soluționării cauzei.

Relativ la cererea de intervenție formulată de T... SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 496/12.10.2021, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare.

În sensul că ofertanții declarați câștigători nu pot formula decât intervenție accesorie în favoarea achizitorului, s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind decizia civilă nr.2760/28.06.2012, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a decis și că, în mod corect, Consiliul a procedat la recalificarea cererii de intervenție ca fiind în interesul autorității contractante, iar nu în interes propriu, dar și decizia nr.4438/26.05.2014, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, decizia nr.2513/31.03.2014, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia și decizia nr.3384/R-CONT/05.09.2014, pronunțată de Curtea de Apel Pitești.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, organizată pe loturi, a contractului de lucrări având ca obiect „**Execuție lucrări pentru realizarea obiectivului de investiții «Reabilitarea și modernizarea rețelei stradale în ...: strada»**”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. .../29.04.2021.

Valoarea estimată a contractului este de 17.901.228,71 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent lotului 1 – „...” și lotului 2 – „...”, materializat în cadrul raportului procedurii nr.245/20.08.2021, prin care a fost desemnată câștigătoare a ambelor loturi oferta depusă de ... SRL, a depus contestație T... SRL, clasat pe locul 2, soluționată prin decizia CNSC nr.

Împotriva deciziei arătate, a formulat plângere ... SRL, soluționată de Curtea de Apel București, prin Hotărârea nr. 2366/11.11.2021, în sensul respingerii căii de atac, ca nefondată.

Continuând procedura de atribuire, ulterior deciziei Consiliului și în aplicarea acesteia, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. 496/12.10.2021, prin care a desemnat câștigătoare a ambelor loturi contestate, oferta depusă de T... SRL.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, ... SRL a depus contestația de față, constituind cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

Față de prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care statuează și asupra ordinii de soluționare a excepțiilor, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției inadmisibilității contestației, invocată de intervenientul T... SRL și, mai apoi, asupra excepției lipsei de interes, invocată din oficiu, în raport cu prevederile art. 3 alin. (3) din același act normativ.

I. Excepția inadmisibilității contestației va fi respinsă având în vedere că la dosar se regăsește dovada constituirii cauțiunii în termenul și cuantumul stabilit de lege, respectiv recipisa de consemnare nr. 207584182/2/19.10.2021, în cuantum de 88.000,00 lei – aferentă lotului 1 și recipisa de consemnare nr. 207584210/2/19.10.2021, în cuantum de 88.000,00 lei – aferentă lotului 2, emise de CEC-BANK – Sucursala Alexandria, depuse în original.

II. Excepția lipsei de interes a ... SRL în formularea contestației va fi admisă, din următoarele considerente:

Prin raportul procedurii nr. 496/12.10.2021, autoritatea contractantă a respins oferta depusă de ... SRL, ulterior deciziei CNSC nr. ..., în care s-a dispus:

Admite contestația depusă de T... SRL, în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii de atribuire nr. 245/20.08.2021, în partea care privește evaluarea ofertei depusă de ... SRL, precum și actele subsecvente părții anulate.

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

În pronunțarea acestei soluții, Consiliul a avut în vedere următoarele:

T... SRL critică decizia de desemnare a ofertei câștigătoare a loturilor 1 și 2, depusă de ... SRL, susținând că este nelegală, deoarece autoritatea contractantă nu a efectuat o verificare efectivă a propunerii tehnice depuse de ofertantul menționat și nici a propunerii financiare.

În analiza temeiniciei primului considerent de pretinsă nelegalitate subsumat categoriei de critici vizând propunerea tehnică a ofertantului câștigător, constituit de susținerea contestatorului conform căreia ofertantul menționat a prezentat răspunsuri neconcludente la solicitarea de clarificări vizând modul concret în care va interveni terțul susținător, ceea ce atrăgea incidența dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, Consiliul reține, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, că autoritatea contractantă a transmis ... SRL adresa de clarificări 13917/04.06.2021 (afărent lotului 1) și adresa de clarificări nr.13928/04.06.2021 (afărent lotului 2), având un conținut similar, prin care a solicitat, printre altele, următoarele: (...)

Prin adresele nr.233/09.06.2021 și nr.232/09.06.2021, ... SRL a prezentat răspunsul: (...)

Anexat răspunsurilor se regăsesc depuse următoarele documente ale terțului susținător ...SRL:

- Lista lucrărilor executate în cursul ultimilor 5 ani;
- Declarație privind modalitatea de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale;
- Registrul imobilizărilor la data de 31.05.2021;
- Registru salariați la data de 03.06.2021.

Susține contestatorul, contrar opiniei autorității contractante, că răspunsurile nu sunt concludente, deoarece nu prezintă în niciun fel modul concret în care va interveni terțul susținător în situația în care ofertantul va întâmpina dificultăți.

Din documentele depuse de ... SRL la data limită de depunere a ofertelor, rezultă că acest ofertant a indicat operatorul economic ...SRL drept terț susținător al experienței similare, în cazul ambelor loturi, sens în care a prezentat DUAE și Angajamentul privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici – Formularul 2.

Problema care se impune a fi dezlegată în speța de față este aceea dacă răspunsul la solicitări și documentele însoțitoare sunt îndestulătoare pentru a concluziona că ofertantul câștigător a dovedit modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament.

În soluționare se observă că, în ceea ce privește terțul susținător, autoritatea contractantă a stabilit la nivelul fișei de date, cap. III.1.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, după cum urmează: (...)

Incidente cauzei dedusă judecătii vor fi reținute următoarele dispoziții legale:

- Legea nr. 98/2016: (...)
- HG nr. 395/2016: (...)

Se observă că ofertantul ... SRL a apelat la *susținerea tehnică și profesională* (experiența similară) a terțului susținător –...SRL, pentru care a înaintat autorității contractante, DUAE și *angajamentul ferm privind susținerea tehnică și profesională*, în forma prezentată de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire.

Urmare a solicitărilor de clarificări, terțul susținător a prezentat o serie de înscrisuri care atestă deținerea de resurse tehnice materiale/umane, dar și înscrisul „*Declarație privind modalitatea de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale*”, în care a precizat că va respecta în totalitate angajamentul depus în cadrul documentelor de calificare, în sensul că „(...) *în momentul în care operatorul principal ... SRL va întâmpina dificultăți de natură tehnică/profesională în derularea contractului (...), vom fi în măsură să le acordăm sprijin pentru îndeplinirea la timp a termenelor și activităților din contract.*”

Din coroborarea dispozițiilor legale anterior citate rezultă că autoritatea contractantă era ținută să analizeze răspunsul ofertantului și să stabilească, inclusiv, în ce măsură acesta demonstrează modul efectiv în care se va materializa susținerea acordată de terț, ofertantului.

Însă, așa cum subliniază și contestatorul, din niciun document nu rezultă modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Astfel, din documentele prezentate de ofertantul câștigător, atât la data limită de depunere a ofertelor, cât și cu ocazia răspunsurilor la clarificări, Consiliul reține că acesta nu a reușit să furnizeze autorității contractante niciun document care să releve modalitatea efectivă în care terțul se va implica în ducerea la îndeplinire a contractului de achiziție dacă acesta nu va fi în măsură să-l execute. După cum s-a reținut mai sus, autoritatea contractantă a cerut ca, odată cu DUAЕ, să se prezinte atât angajamentul ferm al terțului susținător, cât și documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere.

Un asemenea document, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea angajamentului de susținere, nu a fost prezentat nici pe calea răspunsului la clarificări, deși prin solicitarea de clarificări s-a cerut explicit *„Descrierea modalității concrete de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, sau modul concret în care în care va interveni terțul în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului”*).

Înscrisul *„Declarație privind modalitatea de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale”*, deși conține declarația terțului susținător în sensul asumării obligației de a acorda sprijin pentru *„îndeplinirea la timp a termenelor și activităților din contract”*, ca și celelalte înscrisuri care demonstrează deținerea unor resurse materiale/umane, nu sunt relevante, deoarece nu demonstrează modul efectiv în care terțul susținător se va implica în executarea contractului.

Prin urmare, Consiliul reține că, prin documentele transmise autorității contractante, ofertantul câștigător nu a demonstrat că terțul susținător va desfășura efectiv lucrările pentru care acordă susținere.

Relevanță prezintă argumentele legiuitorului de modificare a prevederilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin O.U.G. nr. 107/2017, în Nota de fundamentare a acestui act normativ, modificarea art. 182 alin. (2) fiind justificată prin faptul că: (...)

Prevederile **art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE**, prevăd următoarele: (...)

În aceste condiții, rezultă că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează *„experiența profesională relevantă”* (având în vedere argumentele expuse anterior – *„experiența similară”*) **trebuie să execute efectiv activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.**

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, Consiliul constată că experiența similară privind execuția de lucrări de reabilitare și modernizare rețele stradale solicitată prin fișa de date a achiziției, reprezintă *„experiența profesională relevantă”* la care se face referire în art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel că terțul susținător invocat pentru îndeplinirea acestei capacități tehnice ar fi

trebuit să execute efectiv lucrările în legătură cu care a prezentat angajamentul de susținere.

În cauza **C 324/14**, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z o.o., MR Road Servi-ce sp. z o.o., **CJUE** s-a pronunțat astfel: (...)

În concluzie, Consiliul apreciază că, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, ofertantul trebuia să prezinte și documente din partea terțului susținător din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere, cum, de altfel, i s-a solicitat prin adresa de clarificări, iar comisia de evaluare era ținută să verifice cele prezentate, având în vedere că dovada nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, terțul neavând numai atribuții declarative.

Relevanță prezintă și practica judiciară constată în sensul de mai sus, instanța de judecată statuând printr-o decizie recentă, pronunțată într-o speță similară, că: (...)

Așadar, nici în optica instanței de judecată prezentarea de documente privind resursele materiale și umane deținute, ceea ce a fost prezentat și în speța de față, nu prezintă relevanță.

Prin urmare, determinând că nu se putea reține concludența răspunsului ofertantului câștigător, critica contestatorului, din acest punct de vedere, este apreciată de Consiliu ca întemeiată, autoritatea contractantă nefăcând o evaluare efectivă a realității susținerii terțului, pentru capacitatea ofertantului, în raport cu tipul cerinței pentru care a înțeles să se implice în procedura de atribuire, întrucât modul de punere în practică a angajamentului de susținere, declarat de terțul susținător, nu relevă efectivitatea susținerii experienței similare.

În sensul celor expuse anterior, este Decizia civilă nr. 353/17.03.2020 și Decizia nr. 1481/22.06.2021, pronunțate de Curtea de Apel București.

Următoarea critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului, constă în faptul că ofertantul câștigător nu a respectat cerințele documentației de atribuire, respectiv cerința privind dotarea echipamentului cameră video CCTV cu heater, dar și că revenirea cu o nouă solicitare de clarificări a avantajat ofertantul în discuție.

Observă Consiliul că autoritatea contractantă nu contestă situația ofertei desemnată câștigătoare așa cum este expusă de contestator, însă susține că soluția tehnică propusă de ... SRL este una superioară.

În soluționare, Consiliul reține că, în cazul lotului 2, autoritatea contractantă a solicitat în cadrul Fișei tehnice nr. 6, aferentă camerei video CCTV, la pct. 2, „*consum maxim 38W (IR pornit, heater pornit)*”, în timp ce ... SRL a indicat în propunerea tehnică „*Consum maxim 31W (IR pornit, nu este dotată cu heater)*”.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă a transmis ... SRL, cu privire la specificația tehnică menționată, următoarele solicitări de clarificări:

- adresa nr. 16868/09.07.2021, prin care a cerut, printre altele: (...)
răspunsul ofertantului, transmis cu adresa nr. 277/12.07.2021, fiind în sensul că nu s-a solicitat o modalitate anume de dotare cu heater a camerei, astfel că cerințele impuse sunt respectate.

- adresa nr. 17462/15.07.2021, prin care s-a cerut, printre altele: (...)
răspunsul ofertantului, transmis cu adresa nr. 288/16.07.2021, fiind: (...)

Anexat răspunsului se regăsește înscrisul Clarificare ... – Fișa tehnică nr. 6, având conținutul: (...)

..., reține Consiliul, este furnizorul echipamentului, așa cum ... SRL a declarat în propunerea tehnică și, totodată, cel care a elaborat Proiectul tehnic de specialitate pus la dispoziție de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, și inclusiv Fișa tehnică nr. 6.

Analizând documentația de atribuire, demersurile de clarificare întreprinse de autoritatea contractantă și cele concluzionate de aceasta față de oferta desemnată câștigătoare, Consiliul nu achiesează susținerilor contestatorului.

Astfel, față de conținutul specificației tehnice în discuție, așa cum părțile cauzei recunosc că se regăsește în Fișa tehnică nr. 6, Consiliul reține că autoritatea contractantă a impus ofertanților ca echipamentul cameră video CCTV să aibă un consum maxim de 38W în varianta constructivă (*IR pornit, heater pornit*), specificație tehnică respectată de echipamentul oferat de ... SRL, însă în varianta constructivă IR pornit, dar fără componenta heater, răcirea, conform răspunsului ofertantului, realizându-se printr-o soluție tehnică echivalentă, superioară după cum susține furnizorul echipamentului, prin miniventilatoare și circuite electrice.

Specificația tehnică cu caracter obligatoriu este constituită, în opinia Consiliului, de valoarea reprezentând consumul camerei, respectată de ofertantul câștigător și nicidecum de dotarea camerei cu heater, așa cum susține contestatorul.

Această concluzie este întărită de împrejurarea că nicăieri în caietul de sarcini nu s-a solicitat dotarea camerei cu heater, singura informație legată de această componentă fiind prevăzută în fișa tehnică susmenționată, însă de maniera arătată. Nici contestatorul nu indică acea parte a documentației de atribuire unde, separat de specificația tehnică de mai sus, s-ar fi solicitat explicit dotarea camerei video cu heater.

Chiar și în situația în care s-ar considera că ofertanții aveau obligația de dotare a camerei cu heater, relevante se rețin a fi următoarele prevederi ale caietului de sarcini: (...)

precum și cu prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016 care dispun în sensul că: (...)

Observă Consiliul că, pe lângă documentul emis de furnizorul camerei ..., anexat răspunsului la clarificări nr. 288/16.07.2021, ... SRL a prezentat anexat cererii de intervenție înscrisul „*Document înștiințare*” emis de producătorul camerei video, care atestă că soluția propusă îndeplinește în totalitate cerințele din documentația de atribuire, având parametri tehnici superiori.

Raportat la prevederile legale susenunțate, documentul arătat este, în opinia Consiliului, de natura unui mijloc adecvat de probă a superiorității soluției propuse de ofertantul câștigător, în sensul art. 158 coroborat cu art. 159 din Legea nr. 98/2016.

În acest context, deși nu a fost în posesia și a acestui ultim document, concluzia autorității contractante este una corectă în ceea ce privește admisibilitatea ofertei câștigătoare prin prisma specificației tehnice în discuție.

Neîntemeiată, în opinia Consiliului, este și critica contestatorului legată de solicitările de clarificări adresate ofertantului câștigător, câtă vreme, deși cele două clarificări mai sus menționate s-au referit la aceeași specificație tehnică, obiectul lor a fost unul diferit.

Într-adevăr, practica CNSC și a instanțelor de judecată este constată în a sancționa comportamentul autorității contractante de a reitiera identic o solicitare de clarificare anterior transmisă, însă nu este cazul speței de față.

Legat de răspunsurile la clarificări, nu poate fi reținută nici susținerea contestatorului conform căreia ofertantul câștigător și-ar fi modificat prin cel de al doilea răspuns la clarificări răspunsul precedent, deoarece prin cel de al doilea răspuns ofertantul câștigător a detaliat soluția propusă, la solicitarea autorității contractante, diferit de primul răspuns prin care a arătat că dotarea cu heater a camerei video nu era obligatorie.

Având în vedere că argumentele analizate nu au fost de natură a invalida decizia de atribuire a contractului, criticile contestatorului se vădesc a fi nefondate, astfel că vor fi respinse.

Următoarea critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului constă în nerespectarea de către ofertantul câștigător, prin propunerea tehnică depusă, a perioadelor impuse pentru desfășurarea activităților.

În soluționare, Consiliul reține că la cap. 10.2.1 – „*Planul de lucru/rezultate așteptate/perioade de desfășurare activități/monitorizare*” din caietul de sarcini, au fost impuse duratele de execuție a activităților, precum și planificarea acestora, sub formă tabelară, cerințe reiterate la cap. 10.2.2 – „*Indicatori de performanță*” imediat următor, sub formă de text, de maniera următoare (cu titlu exemplificativ): (...)

De asemenea, în cadrul Fișei de date la pct. IV.4.1) - „*Modul de prezentare al propunerii tehnice*”, autoritatea contractantă a solicitat în mod expres: (...)

Din analiza cerințelor documentației de atribuire mai sus menționate, rezultă că ofertanții aveau obligația de a respecta în totalitate cerințele legate de durata finală de execuție, de 12 luni, dar și pe cele aferente fiecărei activități, în speță durata și planificarea aferentă execuției fiecărei străzi. Ca lucrurile stau așa rezultă fără dubiu din utilizarea imperativului „va fi realizat”.

Prevederile susmenționate ale documentației de atribuire nu au fost contestate în termenul legal, astfel că au devenit obligatorii atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă.

Or, așa cum corect susține contestatorul, prin propunerea tehnică depusă (în cazul ambelor loturi), ... SRL nu a respectat duratele de execuție și planificarea lucrărilor impuse de autoritatea contractantă, după cum și recunoaște, aspect pe care nici autoritatea contractantă nu-l susține și cu privire la care a și înțeles să solicite ofertantului menționat clarificări.

Prin adresele nr. 276/12.07.2021 și nr. 277/12.07.2021, ... SRL a justificat modalitatea de ofertare adoptată prin referire la perioadele de timp friguroase, funcție de care a planificat activitățile și duratele lor, răspunsuri care au fost considerate concludente de autoritatea contractantă.

Consiliul nu poate reține întemeiată concluzia autorității contractante față de cerințele susenunțate, dar și modelul de contract anexat documentației de atribuire, care la art.14 – „*Întârzierea, suspendarea și reluarea execuției lucrărilor*”, conține reglementarea situației apariției unor condiții climaterice nefavorabile execuției lucrărilor, reglementare care întărește, odată în plus, caracterul obligatoriu al duratelor de execuție și planificării stabilite de autoritatea contractantă.

În acest context argumentele autorității contractante nu pot fi primite, libertatea ofertanților de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii, ca și de a-și crea propria strategie, fiind limitată de constrângerile documentației de atribuire, în speță de respectarea celor impuse prin aceasta în privința planificării activităților.

Argumentele intervenientului, de asemenea, nu pot fi primite susținerea conform căreia prevederile contractului devin aplicabile după semnarea lui fiind nefondată, deoarece oferta, alcătuită din propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările, alături de caietul de sarcini și clarificările acestuia, devin anexe ale contractului astfel cum stipulează prevederile art. 147 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Dacă aprecia că documentația de atribuire este nelegal întocmită sub aspectul duratelor de execuție și planificării stabilite, în sensul în care nu ține seama de perioada de timp frigos, ... SRL avea deschisă calea de atac a contestației, demers în lipsa căruia îi revenea obligația de a se conforma cerințelor impuse.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 127 alin. (1) H.G. nr. 395/2016, Consiliul constată că verificarea propunerii tehnice a ofertantului câștigător nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare sunt întemeiate, urmând a fi admise.

În ceea ce privește ultima critică din contestație, legată de propunerea financiară a ofertantului câștigător, Consiliul nu va mai proceda la analiza ei, deoarece, oricare ar fi rezultatul acestei analize, soarta ofertei depusă de ... SRL, aceea de ofertă care nu se încadrează în categoria celor admisibile, nu poate fi schimbată.

Așadar, în aplicarea deciziei Consiliului, în cadrul reevaluării la care a fost obligată, autorității contractante îi revenea sarcina de a respinge oferta contestatorului, în cazul ambelor loturi, ceea ce s-a și întâmplat, oferta ... SRL fiind respinsă, prin raportul procedurii nr. 496/12.10.2021, ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Nu a stabilit nicăieri Consiliul în cadrul deciziei pronunțate vreo obligație a autorității contractante de a solicita clarificări ... SRL, așa cum susține acesta.

Cele statuate prin decizia citată, puteau fi infirmate doar pe calea de atac a plângerii, cale de atac care a fost promovată de ... SRL dar fără vreun succes.

Astfel, decizia Consiliului, prin care s-au stabilit cele de mai sus, a rămas definitivă prin respingerea, de către Curtea de Apel București, a

plângerii formulată de ... SRL, situație în care, la data formulării prezentei contestații, oferta depusă de contestator era respinsă din procedură, în mod definitiv, decizie asupra căreia nu se mai poate reveni.

În condițiile în care legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului nu mai poate fi pusă în discuție, această decizie fiind una definitivă, Consiliul, analizând interesul contestatorului de a ataca decizia de respingere a ofertei sale și decizia de desemnare a ofertei câștigătoare, materializate în raportul procedurii nr. 496/12.10.2021, reține dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cu care:

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

La art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, este definită noțiunea de „*persoană care se consideră vătămată*”, ca fiind:

(...) orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- (i) are sau a avut un **interes** în legătură cu o procedură de atribuire; și
- (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

În doctrină s-a arătat că, *prin interes, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale.*

Existența interesului este o condiție necesară promovării unei cereri în justiție, astfel cum impune art. 32 alin. (1) din noul C. proc. civ., conform căruia orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;
- b) are calitate procesuală;
- c) formulează o pretenție;
- d) **justifică un interes.**

Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute expres la art.33 din noul C.proc.civ, respectiv *Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.*

Interesul este legitim când nu contravine legii sau regulilor de conviețuire socială. În legătură cu această cerință, se arată că interesul trebuie să fie și juridic, ceea ce înseamnă că un interes pur economic (ex: dorința unui comerciant de a elimina concurența pe o anumită piață relevantă) sau pur teoretic nu justifică exercitarea acțiunii civile.

Prin interes născut și actual se înțelege interesul care există în momentul în care se exercită acțiunea civilă (forma procedurală concretă) în sensul în care partea s-ar expune unui prejudiciu numai

dacă nu ar recurge în acel moment la acțiune (în forma concretă de manifestare a acțiunii).

În speța de față, ... SRL nu are interes, iar interesul invocat de acesta nu este actual și legitim.

Astfel, prin promovarea demersului de față, ... SRL nu poate obține atribuirea contractului, întrucât oferta sa nu poate fi desemnată câștigătoare, fiind una care nu se încadrează în categoria celor admisibile, astfel cum s-a statuat, în mod definitiv, prin decizia nr. ..., care se bucură de autoritate de lucru judecat.

Dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, stabilesc că:

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

În aceste condiții, reține Consiliul, ... SRL nu mai este operator economic implicat în procedura de atribuire, excluderea sa fiind definitivă, după cum reglementează textul de lege susenunțat.

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

Situația dedusă judecății, observă Consiliul, nu se circumscrie celei analizate prin HOTĂRÂREA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE (Camera a zecea), în cauza C-100/12, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia), prin decizia din 25 ianuarie 2012, primită de Curte la 24 februarie 2012, în procedura Fastweb SpA împotriva Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, cu participarea Telecom Italia SpA, Path-Net SpA, unde concluziile au fost următoarele:

Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că, dacă, în cadrul unei proceduri privind o cale de atac, adjudecatarul, care a obținut contractul și a formulat o cale de atac incidentă, ridică o excepție de inadmisibilitate întemeiată pe lipsa calității procesuale active a ofertantului care a

formulat această cale de atac pentru motivul că oferta pe care acesta din urmă o prezentase ar fi trebuit să fie înlăturată de autoritatea contractantă din cauza neconformității sale cu specificațiile tehnice definite de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, dispoziția menționată se opune ca această cale de atac să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate menționate fără o pronunțare cu privire la conformitatea cu respectivele specificații tehnice atât a ofertei adjudecatarului, care a obținut contractul, cât și a celei a ofertantului care a formulat calea de atac principală.

În această cauză, cei doi ofertanți ai procedurii au introdus căi de atac concomitent, prin care urmăreau excluderea lor reciprocă.

Aceeași situație se regăsește și la nivelul cauzei C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE) împotriva Airgest SpA.

Situația de fapt existentă în speța de față este, însă, diferită de cea expusă în deciziile CJUE ante-citate, constatându-se că, la momentul soluționării contestației în fața Consiliului, oferta contestatorului (fostul câștigător) este respinsă/exclusă în mod definitiv, deoarece, la momentul depunerii contestației, decizia de respingere a ofertei sale nu mai poate face obiectul unei căi de atac, regăsindu-ne în ipoteza tezei finale a art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, astfel că autorul contestației nu mai are niciun interes în susținerea criticilor referitoare la evaluarea ofertei sale și a contracandidatului său.

Este lipsit de relevanță că aceasta a avut anterior un interes în cadrul procedurii, în calitate sa de ofertant, câtă vreme soluția de respingere a propriei oferte este una definitivă.

Noul rezultat al procedurii, care, consideră contestatorul, ar fi condus la nașterea dreptului său de contestare, este doar rezultatul punerii în aplicare a celor dispuse de CNSC, în virtutea caracterului obligatoriu de care se bucură decizia Consiliului, rămasă definitivă prin menținerea ei de către Curte, drept care, câtă vreme el respectă cele stabilite de organismul de control, nu se poate considera că momentul emiterii lui este data la care contestatorul a cunoscut faptul că oferta sa este respinsă.

Condiția ca un ofertant să nu fi fost exclus definitiv din procedură și, astfel, recunoașterea unui interes în promovarea căii de atac a contestației, rezidă și din cauza C-131/16, Archus și Gama, unde instanța de la Luxemburg a reținut următoarele:

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

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33,

Editie specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

(...)

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

55 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, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

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

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

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

Calea de atac, la care face referire teza finală a art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, nu trebuie să fie exercitată în mod formal, ci este necesar ca ea să fie în măsură să permită analizarea, pe fond, a aspectelor reclamate.

Ori, repunerea în discuție într-o altă procedură judiciară a acelorași cereri și în contradictoriu cu aceleași părți ar însemna ignorarea efectelor juridice a primei hotărâri și menținerea pe termen nelimitat a unui conflict între părți, ceea ce ar afecta grav siguranța raporturilor juridice civile și încrederea în sistemul judiciar.

În acest sens, este și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, în care se reține în mod constant că dreptul la un proces echitabil garantat de art. 6 § 1 trebuie interpretat prin prisma principiului preeminenței dreptului ca element al patrimoniului comun al statelor semnatare ale Convenției, principiu enunțat în preambulul Convenției. Astfel, unul dintre elementele fundamentale ale principiului preeminenței dreptului este principiul securității raporturilor juridice, care presupune, printre altele, ca soluțiile definitive date de instanțele judecătorești să nu mai poată fi rediscutate (Brumărescu c. României, § 61 publicat în M. Oficial nr. 758 din 28 noiembrie 2001).

La fel, în cauza Amurăriței c. României, prin Hotărârea pronunțată în data de 23.09.2008, Curtea Europeană a mers mai departe, arătând că instanțele trebuie să țină cont chiar și de constatările de fapt din procedurile judiciare anterioare finalizate prin hotărâri definitive, și să nu le mai repună în discuție într-o nouă procedură, ba mai mult, în funcție de particularitățile cauzei, trebuie să analizeze și posibilitatea ca în anumite situații, constatările din hotărârile judecătorești să poată fi opuse chiar și terților (§ 31-38).

Așa fiind, se constată că, în speță, nu este îndeplinită condiția cumulativă a existenței interesului, prevăzută la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, și, totodată, nici cea de a doua condiție, a cauzării unui prejudiciu contestatorului ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce ... SRL are calitatea de ofertant exclus definitiv din procedură, astfel că nu poate obține, în actuala procedură, beneficiul atribuirii contractului.

Cum oferta contestatorului nu este admisibilă, acesta nu riscă să suporte un prejudiciu actual ca urmare a desemnării ofertei depusă de T... SRL drept câștigătoare, deoarece respingerea acestei oferte nu ar determina atribuirea contractului către contestator.

În acest context, criticile contestatorului referitoare la decizia de respingere a ofertei sale și de atribuire a contractului, urmează a fi înlăturate, față de cele statuate de Consiliul în decizia nr. ..., menținută de Curtea de Apel București prin Hotărârea nr. 2366/11.11.2021, autoritatea contractantă procedând în mod corect la reevaluarea ofertelor cu consecința respingerii ofertei contestatorului.

Astfel fiind, Consiliul, stabilind că în cauza supusă soluționării ... SRL nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, va admite excepția lipsei de interes a ... SRL în formularea contestației, și va respinge contestația, ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes.

Față de soluția prefigurată, Consiliul va admite cererea de intervenție în interesul autorității contractante, formulată de ... SRL.

Cu privire la cererea de obligare a contestatorului la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, Consiliul o va respinge având în vedere, pe de o parte, faptul că nu este dovedită, iar, pe de altă parte, faptul că intervenientul accesoriu, deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, totuși nu invocă o

pretenție proprie în proces pentru a deveni „*parte care câștigă procesul*”, ci sprijină numai apărarea uneia dintre părți, astfel că acesta nu poate obține obligarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată, acest drept revenind doar părții în favoarea căreia s-a intervenit. În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr. 1098/01.03.2012, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr. 4599/CA/2013 R/18.12.2013, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, decizia civilă nr. 1464/21.03.2013, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, decizia nr. 861/13.09.2016, pronunțată de Curtea de Apel Suceava.

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 excepția inadmisibilității contestației, invocată de... SRL.

Admite excepția lipsei de interes a ... SRL în formularea contestației și, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de ... SRL, în contradictoriu cu ..., ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes.

Admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de ... SRL.

Respinge cererea intervenientului... SRL de obligare a contestatorului la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

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.

....