

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 428/19.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20273/20.04.2021, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva deciziei de declarare ca admisibilă a ofertei ..., decizie materializată în procesul-verbal nr. 3105/25.11.2020, elaborat de ..., cu sediul în Contestație, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică, ce are ca obiect: „*Planetariu hybrid 4k și filme documentare fulldome în cadrul proiectului: «a joint opened window to the universe mysteries»*”, s-a solicitat:

- admiterea prezentei contestații;
- obligarea autorității contractante la anularea deciziei de declarare a ofertei ... ca admisibilă și câștigătoare a procedurii;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și la continuarea procedurii în conformitate cu prevederile legale în vigoare aplicabile în materia achizițiilor publice.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 22678/04.05.2021, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. J40... având CUI R..., reprezentată legal de Octavian-Dragoș Brașov – administrator și convențional prin ... – Cabinet de avocat, cu sediul în ..., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, a solicitat, pe cale de excepție, respingerea contestației ca tardiv formulată, ca lipsită de interes sau, după caz, pentru autoritate de lucru judecat. Pe fond, a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ..., critică decizia autorității contractante de a declara admisibilă oferta depusă de ..., decizie materializată în procesul-verbal nr. 3105/ 25.11.2020, aspect de care contestatoarea susține că a luat la cunoștință la data de 08.04.2021, cu ocazia studierii dosarului Consiliului nr..., constituit ca urmare a contestației sale nr. 283/15.03.2021, soluționată prin decizia nr. ...12.04.2021. În susținerea interesului pe care consideră că îl are în prezenta contestație, contestatoarea invocă jurisprudența Consiliului precum și a instanțelor de

judecată care au apreciat că inclusiv ofertantul a cărui ofertă a fost respinsă definitiv are interesul de a critica oferta desemnată câștigătoare.

Pe fond, contestatoarea face un istoric al procedurii, arătând că, la data de 08.04.2021, în urma studierii la Consiliu a dosarului nr. 577/2021, a luat cunoștință de modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat oferta depusă de .., evaluare pe care o consideră nelegală. În susținere, contestatoarea apreciază că oferta menționată ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă, motivat de faptul că, prin intermediul răspunsurilor la solicitările de clarificări ofertantul ... și-a modificat conținutul ofertei.

În acest sens, face referire la faptul că, inițial, ... a declarat în cuprinsul ofertei sale tehnice că se obligă să înlocuiască produsele refuzate, pe cheltuiala sa, în maxim 60 de zile, în condițiile în care prin caietul de sarcini se prevedea un termen de 7 zile, și că, în urma solicitării de clarificări ce a vizat acest aspect, a invocat o eroare materială de tehnoredactare, precizând că, termenul respectiv este, de fapt, de 7 zile. În opinia contestatoarei, aceasta reprezintă o modificare a ofertei, motiv pentru care aceasta ar fi trebuit respinsă. De asemenea, contestatoarea invocă:

- incapacitatea ... de a executa contractul din cauză că nu deține personalul solicitat, aspect care rezultă din Lista cu personalul angajat care urmează a fi efectiv alocat pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică de la pagina 5 a ofertei tehnice. Persoanele menționate în lista respectivă nu sunt angajate ale ofertantului, ci ale terțului susținător și ale producătorului GOTO, cu care ... nu avea o relație contractuală/acord de subcontractare la data depunerii ofertelor, în contextul în care prin caietul de sarcini se solicită asigurarea întreținerii prin tehnicieni europeni abilitați de fabricant, ... a precizat în ofertă că SKYPOINT va asigura suportul tehnic principal, inclusiv în ceea ce privește forța de muncă și piesele, în condițiile în care nu avea o relație contractuală cu aceasta;

- s-a invocat că operațiunile de instalare, punere în funcțiune și testare vor fi efectuate cu terțul susținător, în condițiile în care acesta nu a fost declarat subcontractant;

- neconformitatea produsului Goto Pandia II;

- din oferta tehnică rezultă că ... a oferat modelul Digistar 6 al producătorului EVANS & SUTHERLAND COMPUTER CORPORATION, în condițiile în care pe pagina curentă a acestui producător respectivul model nu mai apare;

- nu sunt disponibile pe siteul producătorului documentații tehnice pentru echipamentele oferate, în condițiile în care ... în cadrul contestației depuse în anul 2020 împotriva deciziei autorității contractante de desemnare a ofertei AVITECH CO SRL ca fiind câștigătoare a procedurii;

- valorile stelelor, menționat în documentele Pandia II, este de aproximativ 9500 fără a putea fi dovedită cu material tehnic;

- nu s-a făcut dovada îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini privind 12 plăci imagistice exclusive, pentru asigurarea acurateței extreme a

magnitudinii și pentru proiectarea celor mai mici stele cu ajutorul unui sistem optic;

- neîndeplinirea cerinței: minim 21 de stele distincte proiectate prin tuburi LED, în policromie;

- neîndeplinirea cerințelor privind Pupitru consolă, Set 3 Cluster informatic hibrid fulldome, Rack tehnic echipament IT, sistem de operare Windows și Linux, baza de date a planetariului să includă minim baza de date cu planetele și planetele pitice, baza de date a sateliților artificiali ai Terrei: baza de date SPACETRAC care include peste 13000 de obiecte, baza de date ASTRON furnizată de Observatorul astronomic Lowell PESTE 400.000 de obiecte, baza de date a cometelor: furnizată de Jet Propulsion Laboratory și de NASA cu peste 3000 de comete, catalogul HIPPARCOS, baza de date 2DF: 2dfgrs, baza de date SDSS, baza de date WMAP, incinta sonoră subwoofer.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea consideră că oferta depusă de ... trebuie respinsă ca neconformă.

Prin punctul de vedere nr. 1059/26.04.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 22463/29.04.2021, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca tardivă a contestației ..., motivat de faptul că, prin raportare la actul atacat, contestația este depusă peste termenul legal de 10 zile prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Răspunzând punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea a transmis adresa nr. 467/28.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 22019/29.04.2021, prin care a solicitat respingerea excepției tardivității, invocată de autoritatea contractantă, motivat de faptul că termenul legal de 10 zile, trebuie calculat de la data luării la cunoștință a actului atacat, respectiv de la data de 08.04.2021.

Prin cererea de intervenție formulată, ... a invocat excepția tardivității contestației motivat de faptul că, în data de 04.03.2021 contestatoarea a recepționat prin SEAP, adresa 596 și raportul procedurii nr. 596/04.03.2021, prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii, luând la cunoștință de faptul că oferta fost declarată câștigătoare. Prin urmare, raportat la data de 04.03.2021, ultima zi în care putea fi contestat rezultatul procedurii a fost 15.03.2021.

De asemenea, s-a invocat excepția lipsei de interes în formularea contestației, motivat de faptul că oferta depusă de ... fost respinsă în mod definitiv. Prin urmare, în condițiile în care oferta ... a fost respinsă în mod definitiv din procedură, aceasta nu mai justifică un interes în a formula o contestație prin care să invoce modul de evaluare a ofertei .. În plus, contestația nu este îndreptată împotriva rezultatului procedurii, ci împotriva unui proces-verbal intermediar de evaluare, împrejurare care face contestația lipsită de finalitate practică.

Cu privire la excepția autorității de lucru judecat, invocă faptul că toate motivele invocate prin contestația prezentă au fost formulate în format

cvasi-identic, prin concluziile scrise depuse de ... la data de 12.04.2021 în cadrul dosarului nr. 577/C8/2021.

Pe fond, arată că procesul-verbal atacat prin prezenta contestație nu a fost anulat prin deciziile anterioare ale Consiliului și nici prin sentința civilă nr. 113/11.09.2020, pronunțată de Curtea de Apel Constanța – secția a II-a civilă în dosarul nr. 386/36/2021; reevaluarea dispusă prin aceste hotărâri a vizat exclusiv oferta contestatoarei

De asemenea, apreciază că sunt, în principal, tardive, criticile privind neconformitatea ofertei ... și, în subsidiar, nefondate, prezentând, pe larg, argumente în acest sens.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... a formulat cerere de intervenție prin care solicită Consiliului, respingerea contestației formulate.

Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul autorității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

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

... a inițiat o procedură de licitație deschisă organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică, ce are ca obiect: „Planetariu hybrid 4k și filme documentare fulldome în cadrul proiectului: «a joint opened window to the universe mysteries»”, estimată valoric la 853.034 euro, fără TVA, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1016664 din data de 07.11.2019.

Nemulțumită de modul de evaluare al ofertei ..., Consiliul constată că ... a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207152922/1, emisă de CEC Bank, în data de 21.04.2021, prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de 83.982,90 lei.

În cadrul acestei proceduri, Consiliul constată că au mai fost formulate două contestații:

- de către ..., ce a fost soluționată de CNSC, prin decizia nr. 1375/C8/1374 din data de 10.08.2020, în sensul admiterii: «Admite, în limita considerentelor de mai sus, contestația nr. 27926/13.07.2020, în contradictoriu cu Complexul Muzeal de Științe ale Naturii Constanța, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 1599/01.07.2020 și actele autorității contractante ulterioare lui, în partea care privește oferta SC Avitech Co SRL. Obligă autoritatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea acestei oferte (...) Obligă Complexul Muzeal de Științe ale Naturii Constanța la plata către SC Sky Professionals SRL a sumei de 5.000 de lei, reprezentând cheltuieli parțiale efectuate de aceasta pentru formularea și susținerea contestației. Încuviințează, în principiu, și

respinge, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 1114/23.07.2020, depusă de». Împotriva acestei decizii, părțile, respectiv ... și ..., au formulat plângeri ce au fost soluționate de Curtea de Apel Constanța prin sentința civilă nr. 113/CA/11.09.2020, pronunțată în dosarul nr. 386/36/2020, în sensul admiterii, în parte, a plângerilor formulate de ...: «(...) Modifică în parte decizia nr. 1375/C8/1374/10.08.2020 a CNSC. Obligă autoritatea contractantă ... la reclarificarea și reevaluarea ofertei tehnice depusă de ofertantul AVITECH Co SRL precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației incidente și a celor reținute în motivarea prezentei hotărâri. Menține celelalte dispoziții ale deciziei nr. 1375/C8/1374 (...)», reținând în soluționare următoarele: «(...) având în vedere aceste dispoziții legale față de situația de fapt mai sus redată s-a constatat că depunerea după expirarea termenului de depunere a ofertelor a completărilor privind numărul de stele, prin mențiunea expresă a completării acestora cu încă 5 stele proiectate prin auxiliare, care inițial nu au fost menționate în ofertă, nu se încadrează în noțiunea de viciu de formă, pentru că în realitate sunt informații prezentate pentru prima dată ca urmare a solicitării de clarificare, aceste informații nefiind de natură să corecteze sau să completeze alte informații preexistente cu privire la cerințele funcționale din caietul de sarcini. Includerea celor 5 stele peste cele oferite inițial nu au rol de clarificare sau de confirmare a unor informații preexistente, ci sunt susceptibile să confere apariția unui avantaj în favoarea ofertantei Avitech Co SRL, prin depunerea documentelor referitoare la includerea a încă 5 stele, ofertantul depunând în realitate o nouă ofertă, pentru că inițial aceste informații nu se găseau nicăieri în cuprinsul ofertei tehnice. Situația este oarecum asemănătoare și în cazul numărului de stele prin reprezentarea întregului cer, dat fiind că dovezile inițiale priveau doar 1.000.000 de stele (configurație implicită) nefiind nicăieri vreo mențiune a faptului că aceasta este o configurație minimală, pentru ca ulterior ca urmare a solicitării de clarificări să fie depuse documente în care la rubrica numărului de stele să apară mențiunea că acestea sunt peste un milion, opțiune pentru 40 milioane (...) în privința acestor aspecte, raportat la modalitatea în care entitatea contractantă a înțeles să solicite clarificări ofertantului Avitech Co SRL și să accepte aceste clarificări, curtea de apel a constatat încălcarea prevederilor legale care instituie principiile tratamentului egal și al nediscriminării ce trebuie să caracterizeze desfășurarea oricărei operațiuni în cadrul unui proces de achiziție publică. Depunând o ofertă incompletă și fiindu-i permis să completeze oferta după data limită de depunere, ofertantul câștigător a beneficiat de timp suplimentar pentru a-și pregăti oferta, în detrimentul celorlalți participanți, cu încălcarea principiilor sus enunțate. De asemenea nu a fost analizată oferta Avitech Co SRL din punct de vedere al conformității acesteia cu cerințele caietului de sarcini în ceea ce privește motivul referitor la

diametrul sferei (...) instanța constată că este în afara limitelor procedurii de atribuire și a celei de soluționare a plângerii și contestației invocarea la acest moment a superiorității produsului Ohira Tech Megastar Neo cu un diametru al sferei de 320 mm, așa cum a încercat intimata Avitech Co SRL (...) În ceea ce privește plângerea Avitech Co SRL dat fiind că potrivit considerentelor anterioare niciunul din motivele invocate nu sunt întemeiate, instanța va dispune respingerea acesteia ca nefondată (...)».

Prin Încheierea din data de 19.10.2020, Curtea de Apel Constanța a admis cererea de îndreptare a erorii materiale și a dispus îndreptarea erorii materiale din dispozitivul sentinței civile nr. 113/CA/11.09.2020, reținând că reevaluarea și reanalizarea la care a fost obligat Complexul Muzeal de Științe ale Naturii va privi și documentele de calificare.

- de către ..., ce a fost soluționată de CNSC, prin decizia nr. 744/C8/577/12.04.2021, în sensul respingerii: „Respinge, ca nefondată, excepția lipsei de interes a contestatoarei ..., invocată de intervenienta Respinge contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... ca nefondată. Admite, în parte, cererea de intervenție formulată de Respinge ca inadmisibilă cererea intervenientei privind acordarea cheltuielilor de judecată”. Împotriva acestei decizii, ... a formulat plângere ce a fost respinsă, ca nefondată, de Curtea de Apel Constanța prin sentința civilă nr. 111/07.06.2021, pronunțată în dosarul nr. 191/36/2021.

Totodată, prin Încheierea nr. 1310/C8/929 din data de 17.05.2021, Consiliul a decis „suspendarea soluționării contestației nr. 428/19.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20273/20.04.2021, formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., până la rămânerea definitivă a hotărârii care va fi pronunțată de Curtea de Apel Constanța – Secția a II-a civilă, în dosarul nr. 191/36/2021”.

Prin Încheierea nr. 1643/C8/929/25.06.2021 dosarul a fost repus pe rol.

Preliminar analizării pe fond a susținerilor contestatoarei, în considerarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției lipsei de interes a ... în formularea contestației, constatând următoarele:

Decizia Consiliului, prin care s-au statuat cele de mai sus, inclusiv că oferta depusă de este una inacceptabilă, a rămas definitivă prin respingerea, de către Curtea de Apel, a plângerii formulate de acest operator economic împotriva ei. Astfel, oferta depusă de contestatoare este respinsă, în mod definitiv, ca inacceptabilă, decizie asupra căreia nu se mai poate reveni.

În condițiile în care legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei nu mai poate fi pusă în discuție, această decizie fiind una definitivă, Consiliul, analizând interesul contestatoarei de a ataca decizia privind oferta declarată câștigătoare și procesele verbale anterioare raportului procedurii, reține următoarele dispoziții legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din același act normativ, conform cărora: „(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire. (3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire **dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată** candidatului/ofertantului interesat **și** fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie **nu mai poate face obiectul unei căi de atac**”.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

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

Cum decizia de respingere a ofertei sale este una definitivă, Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual în prezenta cauză.

Aplicând considerente doctrinare expuse mai sus, la speța analizată, se observă, așadar, că solicitările contestatoarei vizând procesul-verbal (18) nr. 3105/25.11.2020 și evaluarea ofertei ... nu sunt justificate de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

Consiliul are în vedere că și 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.

În această cauză, constatându-se că, la momentul soluționării contestației în fața Consiliului, oferta contestatoarei (fostă câștigătoare) 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 autoarea contestației nu mai are niciun interes în susținerea criticilor referitoare la evaluarea ofertei contracandidatei sale.

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.

În considerentele deciziei anterioare, Consiliul a expus, pe larg, motivele care au condus la adoptarea soluției de respingere a ofertei SRL, permițând astfel contestatoarei să înțeleagă raționamentul juridic avut în vedere, aceasta având posibilitatea ca, în plângerea formulată, să susțină pretinsa încălcare a tratamentului egal, în evaluarea ofertelor, reclamată acum.

Jurisprudența constată a CJUE recunoaște existența unui interes în anularea procedurii pentru un ofertant respins, însă numai în situația în care acesta formulează concomitent, prin aceeași cale de atac, critici privind atât situația propriei oferte, cât și cea a contracandidaților admisibili din procedură.

Cu alte cuvinte, îi este recunoscută calitatea de persoană vătămată doar ofertantului care nu a fost exclus definitiv din procedură.

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

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

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

lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celuilalt 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.

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

„1) Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie

interpretat, în raport [cu] Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12,

EU:C:2013:448), în sensul că unui ofertant a cărui ofertă a fost exclusă definitiv de către autoritatea contractantă și care nu este un ofertant

interesat, în sensul articolului 2a din Directiva 89/665, i se poate refuza accesul la o cale de atac împotriva unei decizii de atribuire (decizie privind

încheierea unui contract-cadru) și împotriva încheierii unui contract

[inclusiv acordarea unor daune interese solicitate în temeiul articolului 2 alineatul (7) din această directivă], chiar și atunci când au depus oferte numai doi ofertanți, iar în opinia ofertantului exclus [care a formulat această cale de atac] ar fi trebuit să fie exclusă și oferta adjudecatarului?

2) În cazul unui răspuns negativ la prima întrebare, articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie interpretat, în raport [cu]

Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12), în sensul că ofertantului

neinteresat (în sensul articolului 2a din această directivă) trebuie să i se permită accesul la o cale de atac numai atunci când:

a) din dosarul căii de atac reiese în mod evident neregularitatea

ofertei depuse de ofertantul căruia i- a fost atribuit contractul?

■

b) motivele neregularității ofertei depuse de ofertantul căruia i- a

■

fost atribuit contractul sunt de aceeași natură?”

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

Or, tocmai această ipoteză se regăsește și în speța de față, și anume operatorul economic, a cărui ofertă a fost stabilită inadmisibilă, printr-o decizie a CNSC, menținută de instanța de control, reclamă caracterul inadmisibil al ofertei desemnată câștigătoare.

Însă, soluția pronunțată vizavi de oferta contestatoarei este definitivă, astfel că nu mai poate forma obiectul unei căi de atac, ofertantul fiind, așadar, exclus definitiv din procedură, caz în care nu i se mai poate

recunoaște un interes acestuia în atacarea deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului.

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

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

În aceste condiții, Consiliul stabilește că, în cauza supusă soluționării, ... nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii, motiv pentru care, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, va admite excepția lipsei de interes a ... în formularea contestației, și va respinge contestația, ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes. Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de ..., în contradictoriu cu COMPLEXUL ..., ca lipsită de interes. Admite cererea de intervenție formulată de ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 11 (unsprezece) pagini.