



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745; www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. /...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în municipiul și adresa de corespondență la Societatea Civilă de Avocați ... din ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrul Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... împotriva procedurii de atribuire organizată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... str. ... nr. ..., județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de concesiune servicii, având ca obiect „Servicii de operare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor din județul ... s-a solicitat:

- anularea solicitării de clarificări înregistrată la autoritatea contractantă sub nr..../17.01.2013;
- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. .../21.01.2013;
- anularea rapoartelor de evaluare, a raportului procedurii, a rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente întocmite de autoritatea contractantă în cadrul celei de a doua reevaluări a ofertelor ca urmare a Deciziei CNSC nr. ..., .../... a Deciziei civile nr. .../ 10.12.2012 pronunțată de Curtea de Apel ... în dosarul nr. .../2/2012 (și implicit a Deciziei nr. .../18.07.2012 a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și a Deciziei civile nr. ...2/20.09.2012 pronunțată de Curtea de Apel ... in dosarul nr. .../2/2012);

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor admisibile depuse în cadrul licitației publice deduse judecații.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... anulează raportul de anulare a procedurii de atribuire și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente ale raportului de anulare, în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca lipsite de interes criticile cu privire la „solicitarea de clarificări nr. .../17.01.2013” și „privind aprecierea ofertei ... ca neconformă”.

Dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată, ... contestă procedura de atribuire, organizată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de concesionare servicii, având ca obiect „Servicii de operare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor din județul ... solicitând cele de mai sus.

Contestatorul susține că admisibilitatea ofertei sale a fost stabilită cu putere de lucru judecat prin Deciziile civile nr. ...2/20.09.2012 și nr. .../10.12.2012, astfel încât ea nu mai putea fi repusă în discuție în cadrul unei a treia evaluări a ofertelor.

Mai mult decât atât, în opinia contestatorului, astfel cum a reținut și Curtea de Apel ... prin Decizia civilă nr. .../10.12.2013, există putere de lucru judecat atât cu privire la admisibilitatea

ofertei sale, cât și cu privire la imposibilitatea repunerii în discuție a condițiilor de admisibilitate a ofertei ...

Față de acest aspect, ofertantul opinează că este inadmisibilă repunerea în discuție a admisibilității ofertei sale, iar o solicitare de clarificări ce tinde tocmai la stabilirea neconformității cu ocazia fiecărei reevaluări, inclusiv datorită schimbării componenței comisiei de evaluare, este nelegală, această nelegalitate fiind cu atât mai evidentă cu cât nici Consiliul și nici instanța de judecată nu au impus în sarcina autorității contractante obligația de reevaluare a ofertei sale sub alte aspecte de neconformitate decât cele deja reținute și soluționate în mod irevocabil.

În ce privește respingerea ofertei depusă de contestator ca fiind neconformă, ... susține că, întrucât autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția operatorilor Programul de urmărire a comportării în timp a construcțiilor, este evident că aprecierea ofertei drept neconformă este nelegală, autoritatea invocând practic propria culpă.

În acest context, ofertantul contestator face mențiunea că, actele autorității contractante sunt nelegale și încalcă principiile transparenței și tratamentului egal, în condițiile în care ignoră chiar propria documentație de atribuire, în care a prevăzut în mod explicit conținutul ofertei (propunerii) tehnice și în condițiile în care niciunul dintre ceilalți ofertanți nu a prevăzut aceste planuri în propunerile tehnice și nici nu au fost descalificați pentru acest motiv.

Față de motivele anulării procedurii de atribuire în baza art. 209 alin. (1) lit. c) și alin. (4) lit. a) și b) din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul apreciază măsura drept nelegală, întrucât motivele expuse în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii privesc elemente ale documentației de atribuire care nu au fost criticate de nici un operator economic, încălcându-se puterea de lucru judecat a Deciziei nr. .../18.07.2012 și a Deciziei civile nr. ...2/20.09.2012 pronunțată de Curtea de Apel ... în dosarul nr. .../2/2012.

Astfel, ofertantul subliniază că prin întreaga documentație de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit redevența minimă pe care operatorii trebuiau să o oferteze prin raportare la necesitățile de continuare a construcțiilor aferente depozitului ecologic de la Frățești (respectiv construcția celulelor 2 și 3).

În lumina celor relatate, contestatorul solicită admiterea prezentei contestații, astfel cum a fost formulată.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. .../06.02.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a

Contestațiilor sub nr. .../07.02.2013, ... în calitate de autoritate contractantă solicită respingerea contestației formulată de ... ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă învederează că a hotărât reevaluarea ofertelor, prin solicitarea de noi clarificări pentru punerea în aplicare a Deciziei Curții de Apel ... pronunțată în data de 10.12.2012 în dosarul nr. .../2/2012 prin care s-a respins plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr. ...din data de ... plângere prin care autoritatea a solicitat și constatarea faptului că Raportul procedurii de atribuire nr. ... din 30.07.2012 prin care s-a hotărât anularea procedurii, este temeinic și legal.

Astfel, urmare a evaluării ofertelor, cu toate că, comisia de evaluare a constatat că oferta contestatorului este neconformă din punct de vedere tehnic, aceasta a fost declarată admisibilă pentru punerea în aplicare a Deciziei Curții de Apel ... nr. ...2/20.09.2012, fapt constatat și de contestator „*oferta noastră a fost considerată neconformă, deși nesancționată ca atare*”.

În acest sens, autoritatea contractantă face mențiunea că pe parcursul evaluării ofertelor, urmare a solicitărilor de clarificări, niciunul dintre ofertanți nu a solicitat prelungirea perioadei de răspuns la clarificări, aceeași perioadă fiind stabilită pentru toți ofertanții care au depus oferte în cadrul procedurii, clarificările fiind comparabile între ele.

Față de critica potrivit căreia prin ultima solicitare de clarificări autoritatea contractantă „*tinde la nerespectarea dispozițiilor propriilor documentații de atribuire(...)*”, ... o consideră nefondată, întrucât prin solicitarea informațiilor respective, autoritatea contractantă a vrut să verifice, în eventualitatea declarării ca și câștigătoare a ofertei prezentate de contestator, dacă are garanția că acesta își va menține și asuma oferta prezentată, clarificarea respectivă, neavând ca efect încălcarea dispozițiilor documentației de atribuire.

În ce privește redevența, autoritatea contractantă subliniază că a solicitat clarificări identice tuturor ofertanților participanți la procedură.

Autoritatea contractantă afirmă că ofertantul contestator avea obligația să își însușească prin propunerea tehnică, cerințele din caietul de sarcini, potrivit legislației specifice, aceasta fiind parte integrantă a contractului, simpla participare la o procedură nereprezentând un angajament ferm, în sensul asumării cerințelor din caietul de sarcini, angajament, pe baza căruia autoritatea să poată penaliza contractantul în cazul nerespectării acestuia pe parcursul derulării contractului.

În acest context, autoritatea contractantă susține că prezentarea Planurilor anuale de revizii și reparații în forma prezentată de contestator, nu reprezintă o garanție a desfășurării în condiții optime a etapelor propuse de ofertant pentru realizarea activităților, în vederea îndeplinirii contractului și a definirii atribuțiilor și responsabilităților experților pentru ducerea la îndeplinire în cele mai bune condiții a activităților și obținerea rezultatelor așteptate, cerințe obligatorii și minimale din Secțiunea a 10 - a - Conținutul minim al ofertei tehnice.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată că, din analiza și evaluarea ofertelor prezentate, cât și a contestațiilor/plângerilor formulate, s-a constatat că ofertanților nu le-au fost clare cerințele din documentația de atribuire (modificată și completată prin clarificări ulterioare), aceștia interpretând în mod diferit cerințele cu privire la redevență, ofertele neputând fi astfel comparabile între ele, motiv pentru care au fost incidente prevederile art. 209 alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006.

Totodată, autoritatea contractantă face mențiunea că, în luarea deciziei de anulare a procedurii, s-a mai avut în vedere și faptul că, urmare a modificărilor aduse la documentația de atribuire (prin răspunsurile la clarificări - adresa nr. .../22.12.2011), în speță, la prevederile Proiectului de contract, în cazul în care procedura de atribuire a contractului se va finaliza, aceasta se va afla în imposibilitatea încheierii contractului.

În final, autoritatea contractantă opinează că, criticile contestatorului nu pot fi reținute în condițiile în care, aspectele prezentate de acesta nu sunt argumentate și nici fundamentate din punct de vedere legal.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de concesiune servicii, având ca obiect „Servicii de operare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor din județul ... În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de concesiune nr. ... din data de 26.09.2011.

Pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor s-au aflat dosarele nr. .../2012 și nr. .../2012, cu privire la:

- contestația nr. .../15.05.2012, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../ 17.05.2012, depusă de către ... împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire, act emis de ... prin care s-a solicitat anularea adresei

cu nr. .../02.05.2012; anularea rapoartelor de evaluare și a raportului procedurii, precum și a actelor subsecvente acestuia; constatarea că oferta sa este admisibilă; constatarea că oferta ... este inadmisibilă; în principal, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor admisibile depuse în cadrul licitației, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, inclusiv sub aspectul admisibilității ofertei declarate câștigătoare; în cazul în care se constată că în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse numai oferte care sunt inacceptabile și/sau neconforme, se solicită obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire;

- și contestația nr. .../15.05.2012, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../17.05.2012, depusă de către ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire, act emis de ... prin care s-a solicitat în principal, anularea raportului procedurii de atribuire și continuarea procedurii de achiziție publică prin luarea în considerare a ofertei sale și, în subsidiar, anularea procedurii, anularea adresei nr. .../02.05.2012, constatarea că oferta sa este admisibilă, precum și constatarea că oferta ... este inacceptabilă.

Prin Decizia nr. .../18.07.2012, Consiliul a admis în parte contestațiile depuse de ... și ..., a anulat raportul procedurii de atribuire nr. .../02.05.2011, precum și comunicările privind rezultatul procedurii și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și emiterea unui nou raport al procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din prezenta, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în vigoare. De asemenea a obligat autoritatea contractantă la comunicarea rezultatului procedurii ofertanților în termenul legal, cu respectarea prevederilor art. 207 din ordonanța de urgență. În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență, Consiliul a respins ca inadmisibile capetele de cerere privind constatarea că ofertele contestatoarelor sunt admisibile și constatarea că oferta ... este inadmisibilă. A respins ca nefondată, în baza art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență menționată cererea de intervenție depusă de către ...

Împotriva acestei decizii, ... și ... – în calitatea sa de intervenient au formulat plângeri la Curtea de Apel ... ce au format obiectul:

- dosarului nr. .../2/2012, solicitând: admiterea excepției de tardivitate invocată la punctul B din prezenta plângere; anularea în parte a Deciziei nr. .../04/..., .../18.07.2012, ca nelegală și

netemeinică, în sensul înlăturării în parte, ca nefondate a considerentelor (expuse la pag. 34-35 și pag. 38-39 din Decizie) cu privire la redevența ofertată de ... și care au stat la baza soluției privind anularea raportului procedurii de atribuire nr. .../02.05.2012 și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui raport al procedurii precum și a comunicărilor rezultatului procedurii; respingerea contestațiilor ... și ... ca inadmisibile / nefondate; să se constate ca oferta ... este admisibilă și conformă, întocmită cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire așa cum a fost modificată prin răspunsurile la solicitările de clarificări; să se admită cererile de intervenție principale în interes propriu formulate de ..., să se mențină rezultatul procedurii și toate actele administrative subsecvente emise de autoritatea contractantă (comunicare rezultat procedură, decizia de desemnare a ofertantului câștigător, raportul procedurii, decizia de desemnare a ofertei ...ca admisibilă/ conformă, etc.) ca legale și temeinice; încheierea contractului cu ofertantul câștigător.

- și dosarului nr. .../2/2012 care a fost conexas la cel antemenționat.

Prin decizia civilă nr. ...2/20.09.2012, pronunțată de Curtea de Apel ... Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. .../2/2012, s-a respins plângerea principală formulată împotriva Deciziei nr. .../18.07.2012 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor de petenta ... formulată în contradictoriu cu intimata autoritatea contractantă ... și intimata ... și s-a admis plângerea conexă formulată de petenta ... împotriva Deciziei nr. .../18.07.2012 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, modifică în parte Decizia CNSC nr. .../18.07.2012 în sensul că admite contestația formulată de ...

Urmare a punerii în aplicare a deciziei CNSC nr. ..., autoritatea contractantă a transmis către:

- ...adresa nr. .../ 30.07.2012 prin care i-a comunicat respingerea ofertei sale și anularea procedurii de atribuire. Împotriva acestei adrese, ... a formulat contestația nr. .../07.08.2012 înregistrată la Consiliu sub nr. .../ 07.08.2012 ce a format obiectul dosarului nr. .../2012 solicitând: constatarea că procedura de reevaluare a ofertelor a fost grav viciată prin declararea ca neconformă a ofertei ... și anularea procedurii de atribuire; anularea adresei cu nr. .../30.07.2012 și a actelor subsecvente, ca nelegale și netemeinice; constatarea caracterului conform al ofertei ... și, implicit, nelegalitatea și netemeinicia anulării procedurii de atribuire; menținerea deciziei autorității contractante de

declarare ca inacceptabile/neconforme a ofertelor ... și ...; menținerea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. .../02.05.2012;

- ... a primit adresa nr. .../30.07.2012 prin care i-a comunicat respingerea ofertei sale și anularea procedurii de atribuire. Împotriva acestei adrese ... a formulat contestația nr. .../09.08.2012 înregistrată la Consiliu sub nr. .../14.08.2012 ce a format obiectul dosarului nr. .../2012 solicitând: anularea comunicării nr. .../ 30.07.2012; anularea rapoartelor de reevaluare și a raportului procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente întocmite de autoritatea contractantă ca urmare a deciziei Consiliului nr. ... din data de 18.07.2012; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor admisibile.

Prin Decizia nr. ... Consiliul a admis în parte contestația depusă de ..., a admis contestația depusă de ... a anulat raportul procedurii de atribuire nr. .../30.07. 2012, precum și comunicările privind rezultatul procedurii și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și emiterea unui nou raport al procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în vigoare. De asemenea a obligat autoritatea contractantă de a comunica rezultatul procedurii ofertanților în termenul legal, cu respectarea prevederilor art. 207 din ordonanța de urgență. În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență, Consiliul a respins ca inadmisibile capetel...e de cerere privind constatarea caracterului conform al ofertei ...și declararea ca inacceptabile/neconforme a ofertelor ... și ..., din cadrul contestației depusă de ...A respins ca nefondate cererile de intervenție depuse de ... și ..., în baza art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență.

Împotriva acestei decizii, ... și ... au formulat plângeri la Curtea de Apel ... ce au format obiectul:

- dosarului nr. .../2/2012, solicitând: anularea în tot a Deciziei nr. ... pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și constatarea temeiniciei și legalității Raportului procedurii de atribuire nr. .../ 30.07.2012 emis de ...;
- și dosarul nr. .../2/2012 solicitând: modificarea în parte a deciziei CNSC nr. ...; admiterea în integralitate a contestației nr. .../09.08.2012 formulată de ... (înregistrată la CNSC sub nr. .../ 14.08.2012); respingerea contestației nr. .../07.08.2012 formulată de ... înregistrată la CNSC sub nr. .../07.08.2012.

Prin decizia civilă nr. .../10.12.2012, pronunțată de Curtea de Apel ... Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. .../2/2012, s-au respins plângerile formulate de petenții ... și ...

împotriva Deciziei nr. ... în contradictoriu cu intimata ... ca nefondate.

Aceste decizii pronunțate de către Curtea de Apel ... având în vedere caracterul lor definitiv și irevocabil, au dobândit putere de lucru judecat, în esență, semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (*bis de eadem re ne sit actio*) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (*res iudicata pro veritate habetur*).

În doctrina și literatura de specialitate s-a arătat că efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: unul negativ, pentru partea care a pierdut procesul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și unul pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut, într-o nouă judecată. Rezultă astfel că lucrul judecat are următoarele efecte: exclusivitate, incontestabilitate, executorialitate și obligativitate.

Față de efectele sus menționate, rezultă că partea din hotărâre care interesează lucrul judecat este dispozitivul, pentru că în dispozitiv este cuprinsă soluția, iar dispozitivul este cel care se execută. Totuși trebuie recunoscut acest efect și considerentelor, în măsura în care explică dispozitivul și se reflectă în el. În speță, dispozitivul deciziei Curții fără considerente nu poate fi înțeles, deoarece aceste considerente susțin/fac corp comun cu dispozitivul.

Astfel, deși plângerile au fost respinse de către Curtea de Apel, în cadrul considerentelor Deciziei nr..../10.12.2012, Curtea a reținut următoarele aspecte: *„din analiza actelor și lucrărilor dosarului, Curtea constată că soluția dispusă de Consiliu, în sensul anulării Raportului procedurii nr. .../30.07.2012 și obligării autorității contractante să procedeze la o nouă reevaluare a ofertelor, este legală, pentru considerentele ce vor fi arătate în continuare și care substituie în parte motivarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor. În privința ofertei ... decizia autorității contractante consemnată în procesul verbal de reevaluare a ofertelor nr. 10906/30.07.2012 și în Raportul procedurii nr. .../30.07.2012, în sensul respingerii acesteia ca inacceptabilă și neconformă, este nelegală, impunându-se menținerea Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor din data de ... sub aspectul anulării raportului procedurii și reevaluării ofertelor, însă cu luarea în considerare a celor statuate, irevocabil, prin Decizia Curții de Apel ... nr. ...2/20.09.2012 pronunțată în dosarul nr. .../2/2012. (...) În considerentele deciziei, instanța a analizat, în cadrul controlului*

judiciar exercitat asupra Deciziei Consiliului din data de 18.07.2012, motivele invocate în contestația formulată de ... și a reținut că în mod nelegal oferta prezentată de aceasta a fost apreciată de autoritatea contractantă, dar și de Consiliu ca fiind inacceptabilă și neconformă (pag. 43-48 ale Deciziei nr. ...2/20.09.2012). În aceste condiții, principiul puterii lucrului judecat și principiul securității raporturilor juridice se opun ca drepturile recunoscute petentei ... și statuările instanței privitoare la caracterul acceptabil și conform al ofertei ... să fie contrazise prin repunerea în discuție, în acest cadru procesual, a condițiilor de admisibilitate a ofertei ... Așadar, este exclusă menținerea raportului procedurii de atribuire nr. .../30.07.2012, întocmit de autoritatea contractantă anterior pronunțării Deciziei Curții de Apel ... nr. ...2/20.09.2012, prin care s-a dispus anularea procedurii de atribuire pe motiv că toate cele trei oferte au fost declarate neconforme/inacceptabile. Cu privire la plângerea formulată de petenta ..., prin decizia nr. ...2/20.09.2012, instanța a dispus respingerea acesteia ca neîntemeiată, cele statuate cu putere de lucru judecat în privința ofertei ... regăsindu-se la pag. 42 și 43 ale deciziei. Prin urmare, în procedura de reevaluare a ofertelor dispusă în mod legal de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor prin Decizia nr. ... din ... autorității contractante îi revine obligația de a aduce la îndeplinire dispozițiile cu caracter obligatoriu cuprinse în decizia anterioară a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (nr. .../18.07.2012), astfel cum acestea au fost analizate și interpretate, cu putere de lucru judecat, prin Decizia Curții de Apel ... nr. ...2/20.09.2012. Prin această decizie, instanța a admis în integralitate plângerea conexă, formulată de petenta ... (...). Principiul puterii lucrului judecat corespunde necesității de stabilitate juridică și ordine socială, fiind interzisă readucerea în discuție, în acest ciclu procesual, a chestiunii litigioase deja rezolvate prin Decizia Curții de Apel ... nr. ...2/20.09.2012, prin care petenta ... a invocat admisibilitatea ofertei acesteia și inadmisibilitatea ofertei ..."

Pentru a pune în aplicare dispozitivul Deciziei nr. .../10.12.2012 pronunțată de Curtea de Apel ... respectiv la data de 10.01.2013 (anterior redactării acestei decizii, respectiv data de 22.01.2013, deci anterior luării la cunoștință despre considerentele reținute de către instanță în cadrul acestei decizii), autoritatea contractantă a informat ofertanții că va reevalua ofertele depuse și va emite un nou raport al procedurii.

Astfel, la data de 14.01.2013 prin procesul verbal nr. .../14.01.2013 autoritatea contractantă a solicitat experților cooptați să completeze rapoartele de specialitate cu informațiile pe

care le consideră relevante iar expertului ... în mod special i-a solicitat „să pregătească un raport privind redevența oferită de fiecare dintre cei trei participanți la licitație, respectiv să realizeze un calcul din care să reiasă dacă redevența ofertată de cei trei operatori economici sunt suficiente pentru acumularea sumelor necesare deschiderii noilor celule de depozitare nr. 2 și nr. 3”.

Având în vedere aceste solicitări, la data de 15.01.2013 experții cooptați ... și ... elaborează raportul cu privire la cuantumul redevenței în cadrul procedurii de achiziție publică.

La data de 17.01.2013, autoritatea contractantă încheie procesul verbal nr. .../17.01.2013 prin care stabilește că se impune solicitarea unor clarificări cu privire la cerințele din caietul de sarcini și cu privire la fermitatea redevenței ofertate de cei trei operatori economici participanți.

Urmare a analizării răspunsurilor primite de la ofertanți la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă respinge oferta depusă de ... ca inacceptabilă și neconformă, iar ca neconformă oferta depusă de ..., iar oferta depusă de ... este declarată admisibilă „în baza Deciziei irevocabile nr. ...2/20.09.2012 a Curții de Apel Curtea, a admis plângerea formulată de către dvs., plângere prin care a fost solicitată și admiterea în integralitate a contestației (înregistrată la CNSC sub nr. .../17.05.2012) și a completării acesteia (înregistrată la CNSC sub nr. .../15.06.2012), contestație, prin care s-a solicitat și constatarea faptului că oferta depusă de ... este admisibilă” aspecte consemnate în raportul procedurii nr. .../21.01.2013.

Ulterior comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, ... a depus la Consiliu contestația de față.

Referitor la criticile contestatorului cu privire la „solicitarea de clarificări nr. .../17.01.2013” și „criticile privind aprecierea ofertei ... ca neconformă”, Consiliul reține faptul că potrivit prevederilor art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 *„orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență”*.

Față de aceste aspecte coroborat cu alin. (2) din articolul antemenționat rezultă „ipso facto” că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un

interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestațiilor să aparțină celui care recurge la formularea contestației și să fie născut și actual, deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că prin declanșarea unei proceduri de soluționare a contestației nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu ale acțiunii de a contesta.

De asemenea, Consiliul reține faptul că în literatura de specialitate se precizează că interesul este actual, în sensul că dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel, rezultă că un interes eventual ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

În aceste condiții este evident că societatea contestatoare nu a avut un interes legitim în legătură cu „solicitarea de clarificări nr. .../17.01.2013” și „criticile privind aprecierea ofertei ... ca neconformă”, deși de natură să producă efecte juridice operatorilor economici, nu este de natură a-i fi produs contestatorului un prejudiciu nici în trecut nici în prezent și nici în viitor, deoarece pe de o parte contestatorul răspunsese solicitărilor de clarificări anterior formulării contestației, respectiv la data de 18.01.2013, iar pe de altă parte oferta sa în final a fost declarată admisibilă, prin urmare nu este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim al contestatoarei ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, așa cum dispune art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, deci contestatoarea nu îndeplinește condiția de parte vătămată, soluția ce ar urma a fi pronunțată referitor la aceste critici, neavând deci nici o influență asupra raporturilor dintre contestatoare și autoritatea contractantă.

În raport de cele reținute mai sus, Consiliul urmează să respingă aceste critici ca lipsite de interes.

Referitor la critica contestatorului cu privire „anularea procedurii de atribuire potrivit art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 coroborate cu cele ale art. 209 alin. (4) lit. a) și b) din O.U.G. nr. 34/2006”, din analiza documentelor, Consiliul reține următoarele aspecte:

- în cadrul ultimului raport al procedurii nr. .../21.01.2013 autoritatea contractantă constată că au fost încălcate prevederile art. 26 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, deoarece prin adresele nr. .../ 06.10.2011 și adresa nr. .../10.01.2012 au fost publicate în SEAP măsuri de remediere adoptate de autoritatea contractantă urmare a primirii contestațiilor nr. .../04.10.2011 și nr. .../06.01.2012 măsuri care au modificat criteriile de calificare. Rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă constată că a încălcat prevederile legale antemenționate după aproximativ 1 an și 3 luni și respectiv 1 an de la momentul luării măsurilor de remediere după ce au fost depuse, evaluate și reevaluate urmare a contestațiilor și plângerilor formulate, 3 oferte, oferte care au ținut cont în momentul elaborării și depunerii lor de toate remediile efectuate de către autoritatea contractantă la documentația de atribuire;

- de asemenea, în cadrul aceluiași înscris, autoritatea contractantă în mod eronat invocă încălcarea prevederilor art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006, având în vedere faptul că măsurile de remediere luate de către autoritatea contractantă au avut ca temei legal prevederile art. 256³ din O.U.G. nr. 34/2006 care reglementează acest drept al autorității contractante de a adopta măsuri de remediere și nu prevederile art. 179 alin. (4) din același act normativ, având în vedere că au fost formulate contestații;

- autoritatea contractantă invocă totodată, în cadrul raportului procedurii faptul că au fost încălcate prevederile art. 199 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, motivat de faptul că răspunsurile de clarificări publicate prin adresa nr. .../22.11.2011 au condus la o ofertă financiară a redevenței din partea operatorilor economici pe criterii imposibil de comparat și cuantificat. Acest motiv nu poate sta la baza deciziei de anulare având în vedere pe de o parte faptul că prin acest răspuns la solicitările de clarificări nu s-au modificat factorii de evaluare iar pe de altă parte riscul elaborării ofertelor și implicit înțelegerea cerințelor impuse de către autoritatea contractantă pentru elaborarea ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, prin necontestarea în termenul legal a documentației de atribuire și a răspunsurilor la solicitările de clarificări acestea au fost

însușite și acceptate de către operatorii economici. Mai mult, Consiliul reține că referitor la redevențele oferite de operatorii economici, prin decizia nr. ...2/ 20.09.2012 rămasă definitivă și irevocabilă Curtea de Apel s-a pronunțat;

- după 1 an și 1 lună de la modificările aduse documentației de atribuire, autoritatea contractantă constată că se încalcă prevederile proprii Hotărâri a Consiliului Local, iar după 1 an și 4 luni de la publicarea documentației de atribuire constată că în cadrul caietului de sarcini sunt erori grave și că acesta nu corespunde necesității sale.

În soluționare, Consiliul reține faptul că potrivit art. 6 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 autoritatea contractantă are dreptul de a iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după ce a elaborat documentația de atribuire.

Față de aceste aspecte, coroborat cu art. 8, art. 15 din H.G. nr. 925/2006 și prevederilor din cadrul O.U.G. nr. 34/2006 autoritatea contractantă și-a stabilit cerințele minime și specificațiile tehnice în raport de natura și complexitatea contractului de urmează a fi atribuit care ulterior au fost remediate urmare a solicitărilor de clarificări și a contestațiilor depuse.

Consiliul nu poate reține în soluționare argumentația autorității contractante din cuprinsul raportului procedurii, având în vedere următoarele considerente:

- stabilirea criteriilor de calificare și selecție, a factorilor de evaluare și a modalității de aplicare și algoritmului de calcul, a specificațiilor tehnice reprezintă drepturi ale autorității contractante, aceasta manifestându-și voința de a uza de ele prin stabilirea cerințelor și factorilor de evaluare în cadrul fișei de date a achiziției și a specificațiilor tehnice corespunzător necesității în cadrul caietului de sarcini. Rezultă „eo ipso” că stabilirea cerințelor de calificare și selecție, a factorilor de evaluare și a specificațiilor tehnice este strict alegerea/manifestarea de voință a autorității contractante care își asumă implicit și riscurile aferente;

- faptul că unii operatori economici nu au elaborat oferta conformă deoarece nu au înțeles cerințele expres menționate de autoritatea contractantă, cerințe care au fost clarificate și remediate urmare a unor solicitări de clarificări nu poate fi reținut ca motiv de anulare în această etapă a procedurii având în vedere faptul că aceștia prin necontestarea acestor cerințe prin nesolicitarea unor noi clarificări au acceptat documentația astfel cum a fost ea formulată inițial și remediată ulterior de către autoritatea contractantă asumându-și astfel toate riscurile. Nedepunerea de

către toți operatorii economici a unor oferte admisibile nu constituie motiv de anulare a unei proceduri de atribuire.

Ofertanții au obligația legală, potrivit art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006 de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Maniera în care a procedat autoritatea contractantă (anularea proceduri de atribuire după mai mult de 1 an de zile de la momentul inițierii procedurii și remedierii documentației de atribuire în condițiile în care atât în etapa anterioară deschiderii cât și ulterioară acesteia s-au depus numeroase contestații) apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Potrivit art. 209 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația să anuleze aplicarea procedurii, de regulă înainte de transmiterea comunicării privind rezultatul acesteia pentru trei motive expres și limitativ prevăzute de lege, printre acestea neregăsindu-se motivația că „nu a fost publicat un anunț tip erată” sau că „ofertanților nu le-au fost clare cerințele din documentația de atribuire (...) interpretând în mod diferit cerințele cu privire la redevență”. Modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că atunci când hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea trebuie să aibă în vedere stabilirea unor cerințe care să corespundă necesităților sale și care să nu restrângă concurența la fel cum trebuie efectuată și remedierea acestora.

Mai mult, motivul autorității contractante că s-a aflat în „imposibilitatea încheierii contractului” datorită faptului că cerințele au fost neclare ofertanților interpretându-le în mod diferit nu poate fi reținut de Consiliu ca motiv de anulare, deoarece modul de elaborare a ofertelor, ceea ce implică în mod indirect și interpretarea cerințelor autorității contractante, cade în sarcina operatorilor economici aceștia în momentul elaborării și depunerii ofertelor asumându-și toate riscurile, autoritatea contractantă având obligația de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanți din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini și al verificării propunerii financiare prezentate de ofertanți din punct de vedere al încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate precum și al încadrării în situația prevăzută de art. 202 din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit prevederilor art. 72 alin. (2) lit. f) și g) din H.G. nr. 925/2006 și nu

de a anula procedura motivat de faptul că unii operatori economici nu au elaborat și depus oferte conform documentației de atribuire.

Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

În subsidiar nu trebuie ignorat faptul că, în cauză, hotărârea de anulare a procedurii s-a făcut după aproximativ 1 an de la ședința de deschidere a ofertelor (procesul verbal de deschidere a ofertelor nr. .../24.01.2012), în cadrul căreia s-au consemnat propunerile operatorilor economici referitoare la prețul contractului de furnizare, după emiterea a două decizii de către Consiliu care au fost atacate cu plângeri la Curtea de Apel ... și după solicitarea a numeroase clarificări urmare a acestor decizii pronunțate rămase definitive și irevocabile.

Mai mult, până la momentul elaborării raportului procedurii nr. .../21.01.2013 în ciuda faptului să au fost elaborate numeroase procese verbale intermediare urmare a evaluării ofertelor și reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă nu a sesizat/constatat în cadrul niciunui înscris faptul că autoritatea contractantă nu a elaborat documentația de atribuire conform prevederilor legale și corespunzătoare necesității sale.

Această manieră de a proceda a autorității contractante, pe de o parte este nelegală în raport de dispozițiile art. 209 din Ordonanță, iar pe de altă parte de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (achiziționarea caietului de sarcini, deschiderea ofertelor, evaluarea ofertelor, reevaluarea ofertelor urmare a punerii în aplicare a Deciziilor CNSC și a Curții de Apel, răspunsului la solicitările de clarificări).

Conform art. 204 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă.

De la această regulă, actul normativ precizat instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se motivele autorității contractante care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în speță.

Consiliul reține faptul că în speță, autoritatea contractantă nu a făcut dovada existenței unor „abateri grave de la prevederile legislative” care „afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului”.

Potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Legiuitorul a reglementat în mod expres, la art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 care sunt situațiile în care o procedură poate fi anulată, fără a stabili nicio derogare de la aceste prevederi. Astfel în cazul în care autoritatea contractantă se regăsește în una din situațiile acestea, poate anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului însă numai în baza unor justificări concludente.

Anularea procedurii s-a realizat fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 209 din OUG nr. 34/2006, deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate. Desigur că această imposibilitate nu se poate datora întocmirii de către autoritatea contractantă a documentației sau remediilor acesteia astfel încât să lase loc la interpretări diferite.

Potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a mai încălcat și dispozițiile art. 93 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, care dispune că „*autoritatea contractantă nu are dreptul ca, fără o justificare temeinică, să întârzie adoptarea unei decizii de finalizare a procedurii de atribuire, să întârzie încheierea contractului/acordului-cadru sau să adopte orice alte măsuri cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii. Aceste situații sunt considerate încălcări ale principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. f) și g) din ordonanța de urgență și se sancționează în consecință. Ofertantul care se consideră lezat de un astfel de comportament are dreptul de a solicita despăgubiri prin acțiune în justiție*”.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006, va admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Va anula raportul de anulare a procedurii de atribuire și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte

subsecvente ale raportului de anulare, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 278 alin. (6) din același act normativ, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...