



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. 1123/C2/378

Data: 31.05.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 8944/23.02.2021, formulată de TATRA-YUG, cu sediul în Ucraina, str. Vodoprovodna nr. 9, Odessa, 65007, având cod de înregistrare 34507118, reprezentată legal prin director general Kerdivara Anatolii și convențional de Domokos și Asociației SPRL, cu sediul social în București, str. General Gheorghe Manu nr. 10, et. 2, sector 1, unde se solicită comunicarea actelor de procedură, împotriva raportului procedurii nr. 18226/09.02.2021 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 19484/11.02.2021, emise de MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, cu sediul în București, str. Libertății nr. 16, sector 5, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de 17 tramvaie de cca. 25 m destinate transportului public de călători”, cod CPV 34622100-4 – Vagoane de tramvai (Rev.2), s-au solicitat:

„- în temeiul art. 19 din Legea 101 și în respectarea dreptului subscrisei la apărare, permiterea accesului la propunerea tehnică, la propunerea financiară, respectiv la răspunsurile la solicitările de clarificări ale ofertantului Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz SA („Pesa”), urmând a ne completa argumentele în apărare raportat la conținutul acestora;

- anularea raportului procedurii nr. 18226/09.02.2021 (Raportul Procedurii), în ceea ce privește declararea ofertei Pesa drept admisibilă, respectiv câștigătoare, precum și anularea oricăror alte acte juridice

subsecvente emise de autoritatea contractantă, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii transmise tuturor participanților la procedură;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de Pesa din punctul de vedere al admisibilității acesteia, în sensul declarării ofertei acesteia drept inadmisibilă; și pe care de consecință,

- obligarea autorității contractante la anularea procedurii conform art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea 101;

- în subsidiar, în vederea salvagădării procedurii, solicităm reevaluarea ofertei Tatra, conform Adresei din Anexa 15 la prezenta, în sensul constatării depunerii de către subscrisa a Listei privind materialele periculoase, constatării admisibilității ofertei și declararea acesteia drept câștigătoare”.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la CNSC sub nr. 10839/04.03.2021, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., cu sediul în Ahi Evran OSB Mah. Artuklular Sok. Nr. 3 A/2 Sincan, Ankara, Turcia, reprezentată de Yigit Belin și convențional de societatea de avocați “Rațiu & Rațiu” - S.P.A.R.L., cu sediul ales pentru comunicare actelor de procedură în București, Bd. Mircea Eliade nr. 18, intrarea B, et. 6, sector 1, solicită:

“Admiterea prezentei cereri de intervenție prin care BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. sprijină pretențiile și argumentațiile formulate de contestatoare în legătură cu inadmisibilitatea ofertei POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SPOLKA AKCYJNA („PESA”), anularea raportului procedurii nr. 18226/09.02.2021 și anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 ...”.

Prin cererea de intervenție voluntară, înregistrată la CNSC sub nr. 11188/08.03.2021, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, cu sediul social în Polonia, Bydgoszcz, str. Zygmunta Augusta nr. 11, având număr de înmatriculare în registrul societăților KRS 091267838, CIF PL5540311775, reprezentată legal prin Krzysztof Zdziarski – Președinte CA și Slawomir Piatek – director vânzări și convențional de Schoenherr și Asociații SCA, cu sediul procesual ales în București, Bd. Dacia nr. 30, et. 7, sector 1, solicită respingerea contestației formulată de TATRA-YUG, ca lipsită de interes și ca nefondată.

Contestația și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) și (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:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care TATRA-YUG critică raportul procedurii nr. 18226/09.02.2021 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr.

19484/11.02.2021, emise de MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Preliminar, TATRA-YUG susține că, ulterior luării la cunoștință de actele ce fac obiectul prezentei contestații, la data de 12.02.2021, a solicitat autorității contractante acces la întregul dosar al achiziției publice, însă aceasta nu i-a pus la dispoziție și documentele ofertei POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, motivând că acestea au fost declarate confidențiale. În opinia contestatorului, o simplă declarație a confidențialității unor documente/informații, nu este suficientă, apreciind că o asemenea restricționare reprezintă o încălcare a principiilor transparenței și tratamentului egal al ofertanților.

Contestatorul arată că anterior cererii de față, au fost depuse contestațiile formulate de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. și de către POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, soluționate prin decizia CNSC nr. 1568/C2/1594,1623 din 03.09.2020, împotriva căreia au fost formulate plângeri la Curtea de Apel București, soluționate prin Hotărârea nr. 2462 din 10.12.2020, definitivă. Ulterior, autoritatea contractantă i-a comunicat, cu adresa nr. 19484/11.02.2021, rezultatul procedurii, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inadmisibilă și respinsă, în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SPOLKA AKCYJNA („PESA”), care, în aprecierea contestatorului, este inadmisibilă și ar fi trebuit respinsă în consecință și anulată procedura de atribuire.

Potrivit contestatorului, în urma procesului de reevaluare efectuat de autoritatea contractantă conform deciziei CNSC, respectiv a hotărârii Curții de Apel București, mai ales având în vedere raționamentele care au stat la baza celor două decizii, autoritatea contractantă ar fi trebuit să califice oferta PESA drept inadmisibilă, pe motiv că nu respectă o serie de cerințe prevăzute în caietul de sarcini, parte din informații și documente fiind depuse în faza de clarificări, ceea ce reprezintă o veritabilă și nepermisă modificare a ofertei, nefiind vorba doar de clarificări formale sau de confirmare, respectiv abateri tehnice minore sau vicii de formă.

În ceea ce privește oferta sa, prin adresa nr. 19484/11.02.2021, autoritatea contractantă i-a comunicat respingerea ofertei, ca inadmisibilă, conform art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, pe motiv că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, oferta a fost modificată.

Apreciind că oferta sa nu a fost modificată prin răspunsurile la solicitările de clarificări, deși acesta a fost motivul pentru care, prin decizia CNSC, confirmată și de hotărârea Curții de Apel București, oferta sa a fost respinsă, contestatorul consideră că este inadmisibil ca, în funcție de persoana ofertantului, să se aplice un dublu standard.

Revenind la oferta PESA, contestatorul prezintă, pe larg, motivele pentru care susține că aceasta a fost modificată/completată în

nenumărate rânduri prin răspunsurile la solicitările de clarificări, situație care ar fi trebuit să conducă la respingerea ei, ca inacceptabilă.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și pe cele invocate în contestație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresele nr. 9790 și 9792/378/C2 din 26.02.2021, în temeiul art. 15 din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatorului și autorității contractante să prezinte un punct de vedere față de incidența dispozițiilor art. 25 alin. (1) lit. a) din același act normativ, coroborate cu art. 413 alin. (1) pct. 1 C. proc. civ., privind suspendarea soluționării contestației aflată pe rolul Consiliului, până la soluționarea cererii de revizuire formulată atât de TATRA YUG, cât și de către BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș., precum și a contestației în anulare formulată de acest din urmă operator economic (dosarele instanței nr. 756/2/2021, nr. 1078/2/2021 și nr. 1095/2/2021) împotriva deciziei civile nr. 2462/2020, pronunțată la data de 10.12.2020 de către Curtea de Apel București, Secția a IX – a Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. 4988/2/2020, urmare a plângerilor formulate împotriva deciziei CNSC nr. 1568/C2/1594,1623/03.09.2020 emisă în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, dat fiind că dezlegarea contestației depinde de soluția care va fi pronunțată asupra cererilor indicate și pentru care Curtea de Apel București a solicitat transmiterea întregii documentații care a stat la baza deciziei Consiliului.

La această solicitare, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, a răspuns prin adresa nr. 26589/01.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 10103/01.03.2021, arătând că nu este oportună suspendarea soluționării contestației în discuție, având în vedere durata proiectului în cuprinsul căruia se derulează procedura. Totodată, autoritatea contractantă propune Consiliului *„ca, în decizia pe care o va emite, să oblige autoritatea contractantă la punerea în aplicare a acesteia, în cazul în care ea va fi emisă anterior Hotărârii Curții de Apel, numai după pronunțarea Curții de Apel cu privire la cererile mai sus-menționate”*.

Contestatorul TATRA-YUG, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 10465/03.03.2021, precizează că, în cauză nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 prin raportare la prevederile art. 413 alin. (1) pct. 1 din Codul de Procedură Civilă, întrucât, raportat la obiectul contestației sale, soluționarea acesteia nu depinde de soluțiile ce urmează a fi pronunțate în dosarele nr. 756/2/2021, nr. 1078/2/2021 și nr. 1095/2/2021, aflate pe rolul Curții de Apel București, în atare situație, o astfel de suspendare nefiind nici necesară și nici oportună.

În punctul de vedere comunicat cu adresa nr. 26474/01.03.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 10102/01.03.2021, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de TATRA-YUG, ca nefondată.

Față de caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, respectiv a răspunsurilor la solicitările de clarificări depuse de ofertantul câștigător, autoritatea contractantă precizează că nu a ascuns documente și nu favorizează niciun ofertant, iar refuzul de a pune la dispoziția TATRA-YUG ofertele declarate confidențiale, nu se referă doar la ofertantul câștigător, ci la toate ofertele declarate confidențiale în cadrul procedurii, mențiuni existente încă din conținutul raportului procedurii.

Referitor la criticile privind respingerea ofertei sale și declararea drept câștigătoare a ofertei PESA, autoritatea contractantă arată că, pentru punerea în aplicare a deciziei CNSC nr. 1568/C2/1594,1623 din 03.09.2020 și a Hotărârii Civile nr. 2462/2020 din 10.12.2020 a Curții de Apel București, comisia de evaluare a procedat la anularea raportului procedurii nr. 101887/24.07.2020, declararea, drept inacceptabile, a ofertelor BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș. și TATRA-YUG, reevaluarea ofertelor admisibile și refacerea punctajelor privind factorii de evaluare. Conform celor indicate în decizia CNSC, comisia de evaluare a procedat la refacerea punctajelor obținute pentru singura ofertă rămasă admisibilă, și anume POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, rezultatul fiind indicat în raportul procedurii nr. 18226/09.02.2021, criticat în speța de față.

Contrar celor apreciate de contestator, conform cărora oferta câștigătoare ar fi trebuit, în aceeași, măsură declarată inadmisibilă ca și oferta TATRA-YUG, autoritatea contractantă susține că diferența între oferta contestatorului și cea câștigătoare este aceea că, potrivit deciziei CNSC, TATRA-YUG a prezentat ulterior depunerii ofertei, prin adresa nr. 87/06.05.2020, ca răspuns la solicitarea de clarificări, *Lista privind materialele periculoase*, justificând această omisiune prin prisma unei erori de traducere a cerințelor documentație, aceasta reprezentând o modificare a ofertei, pe când ofertantul câștigător, prin răspunsuri, nu a făcut altceva decât să confirme cele existente în oferta depusă la data limită de depunere a ofertelor.

Subliniază autoritatea contractantă că, în completarea motivelor deciziei pentru declararea ofertei TATRA-YUG ca inacceptabilă, CNSC a mai adăugat și răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări privind "*Transponderul pentru comanda macazului (...)*" pentru care s-a apreciat că reprezintă o veritabilă completare a propunerii tehnice.

Astfel, în opinia autorității contractante, nu se poate asocia evaluarea propunerii TATRA-YUG cu evaluarea propunerii PESA, întrucât prin răspunsurile transmise, ofertantul a făcut referire la informațiile din documentele inițiale, transmise prin oferta prezentată la data limită de

depunere a ofertelor, în timp ce TATRA-YUG a modificat/completat oferta cu documente noi.

În ceea ce privește afirmațiile contestatorului conform cărora oferta PESA trebuia respinsă, ca inadmisibilă, autoritatea contractantă prezintă argumentele de natură a combate criticile contestatorului, pe care le apreciază nefondate, și solicită respingerea acestora.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de TATRA-YUG, ca nefondată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție voluntară, înregistrată la CNSC sub nr. 10839/04.03.2021, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. solicită *"admiterea prezentei cereri de intervenție prin care BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. sprijină pretențiile și argumentațiile formulate de contestatoare în legătură cu inadmisibilitatea ofertei POJAZDY SZYNOVE PESA BYDGOSZCZ SPOLKA AKCYJNA („PESA”), anularea raportului procedurii nr. 18226/09.02.2021 și anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și solicită admiterea pretențiilor și argumentațiilor sus-menționate astfel cum au fost formulate"*.

Justificând interesul în formularea cererii de intervenție prin raportare la prevederile art. 17 din Legea nr. 101/2016, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. învederează că oferta declarată câștigătoare a fost modificată prin răspunsurile la solicitarea de clarificări, sens în care se impune anularea raportului procedurii de atribuire nr. 18226/09.02.2021.

De asemenea, susține că, în urma anulării raportului procedurii și a reevaluării ofertei câștigătoare, soluția autorității contractante va trebui să fie anularea procedurii, în condițiile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, întrucât, într-o atare situație, nicio ofertă nu mai rămâne valabilă.

Referitor la argumentele pe fond ale TATRA-YUG legate de oferta declarată câștigătoare, intervenientul le apreciază întemeiate.

Concluzionând, intervenientul susține că ofertantul câștigător și-a modificat în mod nepermis oferta, cu încălcarea dispozițiilor art. 134 alin. (9) lit. c) și e) din HG nr. 395/2016, acesta ajungând, în mod paradoxal, să fie declarat câștigător al procedurii, deși soluția corectă a autorității contractante ar fi trebuit să fie de declarare a ofertei, ca inacceptabilă, și, în condițiile descalificării tuturor ofertanților, anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Pentru motivele prezentate, intervenientul solicită admiterea cererii așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 Codul de procedură civilă, art. 3 alin. (1) lit. f), art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale invocate.

Prin cererea de intervenție voluntară, înregistrată la CNSC sub nr. 11188/08.03.2021, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA (denumită, în continuare, PESA) solicită respingerea contestației formulată de TATRA-YUG, ca lipsită de interes și ca nefondată.

Cu titlu general, intervenientul precizează că, în conformitate cu decizia CNSC nr. 1568/C2/1594,1623 din 03.09.2020, validată ulterior și de Curtea de Apel București, prin decizia civilă nr. 2462/10.12.2020, oferta TATRA-YUG, depusă în cadrul procedurii, a fost declarată inacceptabilă, iar CNSC, și ulterior, instanța, au obligat autoritatea contractantă să reevalueze oferta TATRA-YUG, cu consecința descalificării acestui ofertant. Urmare a acestei reevaluări, PESA, în mod direct, a fost declarată câștigătoare prin noul raport al procedurii nr. 18226/09.02.2021, raport al procedurii ce face obiectul contestației de față.

Justificând interesul în formularea cererii de intervenție având în vedere calitatea de ofertant câștigător al procedurii, PESA invocă excepția lipsei de interes în formularea contestației TATRA-YUG întrucât nu a justificat interesul în promovarea ei, în condițiile în care oferta TATRA-YUG a fost exclusă definitiv de la procedură, printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Cu invocarea prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016 și a art. 32 și art. 33 din Codul de procedură civilă, intervenientul arată că Decizia Curții de Apel București nr. 2462/10.12.2020 prin care s-a stabilit expres faptul că oferta TATRA-YUG este inacceptabilă, impunându-se astfel excluderea acestuia din procedură, este cu titlu definitiv. Așadar, excluderea ofertantului în cauză beneficiază de autoritate de lucru judecat, stabilindu-se cu titlu definitiv că oferta sa este inacceptabilă și se impune a fi respinsă. Prin noul raport al procedurii, autoritatea contractantă nu face decât să ducă la îndeplinire cele dispuse prin Decizia Curții de Apel București.

Intervenientul mai subliniază că interesul TATRA-YUG de a promova contestația la momentul de față nu este actual, fiind irelevant faptul că acesta a formulat o cale extraordinară de atac împotriva deciziei Curții de Apel București, întrucât, până la soluționarea acestei căi extraordinare de atac, decizia amintită este definitivă și produce efecte obligatorii.

În atare situație, apreciază PESA, contestatorul ar putea justifica, la acest moment, numai un interes potențial, și nu unul actual, așa cum impune Codul de procedură civilă, însă, acest interes potențial, nu poate justifica interesul în prezenta contestație și nici nu poate înlătura caracterul definitiv și obligatoriu al deciziei de excludere.

În plus, față de faptul că TATRA-YUG a solicitat prin contestație inclusiv obligarea autorității contractante la anularea procedurii, intervenientul susține de asemenea că interesul acestuia nu este unul actual ci potențial, concretizat în speranța că, după anularea procedurii, autoritatea va relua această procedură. Cu toate acestea, decizia de reluare a procedurii ca urmare a anulării unei proceduri anterioare, nu

este nicidecum una certă, ci potențială, eventuală, depinzând de numeroși factori, precum nevoile reale și bugetul aprobat al autorității contractante din viitor, dar și de stadiul tehnologic de la acel moment care poate oferi alte alternative autorității contractante, astfel încât reluarea procedurii în mod similar cu cea anulată să nu mai fie de interes.

În atare situație, având în vedere calitatea contestatorului de ofertant exclus definitiv din procedură și lipsa unui interes actual în promovarea contestației față de raportul procedurii, intervenientul solicită admiterea excepției lipsei de interes și respingerea contestației, ca atare.

În continuare, intervenientul prezintă contraargumente referitoare la criticile din contestație privind pretinsul caracter inadmisibil al ofertei sale, susținut de contestator, concluzionând în sensul constatării netemeinicii acestora.

Prin adresele nr. 10886 și nr. 10887/C2/378/ din 05.03.2021, Consiliu a pus în discuția părților excepția lipsei de interes a contestatorului în promovarea contestației, raport la prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr.101/2016.

Ca răspuns, prin adresa nr. 29501/08.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 11336/08.03.2021, autoritatea contractantă apreciază contestația formulată de TATRA-YUG, ca fiind lipsită de interes, raportat la prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și având în vedere Hotărârea Civilă nr. 2462/2020/10.02.2020 a Curții de Apel București, precum și Decizia CNSC nr. 1568/C2/1594,1623 din 03.09.2020, prin care oferta TATRA YUG a fost declarată inacceptabilă. Astfel, susține autoritatea contractantă, solicitările TATRA-YUG din cuprinsul contestației sunt inadmisibile din moment ce prin deciziile amintite, instanța de judecată a decis că oferta TATRA-YUG este inacceptabilă motivat de completarea/modificarea ofertei pe calea răspunsurilor la clarificări.

Subliniază autoritatea contractantă faptul că, în motivarea acțiunii sale, contestatorul nu indică un interes legitim prin care a fost vătămat urmare a punerii în aplicare a deciziilor amintite. Chiar și în ipoteza în care s-ar admite contestația, TATRA-YUG nu ar obține niciun folos practic, dat fiind că soluția ar avea drept consecință anularea procedurii. Or, neavând șansa reală de a câștiga adjudecarea contractului, contestația nu reprezintă o acțiune fără interes.

Pe cale de consecință, dat fiind că TATRA-YUG nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii, având în vedere și dispozițiile art. 248 alin. (1) din Codul de procedură civilă, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației în discuție, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ca lipsită de interes.

Prin adresa de răspuns înregistrată la CNSC sub nr. 11486/09.03.2021, TATRA-YUG solicită respingerea excepției lipsei de interes, ca neîntemeiată.

Invocând prevederile art. 32 alin. (1) lit. d) și art. 33 din Codul de procedură civilă, TATRA-YUG arată că, în cadrul procedurii, prin intermediul primului raport emis de autoritatea contractantă, oferta sa a fost declarată câștigătoare, iar, împotriva acestui raport, au fost depuse două contestații, soluționate de CNSC, în sensul admiterii lor, anularea raportului procedurii, reevaluarea inclusiv a ofertei sale. Împotriva acestei decizii, societatea sa a formulat plângere, soluționată prin decizia civilă nr. 2462/2020 din data de 10.12.2020, în sensul respingerii ei.

Dat fiind faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare, la momentul la care ceilalți doi participanți au formulat contestații împotriva primului raport al procedurii, contestatorul susține că nu putea justifica niciun interes în contestarea ofertei clasate pe locul III. Abia ulterior efectuării de către autoritatea contractantă a reevaluării ofertelor, ca urmare a pronunțării deciziei CNSC, reevaluare materializată prin emiterea noului raport al procedurii, s-a născut interesul său în formularea contestației prin intermediul căreia a arătat că, în mod greșit, și cu încălcarea flagrantă a principiului tratamentului egal, oferta PESA a fost declarată admisibilă și mai apoi câștigătoare.

Astfel, apreciază contestatorului, interesul său este justificat prin prisma încălcării de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal, întrucât oferta PESA nu îndeplinește criteriile de admisibilitate prevăzute în documentația de atribuire, admisibilitatea acesteia fiind declarată cu încălcarea flagrantă a principiului tratamentului egal.

Deși prin decizia CNSC s-a reținut că și-ar fi modificat oferta prin răspunsul la una dintre solicitările de clarificări ale autorității contractante, motiv pentru care, prin raportul procedurii, oferta sa a fost declarată inadmisibilă, contestatorul susține că nu este de acord cu această constatare, întrucât CNSC a ignorat faptul că a îndeplinit, în mod corespunzător, toate cerințele din documentația de atribuire. Prin contestația de față a indicat, printre altele, nereguli cum ar fi încălcarea cerințelor din documentația de atribuire, depunerea unor informații tehnice greșite de către ofertantul câștigător.

Autorul contestației remarcă faptul că, urmare a deciziei CNSC, autoritatea contractantă a realizat o reevaluare a tuturor ofertelor, excluzând oferta TATRA-YUG pe motiv că a modificat oferta în mod nepermis prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

În opinia contestatorului, în virtutea respectării principiului imperativ al tratamentului egal, aceasta ar fi trebuit să descalifice oferta câștigătoare pe aceleași considerente, iar nu să aplice un dublu standard în funcție de persoana ofertantului.

Având în vedere că autoritatea contractantă nu a realizat o reevaluare efectivă a ofertelor, încălcând astfel atât principiul

tratamentului egal, cât și pe cel al legalității, contestatorul susține că abia în acest moment al procedurii justifică un interes efectiv în contestarea ofertei câștigătoare, în condițiile în care, pe de o parte, anterior deciziei CNSC oferta sa a fost declarată câștigătoare, iar, pe de altă parte, abia la momentul emiterii raportului procedurii a putut lua la cunoștință de tratamentul inegal la care a fost supusă.

Totodată, arată intervenientul, interesul în formularea contestației este justificat și prin prisma faptului că excluderea ofertei câștigătoare conduce la anularea procedurii, întrucât aceasta este inadmisibilă, astfel cum va fi constatat și de către Consiliu, și, raportat la aceea că ofertele celorlalți trei participanți la procedură au fost declarate inadmisibile, devine aplicabil art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În atare situație, interesul în formularea contestației rezultă din însuși petitul acesteia, de anulare a procedurii, care va conduce, mai departe, la reluarea ei, cu consecința posibilității TATRA-YUG de a depune o nouă ofertă.

Mai arată contestatorul că interesul este justificat și prin prisma faptului că autoritatea contractantă, în procedura de reevaluare, a încălcat flagrant principiul tratamentului egal între participanții la procedură, interesul justificându-se inclusiv prin folosul practic obținut urmare a admiterii contestației, respectiv anularea procedurii.

Nu în ultimul rând, în analizarea interesului în ceea ce privește formularea contestației, contestatorul solicită Consiliului a avea în vedere și faptul că, prin contestație a solicitat *„în subsidiar, în vederea salvagădării procedurii, solicităm reevaluarea ofertei Tatra, conform Adresei din Anexa 15 la prezenta, în sensul constatării depunerii de către subscrisa a Listei privind materialele periculoase, constatării admisibilității ofertei și declararea acesteia drept câștigătoare”* și totodată, că pe rolul Curții de Apel București este înregistrată o cerere de revizuire formulată de aceasta împotriva deciziei civilă nr. 2462/2020 din data de 10.12.2020.

Pentru considerentele prezentate, contestatorul solicită constatarea interesului legitim al TATRA-YUG în formularea contestației și pe cale de consecință respingerea excepției lipsei de interes.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 12270/12.03.2021, PESA a formulat Concluzii scrise raportat la cele reținute în punctul de vedere al TATRA-YUG, referitor la excepția lipsei de interes, în punctul de vedere al autorității contractante nr. 26474/01.03.2021 și în cererea de intervenție formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., solicitând respingerea contestației TATRA-YUG și a cererii de intervenție formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş..

Referitor la apărările TATRA-YUG privind excepția lipsei de interes în formularea contestației, intervenientul susține că interesul acesteia de a invoca o eventuală încălcare a principiului tratamentului egal față de modul de evaluare a ofertei declarate câștigătoare, nu s-a născut

abia după emiterea noului raport al procedurii ci, din contră, s-a născut atunci când PESA a formulat contestație față de admisibilitatea ofertei TATRA-YUG, iar aceasta a formulat cererea de intervenție și trebuia să invoce inclusiv faptul că ofertele ar trebui reevaluate din prisma tratamentului egal.

Astfel, având în vedere că, în cadrul cererii de intervenție, TATRA-YUG nu a formulat cereri cu privire la acest aspect, acestea apar ca lipsite de interes ulterior excluderii definitive a acestui ofertant.

În atare situație, susținerile TATRA-YUG privind pretensele neconformități ale ofertei câștigătoare, precum și criticile referitoare la lipsa de tratament egal al autorității contractante, sunt nefondate.

Cu privire la argumentele autorității contractante din punctul vedere, intervenientul le apreciază temeinice și în concordanță cu cele expuse în cererea sa de intervenție.

Referitor la criticile din cererea de intervenție formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., ce privesc pretinsa neconformitate a ofertei sale, intervenientul le apreciază tardive, trebuind să fie formulate în termenul legal prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 sau, alternativ, pe calea unei cereri de intervenție voluntară, și nu accesorie, așa cum în mod expres a indicat aceasta.

Pentru argumentele prezentate în ceea ce privește cererea de intervenție în discuție, PESA solicită Consiliului constatarea, pe cale de excepție, a inadmisibilității criticilor noi formulate pe calea intervenției accesorii a BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., iar, pe fond, ca nefondate.

Prin adresa înregistrată la CNSC nr. 12285/12.03.2021, TATRA-YUG a transmis Concluzii scrise privind punctul de vedere al autorității contractante și în referire la cererea de intervenție formulată de PESA, solicitând, suplimentar celor prezentate prin contestație, respingerea, ca netemeinică, a excepției lipsei de interes a TATRA-YUG în formularea contestației și respingerea cererii de intervenție a PESA.

Contestatorul reiterează cele susținute cu privire la interesul său în formularea contestației prin prisma încălcării de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal între participanții la procedura de atribuire și prin prisma folosului practic obținut de TATRA-YUG, ca urmare a excluderii ofertei PESA, respectiv anularea procedurii de atribuire.

Referitor la apărările autorității contractante, precum și a celor formulate de PESA pe calea cererii de intervenție, contestatorul concluzionează că autoritatea contractantă, în mod clar, nu a aplicat un tratament egal tuturor participanților la procedură, întrucât, spre deosebire de tratamentul aplicat ofertei sale, a admis și declarat câștigătoare oferta PESA, în condițiile în care aceasta și-a modificat oferta prin răspunsurile la solicitările de clarificări, ceea ce reprezintă un tratament preferințial ce contravine dispozițiilor legale aplicabile.

Pentru motivele prezentate, TATRA-YUG solicită admiterea contestației, respingerea, ca neîntemeiată, a excepției lipsei de interes a societății sale în formularea contestației și respingerea cererii de intervenție formulată de PESA.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 13041/16.03.2021, TATRA-YUG a formulat un răspuns la concluziile scrise ale PESA, prezentând contraargumente care combat cele susținute de acesta cu privire la lipsa de interes în formularea contestației sale, susținând în continuare că ofertantul PESA nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire și, totodată, că autoritatea contractantă nu a efectuat o evaluare efectivă a ofertei, dovadă stând aceea că nu a observat inconsistențe evidente ale parametrilor tehnici ofertați de PESA, precum și faptul că acesta și-a modificat oferta prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

Prin adresele nr. 13167 și 13168/378/C2/17.03.2021, Consiliul a solicitat societăților interveniente, punctul de vedere față de incidența dispozițiilor art. 25 alin. (1) lit. a) din același act normativ, coroborate cu art. 413 alin. (1) pct. 1 C. proc. civ., privind suspendarea soluționării contestației aflată pe rolul Consiliului.

Ca răspuns, prin adresa nr. 88/18.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 13607/18.03.2021, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş solicită suspendarea soluționării contestației formulată de TATRA-YUG. PESA, prin intermediul adresei înregistrată la CNSC sub nr. 13698/19.03.2021, apreciază că nu se impune suspendarea soluționării contestației TATRA-YUG.

Prin Încheierea nr. 703/C2/378/19.03.2021, Consiliul a suspendat soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr. 8944/23.02.2021, formulată de TATRA-YUG, în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, până la soluționarea de către Curtea de Apel București – Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, a cererilor care formează obiectul dosarelor nr. 756/2/2021, nr. 1078/2/2021 și nr. 1095/2/2021, dosarul aferent contestației dedusă judecătii fiind repus pe rol, prin Încheierea nr. 1386/C2/378/25.05.2021.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 27743/28.05.2021, PESA a transmis concluzii scrise, solicitând admiterea cererii sale de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea contestației TATRA-YUG și a cererii de intervenție formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş, ca lipsite de interes, iar, în subsidiar, ca nefondate.

Prezentând pe scurt stadiul dosarului, litigiile care au generat suspendarea soluționării contestației TATRA-YUG și faptul că instanța s-a pronunțat asupra contestației în anulare formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş, în sensul respingerii ei ca inadmisibilă și totodată asupra cererilor de revizuire

formulate de TATRA-YUG și de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., în sensul respingerii lor, ca nefondate, intervenientul reiterează incidența excepției lipsei de interes a TATRA-YUG în formularea contestației ce face obiectul dosarului nr. 378/2021, având în vedere că prin respingerea căilor de atac extraordinare, TATRA-YUG a fost exclusă definitiv de la procedură, printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Mai susține intervenientul că, similar, se impune și respingerea cererii de intervenție a BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., ofertant exclus definitiv de la procedură prin aceleași decizii CNSC și CAB, definitive și obligatorii, consolidate și confirmate prin deciziile de respingere a căilor extraordinare de atac.

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

MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Achiziția de 17 tramvaie de cca. 25 m destinate transportului public de călători*”, cod CPV 34622100-4 – Vagoane de tramvai (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1017938/25.12.2019, stabilind criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Potrivit Declarației de participare publicată în SEAP, în cadrul procedurii au fost primite 4 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost emis raportul procedurii nr. 101887/24.07.2020, în cuprinsul căruia s-a consemnat modul de desfășurare a procedurii, admisibilitatea tuturor ofertelor, precum și clasamentul rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire stabilit, câștigătoare fiind desemnată oferta depusă de TATRA-YUG.

Nemulțumite de acest rezultat, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, și, respectiv, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. au formulat contestațiile nr. 31379/04.08.2020, și, respectiv nr. 32192/06.08.2020, soluționate prin decizia CNSC nr. 1568/C2/1594,1623 din 03.09.2020.

Împotriva acestei decizii a Consiliului, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. și, respectiv TATRA-YUG au înaintat plângeri soluționate de instanța competentă, Curtea de Apel București, în sensul respingerii lor, ca nefondate, prin Hotărârea civilă nr. 2462 din 10.12.2020, definitivă.

Ulterior, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 18226/09.02.2021, în cuprinsul căruia a consemnat modul de desfășurare a prezentei proceduri, rezultatul reevaluării ofertelor urmare a deciziei CNSC și a Hotărârii civile a Curții de Apel București, nr. 2462 din 10.12.2020, respectiv respingerea, ca inacceptabile, a ofertelor depuse de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. și TATRA-YUG. S-a mai reținut respingerea ofertei

depusă de Dumazlar Makine Sanayi ve Tocaret A.S., pentru neprelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, precum și admisibilitatea și desemnarea câștigătoare a ofertei POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA.

Nemulțumit de acest rezultat, TATRA-YUG (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, 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. 18226/09.02.2021, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cereri 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.

Relativ la cererea de intervenție formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., prin care acest operator economic înțelege să sprijine pretențiile și argumentațiile formulate de TATRA-YUG în legătură cu inadmisibilitatea ofertei POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA („PESA”), anularea raportului procedurii nr. 18226/09.02.2021 și anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, ținând cont de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare ...”,* precum și de cele ale art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă, *„Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți”,* Consiliul o va încuviința, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie, în interesul TATRA-YUG, respectiv acela de respingere a ofertei POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA („PESA”), anularea raportului procedurii nr. 18226/09.02.2021, și, pe cale de consecință, anularea

procedurii de atribuire, potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Ca aspect preliminar soluționării contestației dedusă judecății, se reține faptul că, față de Hotărârea civilă nr. 2462 din 10.12.2020, prin care Curtea de Apel București a respins plângerile înaintate de atât TATRA-YUG, cât și de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș. împotriva deciziei CNSC nr. 1568/C2/1594, 1623 din 03.09.2020, au fost formulate trei căi extraordinare de atac, după cum urmează:

- cererea de revizuire formulată de TATRA-YUG, care a format obiectul dosarului nr. 1078/2/2021, aflat pe rolul Curții de Apel București, soluționată în sensul respingerii ei, la data de 24.05.2021.

- cererea de revizuire formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș., care a format obiectul dosarului nr. 1095/2/2021, aflat pe rolul Curții de Apel București, soluționată în sensul respingerii ei, la data de 24.03.2021.

- contestația în anulare formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș., care a format obiectul dosarului nr. 756/2/2021, aflat pe rolul Curții de Apel București, soluționată în sensul respingerii ei, la data de 19.04.2021.

Urmare a acestor trei acțiuni, procedura de soluționare a contestației de față a fost suspendată, prin Încheierea nr. 1386/C2/378/25.05.2021 fiind repus pe rol dosarul nr. 378/2021 și continuarea soluționării contestației înregistrată la Consiliu cu nr. 8944/23.02.2021, formulată de TATRA-YUG, în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI.

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

Prin raportul procedurii nr. 18226/09.02.2021, comisia de evaluare a respins oferta depusă de TATRA-YUG, în concordanță cu decizia CNSC nr. 1568/C2/1594,1623 din 03.09.2020, menținută de Curtea de Apel București, în considerentele căreia s-au reținut că *„In condițiile date, cercetarea de către Curte a celorlalte aspecte reclamate de petentă este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei intimei, în sensul transformării ei în una admisibilă, având în vedere prevederile art. 134 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit căruia, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.*

Atât timp cât oferta este declarată inacceptabilă pentru completarea prin răspunsul la clarificări chiar și a unei singure cerințe tehnice, chiar dacă le îndeplinește pe toate celelalte, ar fi inutil ca, instanța, să analizeze și restul motivelor invocate în cuprinsul contestației, vizând alte cerințe cu privire la care CNSC a trimis spre reevaluare, un asemenea demers nemaiprezentând niciun interes pentru contestatoare.”

Așadar, în aplicarea acestei decizii, în cadrul reevaluării la care a fost obligată, autorității contractante îi revenea sarcina de a respinge oferta contestatorului de față, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, ceea ce s-a și întâmplat, de altfel, oferta TATRA-YUG fiind respinsă, prin raportul procedurii nr. 18226/09.02.2021, ca inacceptabilă, în baza articolului menționat.

Decizia Consiliului, prin care s-au statuat cele de mai sus, inclusiv că oferta depusă de TATRA-YUG este una inacceptabilă, a rămas definitivă prin respingerea, de către Curtea de Apel București, a plângerii formulate de acest operator economic împotriva ei. Astfel, la data formulării prezentei contestații, oferta depusă de contestator era respinsă, în mod definitiv, ca inacceptabilă, 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 contestatoarei de a ataca decizia privind oferta declarată câștigătoare și raportul 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, contestatorul trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

Deși nici Legea nr.101/2016 și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, 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 față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Cum decizia de respingere a ofertei sale este una definitivă, Consiliul constată că autorul 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 contestatorului vizând raportul procedurii și decizia privind evaluarea ofertei PESA 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.

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, 4 iulie 2013 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 prin care urmăreau excluderea lor reciprocă.

Situația de fapt existentă în speța de față este, însă, diferită de cea expusă în decizia CJUE ante-citată, constatându-se că, la momentul soluționării contestației în fața Consiliului, oferta contestatorului (fostul câștigător/adjudecatar) 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 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.

În opinia Consiliului, văzând soluția pronunțată în referire la oferta sa cu ocazia soluționării contestațiilor anterioare, TATRA-YUG ar fi trebuit să dea dovadă de diligență și să solicite, pe calea plângerii, necesitatea evaluării tuturor ofertelor prin prisma tratamentului egal de care acum se prevalează în susținerea contestației.

Noul rezultat al procedurii, cu privire la care contestatorul afirmă că a 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. De asemenea, contestatorul nu avea niciun motiv să considere că autoritatea contractantă urma să reevalueze oferta PESA, atât timp cât această ofertă nu a fost vizată de decizia CNSC, respectiv nu a existat o dispoziție în acest sens, în virtutea prevederilor art. 26 alin. 10¹ din Legea nr. 101/2016.

În considerentele deciziei anterioare, Consiliul a expus, pe larg, motivele care au condus la adoptarea soluției de respingere a ofertei TATRA-YUG, permițând astfel contestatorului să înțeleagă raționamentul juridic avut în vedere, acesta având posibilitatea ca, în plângerea

formulată, să susțină pretinsa încălcare a tratamentului egal în evaluarea ofertelor reclamată acum. Or, în plângerea îndreptată împotriva deciziei CNSC, TATRA-YUG nu a formulat nicio critică sub acest aspect, deși Consiliul a reținut în motivarea prezentată „Faptul că membrii comisiei de evaluare, așa cum pretinde autoritatea prin punctul de vedere, au permis tuturor participanților completarea ofertelor depuse, nu este o dovada a respectării principiului tratamentului egal, mai cu seamă că nu se face dovada că deficiențele constatate au fost de același tip la toți participanții, sau că situațiile au fost identice, dacă nu similare, în toate cazurile.

Respectarea acestui principiu se poate reține în situația Declarației privind evitarea conflictului de interese, a cărei retransmitere a fost cerută tuturor ofertanților, însă nu și în cazul în care se constată deficiențe de întocmire a propunerii tehnice, care au ca sancțiune legală respingerea, ca neconformă, a acesteia.”

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 celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se

vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

(...)

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

55 Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

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

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 TATRA-YUG, a cărui ofertă a fost stabilită inadmisibilă, printr-o decizie a CNSC, menținută de instanța de control, reclamă caracterul inadmisibil al ofertei desemnată câștigătoare prin pretinsa incidență asupra acesteia a aceluiași neregularități ca cele imputate ofertei sale.

Însă, soluția pronunțată vizavi de oferta petentului 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, TATRA-YUG 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 TATRA-YUG în formularea contestației, și va respinge contestația, ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes.

Față de soluția pronunțată, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 68 din același act normativ, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, cererea de intervenție accesorie în interesul contestatorului, depusă de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., va fi respinsă, ca rămasă fără obiect.

În considerarea aceluiași dispoziții legale, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, va fi admisă.

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:

Admite excepția lipsei de interes în formularea contestației, invocată din oficiu, și respinge contestația depusă de TATRA-YUG, în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes.

Încuviințează, în principiu, și respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de intervenție formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş.

Încuviințează, în principiu, și admite cererea de intervenție formulată de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA.

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.

PREȘEDINTE COMPLET,
Alina-Oana OPRIȘAN



MEMBRU,
Luisa-Mădălina MARIA



MEMBRU,
Maria-Marinela PĂUN



Redactată în 6 exemplare, conține 22 pagini