



Consiliul
Național de
Soluționare a
Contestațiilor

MINISTERUL DEZVOLTĂRII,
LUCRĂRILOR PUBLICE ȘI ADMINISTRAȚIEI
REGISTRATURA
INTRARE/IESIRE Nr. 24005
Ziua 17 Luna 02 Anul 2022



str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cncs.ro, www.cncs.ro, http://portal.cncs.ro

Nr. 2422/109,
110/C2/14.02.2022

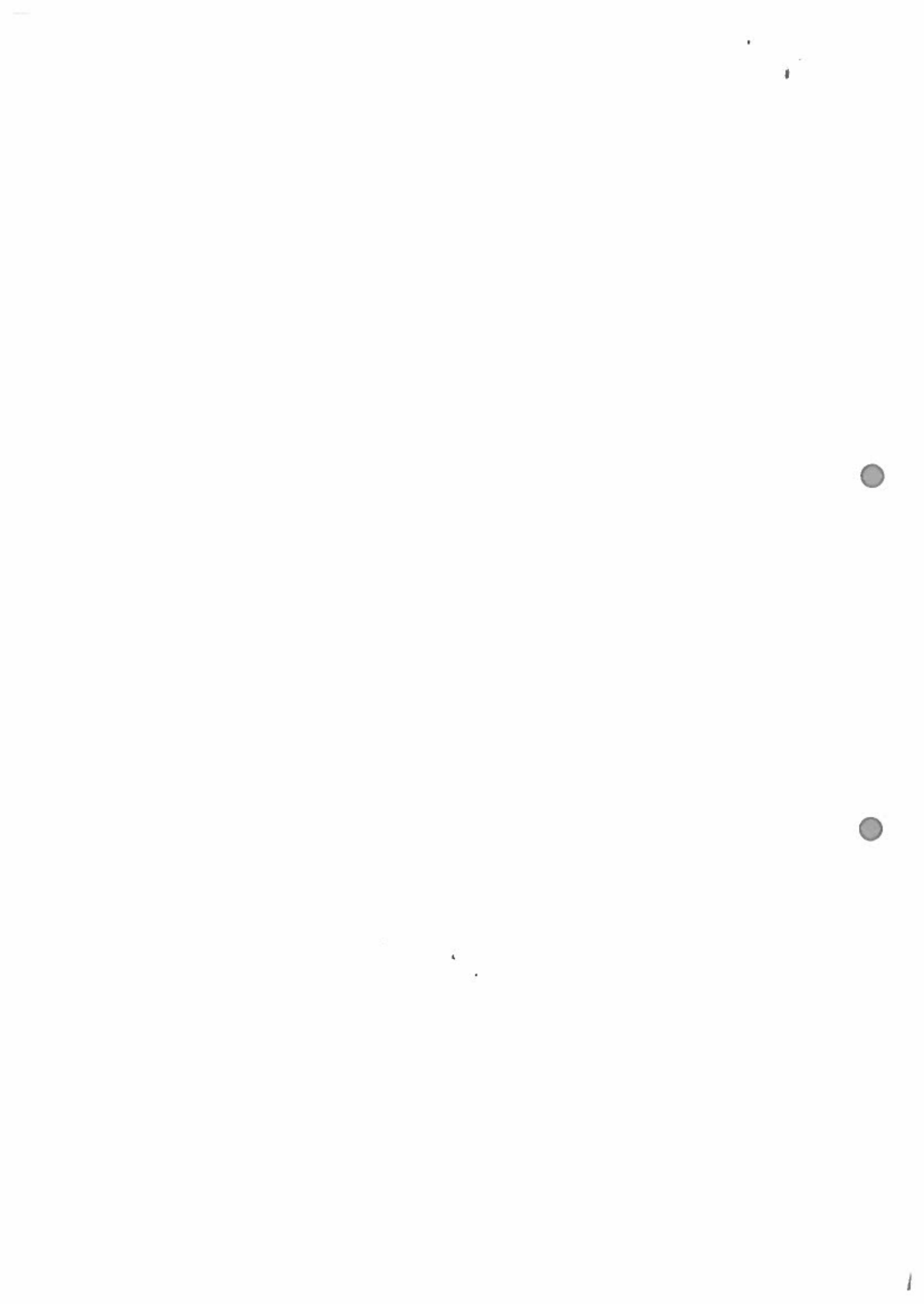
**MINISTERUL DEZVOLTĂRII,
LUCRĂRILOR PUBLICE ȘI
ADMINISTRAȚIEI**

Bucuresti, Sector 5, Str. Libertății nr.16,

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă transmitem alăturat Decizia nr. 293/C2/109,110/09.02.2022, pentru soluționarea contestațiilor înregistrate la CNSC cu nr. 2427/17.01.2022 și nr. 2430/17.01.2022.

**PREȘEDINTE,
Florentina DRĂGAN**







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. 293/C2/109,110

Data: 09.02.2022

I. Prin contestația nr. 13/14.01.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2427/17.01.2022, 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 comunicarea actelor de procedură în București, Bd. Mircea Eliade nr. 18, intrarea B, et. 6, sector 1, împotriva raportului procedurii nr. 166925/30.12.2021 și a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 688/04.01.2011, emise de MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, cu sediul în București, Str. Libertății nr. 16, sector 5, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de 49 tramvaie de cca. 18 m destinate transportului public de călători”, s-au solicitat:

1. anularea raportului procedurii nr. 166925/30.12.2021 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 688/04.01.2022, în ceea ce privește declararea ofertei BOZANKAYA ca neconformă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei BOZANKAYA din punct de vedere al admisibilității;

2. obligarea autorității contractante la reanalizarea caracterului confidențial al:

- conținutului ofertelor tehnice depuse de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA și ASTRA VAGOANE;

- solicitărilor/răspunsurilor la solicitările de clarificări depuse de PESA și ASTRA,

- grilelor de evaluare tehnică precum și a oricăror alte anexe/rapoarte întocmite de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii,

- precum și obligarea autorității contractante de a pune la dispoziția BOZANKAYA părți neconfidențiale din cadrul tuturor acestor documente;

3. anularea parțială a raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 în ceea ce privește declararea ofertelor PESA și ASTRA ca admisibile, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor PESA și ASTRA din punct de vedere al admisibilității.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4646/27.01.2022, 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 dl. Slawomir Piatek (Director Vânzări), și convențional de SCA Schoenherr și Asociații, cu sediul procesual ales în București, Bd. Dacia nr. 30, et. 7, sector 1, a solicitat încuviințarea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință respingerea contestației formulate de BOZANKAYA pentru lipsa constituirii în prealabil a cauțiunii în cuantumul prevăzut de lege, conform prevederilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulate de BOZANKAYA ca lipsită de interes și respingerea oricăror critici la adresa ofertei PESA ca fiind tardiv formulate, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației formulată de BOZANKAYA, ca nefondată.

II. Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 2430/17.01.2022, formulată de ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA, cu sediul în Arad, Str. Petru Rareș nr.1-3, Jud. Arad, înregistrată la ONRC sub nr. J02/536/1998, având CUI RO 10966616, reprezentată legal de Vasile Diaconescu, în calitate de director general și convențional de SCA Juca Zbârcea & Asociații, cu sediul profesional în București, Șos. Nicolae Titulescu nr. 4-8, America House, Aripa de Vest, etaj 8, sector 1, împotriva raportului procedurii nr. 166925/30.12.2021, emis de MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-au solicitat:

- anularea parțială a raportului procedurii nr. 166925/30.12.2021, în privința desemnării ofertei societății POJAZDY RZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SPOLKA AKCYJNA SA ca fiind admisibilă și câștigătoare, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, dar și a celor conexe și subsecvente;

- anularea comunicărilor privind rezultatul procedurii;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, în sensul reevaluării ofertei depusă de POJAZDY RZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SPOLKA AKCYJNA SA, cu respectarea prevederilor

legale, ale documentației de atribuire și a motivării deciziei care urmează a fi pronunțată în cauză.

- acordarea accesului neîngrădit la dosarul constituit la CNSC, în temeiul art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, inclusiv la informațiile din ofertele participante care nu au fost indicate și probate, în mod corespunzător, ca având caracter confidențial.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4648/27.01.2022, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, cu datele de identificare susmenționate, a solicitat încuviințarea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulate de ASTRA ca tardivă și nefondată, iar în subsidiar, în cazul în care CNSC va aprecia contestația ASTRA ca fiind admisibilă și întemeiată pe fond, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ASTRA în sensul declarării inadmisibilității acesteia și cu consecința obligării la anularea procedurii pe motivul prevăzut la art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Contestațiile 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:

I. Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș. (denumită în continuare BOZANKAYA) critică raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 și comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 688/04.01.2011, emise de MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție susmenționată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, BOZANKAYA prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că, în urma deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021, comisia de evaluare a reluat etapa de evaluare tehnică a ofertei sale, declarând oferta neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr.395/2016 pe motiv că în ofertă nu se regăsește nomenclatorul de defecte, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 39667/30.03.2021, BOZANKAYA nu a indicat unde în propunerea sa tehnică se află lista cu materialele periculoase.

Într-o primă critică contestatorul susține că autoritatea contractantă avea obligația de reevaluare a ofertei sale potrivit deciziei Consiliului, însă, în opinia sa, nu a realizat nicio evaluare, simpla acțiune materială a întrunirii comisiei și a redactării unui proces-verbal în care se prezintă sec și fără nicio justificare suport concluzia că oferta

BOZANKAYA este neconformă, nu îndeplinește exigențele unei reale reevaluări.

Contestatorul precizează că libertatea de apreciere a autorității contractante nu poate fi absolută, cel puțin prin raportare la două elemente fundamentale:

a. Dreptul de apreciere trebuie să fie exercitat prin asumarea obligației corelative de motivare corespunzătoare a fiecărei decizii, adică să se sprijine pe un raționament explicit, prezentat în mod clar și neechivoc, care să fundamenteze concluzia și care să permită atât ofertantului cât și unei autorități publice cu atribuții jurisdicționale să înțeleagă motivele ce au stat la baza deciziei luate, pentru corecta stabilire a legalității și temeiniciei deciziei.

b. Decizia adoptată ca urmare a aprecierii făcute, în raport de circumstanțele concrete ale procedurii, trebuie să respecte principiul bunei administrări și principiul proporționalității.

Ori, față de conținutul raportului procedurii de atribuire și al procesului-verbal întocmit de autoritatea contractantă în aplicarea Deciziei de CNSC, au fost ignorate ambele elemente prezentate anterior.

În acest sens, se arată că jurisprudența CJUE a stabilit obligația de motivare a deciziilor adoptate de autoritățile naționale, întrucât permite destinatarului acestor decizii să își apere drepturile și să decidă în deplină cunoștință de cauză dacă este util să formuleze o cale de atac jurisdicțională împotriva acestora.

În legătură cu declararea ofertei BOZANKAYA ca neconformă prin raportare la cerința listei materialelor periculoase, contestatorul subliniază două aspecte: în primul rând că CNSC nu se poate substitui atribuțiilor comisiei în ceea ce privește verificarea conformității propunerii tehnice, iar în al doilea rând că nu se poate considera că evaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA este finalizată.

Aparent, lipsa unui răspuns al BOZANKAYA a stat la baza deciziei autorității contractante, dar acest lucru nu corespunde realității, după cum susține contestatorul, deoarece BOZANKAYA a indicat în răspunsul său, în mod clar, că nu folosește materiale din categoria celor periculoase conform clasificării UNIFE (Asociația Industriei Feroviare Europene) și reglementarilor în vigoare, materialele utilizate îndeplinind condițiile de protecție împotriva incendiilor, cerințele de protecție a mediului și a sănătății persoanelor, conform reglementarilor în vigoare.

În loc să realizeze o analiză reală a situației prezenței/absenței unor materiale periculoase în componența tramvaiului, contestatorul susține că autoritatea contractantă a ignorat vădit răspunsul la clarificări și nici nu a mai considerat necesar să inițieze vreo formă de clarificare suplimentară.

Într-o altă critică, contestatorul apreciază că declararea ofertei sale ca neconformă prin raportare la neîndeplinirea cerinței listei materialelor periculoase, nu corespunde realității, întrucât BOZANKAYA a inclus în oferta sa tehnică, în mod clar, documentul intitulat

"Nomenclatura defectiunilor", la pag. 308 din Anexa la Propunerea Tehnică.

Includerea, în mod nefericit, în răspunsul la clarificările solicitate pe acest subiect a formulării „*nomenclatorul de defecte în limba romana va fi furnizat odată cu primul tramvai livrat, împreună cu celelalte documente solicitate*” a fost de natură a crea confuzie privind existența sau nu a acestui nomenclator la momentul ofertării, însă, precizează contestatorul, această frază a fost inclusă doar ca o formă de întărire a asumării obligației de prezentare a Nomenclatorului, și nu pentru a tergiversa momentul prezentării acestuia până după semnarea contractului.

De asemenea, în contextul reevaluării ofertei, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă putea verifica coroborat toate aceste informații (inclusiv prin intermediul unei solicitări suplimentare de clarificare).

O altă critică vizează acceptarea/declararea nelegală de către autoritatea contractantă a caracterului confidențial al unor documente și limitarea nejustificată a accesului la dosarul achiziției, sens în care contestatorul face trimitere la prevederile art. 1 din Directiva 89/665, Directiva 89/665, art. 21 din Directiva 2014/24/UE, art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul susține că, din coroborarea dispozițiilor susenunțate rezultă faptul că sunt protejate, sub aspectul confidențialității, numai anumite informații din cuprinsul documentelor depuse în procedura de atribuire și nu totalitatea documentelor prezentate. Cu alte cuvinte, nu pot fi declarate confidențiale ofertele tehnice și financiare în integralitatea lor, ci doar anumite informații din acestea care, dacă ar ajunge la cunoștința competitorilor, ar vătăma interesele și drepturile ofertantului.

În concluzie, contestatorul apreciază că informațiile nu pot fi menținute ca fiind confidențiale doar prin simpla atașare a unei solicitări a ofertantului în acest sens, acesta fiind obligat să arate prin orice mijloc de probă caracterul prejudiciabil al divulgării sau protejarea specifică a informației, astfel încât confidențialitatea unor documente nu poate fi invocată cu scopul ascuns de a îngreuna sau a face imposibilă identificarea neregulilor din cadrul ofertei sau altor documente relevante în procedura de atribuire.

Într-o ultimă critică, contestatorul susține că ofertele depuse de PESA și ASTRA sunt inadmisibile, autoritatea contractantă având obligația să respingă oferta depusă de PESA, ca neconformă, întrucât nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini, conform art. 134 alin (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, respectiv:

- PESA nu a prezentat în conformitate cu cerințele Capitolului 5, „Desenele organizării interioare, care vor indica dispunerea scaunelor, a ușilor, a butoanelor pentru solicitarea opririi, a geamurilor, a ieșirilor de siguranță și a poziționării rampei pentru accesul nelimitat al persoanelor care se deplasează cu căruciorul rulant, a locurilor rezervate pentru

persoanele cu mobilitate redusă și a femeilor însărcinate, a echipamentelor pentru validarea biletelor etc. " și nici „Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord, detaliat”.

- PESA nu a justificat îndeplinirea cerinței pentru desen organizarea funcțională a spațiului interior, astfel cum este detaliată la Capitolul 4 Descrierea generală constructivă a tramvaielor, precum și la Capitolul 5 din documentație.

- PESA nu a îndeplinit cerința expresă a documentației de atribuire de a prezenta „fișa echipamentului de protecție care trebuie să fie de serie”;

- PESA nu a respectat cerința de completare a propunerii tehnice prin comentarii - articol cu articol - ale specificațiilor tehnice conținute în caietul de sarcini, ci a preluat identic conținutul cerinței din formularul de propunere tehnică al autorității contractante și l-a transpus în conținutul propunerii tehnice proprii.

De asemenea, contestatorul susține că ASTRA și-a modificat, în mod repetat, oferta prin răspunsul la solicitările de clarificări, astfel deși inițial nu au fost indicate ieșirile de siguranță și locurile rezervate pentru persoanele cu mobilitate redusă și pentru femeile însărcinate, astfel cum impun cerințele capitolului 5 din documentația de atribuire, ulterior, această omisiune din ofertă a fost acoperită de către ASTRA prin răspunsul la clarificarea nr. 85656/15.07.2021, care constituie o modificare evidentă a ofertei, cu încălcarea principiului tratamentului egal.

Totodată, se arată că, în cadrul ofertei ASTRA nu au fost depuse toate desenele solicitate la capitolul 5 din caietul de sarcini și nu au fost prezentate detaliat Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord, cu indicarea fiecărei comenzi, buton și a indicatorilor de bord, ulterior acest aspect fiind modificat prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

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, în copie, înscrisuri.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4646/27.01.2022, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA (denumită în continuare PESA) a solicitat încuviințarea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulate de BOZANKAYA pentru lipsa constituirii în prealabil a cauțiunii în cuantumul prevăzut de lege, conform prevederilor art. 61¹ din Legea 101/2016, respingerea contestației formulate de BOZANKAYA ca lipsită de interes și respingerea oricăror critici la adresa ofertei PESA ca fiind tardiv formulate, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației formulată de BOZANKAYA, ca nefondată.

În prealabil, intervenientul prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, justificând interesul său în formularea cererii de intervenție prin raportare la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 C.proc.civ și la calitatea sa de ofertant câștigător.

Într-o primă critică, intervenientul apreciază că se impune respingerea contestației pentru constituirea incorectă a cauțiunii de către BOZANKAYA, raportat la informațiile înregistrate pe portalul CNSC, și la prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Intervenientul învederează că și în fața Curții de Apel, în soluționarea plângerii formulate de aceasta, BOZANKAYA a constituit în mod incorect cauțiunea, aplicând un raționament eronat al prevederilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, pe care se pare că îl aplică și de această dată în fața Consiliului, având în vedere depunerea unei singure recipise de constituire a cauțiunii, în loc de patru recipise aferente fiecărui lot.

Astfel cum a susținut și în fața Curții de Apel București, BOZANKAYA interpretează, în mod greșit, dispozițiile Legii nr.101/2016, cu intenția de a eluda prevederile legale, susținând fără temei că maximum de 2.000.000 RON pentru cauțiune s-ar aplica indiferent de numărul de loturi contestate printr-o singură contestație.

Un asemenea raționament nu poate fi acceptat, în opinia intervenientului, fiind în mod evident contradictoriu cu dispozițiile art. 61¹ alin. (2)¹ care stabilesc că prevederile alin. (1) se aplică integral fiecărui lot contestat: atât procentul de 2% cât și maximum prevăzut de 2.000.000 RON. Nu există nicio derogare de la această prevedere care să stabilească că acest maxim ar trebui aplicat indiferent de numărul de loturi, o asemenea interpretare ar lăsa fără aplicabilitate prevederile alin. (2)¹ și nu poate fi acceptată, susține intervenientul.

În susținerea excepției lipsei de interes a contestatorului, intervenientul precizează că BOZANKAYA a fost exclusă definitiv de la procedura de atribuire printr-o hotărâre judecătorească definitivă, în speță fiind incidente prevederile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și dispozițiile art. 32 și art. 33 din Codul de procedură civilă.

Astfel, se apreciază că excluderea ofertantului BOZANKAYA beneficiază de autoritate de lucru judecat, stabilindu-se, în mod definitiv, că oferta acesteia este inadmisibilă, prin noul raport al procedurii de atribuire autoritatea contractantă dispunând cele statuate prin decizia CNSC, consolidată prin hotărârea Curții de Apel București.

În opinia intervenientului, nici cererea contestatorului BOZANKAYA prin care se solicită obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei PESA, nu justifică interes, în acest context, fiind relevante și considerentele Deciziei Curții de Apel București nr. 3811/01.07.2015.

Intervenientul subliniază că în măsura în care BOZANKAYA ar fi avut critici cu privire la oferta depusă de PESA, acestea ar fi trebuit invocate în mod legal, cel mai târziu în termenul legal de 10 zile de la data formulării contestației împotriva raportului inițial al procedurii.

Se învederează că noul raport al procedurii de atribuire nu a cuprins aspecte noi care să privească oferta PESA și care pot fi puse în discuție

Într-o contestație ulterioară, toate informațiile regăsindu-se în raportul inițial al procedurii, admisibilitatea ofertei PESA fiind consolidată prin neinvocarea acestora în cadrul cererii de intervenție depusă.

Prin urmare, având în vedere calitatea BOZANKAYA de ofertant exclus definitiv de la procedură în baza Hotărârii Curții de Apel București, faptul că acesta nu a solicitat anularea procedurii și lipsa unui interes actual în promovarea contestației față de raportul procedurii de atribuire, se impune, după cum susține contestatorul, admiterea excepției lipsei de interes și respingerea contestației ca atare. De asemenea criticile privind oferta PESA sunt tardive și se impun a fi respinse ca atare.

Pe fondul cauzei, în ceea ce privește criticile formulate de BOZANKAYA cu privire la reevaluarea ofertei sale, intervenientul apreciază că acestea sunt nefondate, având în vedere faptul că autoritatea contractantă, în reevaluarea ofertei, s-a raportat strict limitele tranșate de Consiliu, și anume la faptul că:

- în documentația de atribuire nu se permite raportarea la definiția materialelor periculoase dată de UNIFE,

- iar în răspunsurile solicitate deja privind această listă, BOZANKAYA nu a indicat unde se găsește lista cu astfel de materiale, prin urmare, raportat la cerința expresă (analizată deja de CNSC) autoritatea contractantă a concluzionat că oferta BOZANKAYA este neconformă.

De asemenea, se arată că CNSC a statuat foarte clar că, prin caietul de sarcini s-a solicitat prezentarea nomenclatorului de defecte în limba română, iar din răspunsul transmis de BOZANKAYA reiese că acest nomenclator nu a fost depus, motiv pentru care oferta acestuia trebuia respinsă de comisia de evaluare.

Contrar celor susținute de BOZANKAYA, intervenientul precizează că decizia de respingere ca urmare a reevaluării ofertei contestatorului este pe deplin motivată de comisia de evaluare, prin raportare atât la răspunsul de clarificări dat de BOZANKAYA privind lista materialelor periculoase cât și la Decizia CNSC.

În ceea ce privește criticile ce vizează confidențialitatea ofertei PESA, intervenientul precizează că în mod corect, autoritatea contractantă a limitat accesul contestatorului la documentele confidențiale din dosarul achiziției, respectarea confidențialității elementelor tehnice și financiare din ofertă reprezentând o obligație a autorității contractante potrivit art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere că actuala legislație nu stabilește expres care sunt acele documente care pot dovedi caracterul confidențial, contestatorul arată că, în practică, proba caracterului confidențial al ofertei se poate face prin conținutul ofertei, care conține informații sensibile din punct de vedere comercial și concurențial.

Intervenientul precizează că toate secretele comerciale ce se regăsesc în oferta tehnică și financiară sunt strict protejate de către PESA printr-o serie de măsuri care constituie dovezi suficiente pentru demonstrarea caracterului confidențial al acestora.

Mai mult, se subliniază că autoritatea contractantă a acționat în deplin acord cu principiul tratamentului egal, similar, limitând accesul PESA la ofertele ASTRA și BOZANKAYA, care și-au declarat ofertele confidențiale în integralitate.

În ceea ce privește criticile ce vizează oferta depusă de PESA, intervenientul prezintă argumente care combat susținerile contestatorului, în sensul că a respectat cerințele Capitolului 5 - Desenele organizării interioare și amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord, cerința din Capitolul 4 - Descrierea generală constructivă a tramvaiului, cerințele punctului 8.2 din Caietul de sarcini precum și cerința de completare a propunerii tehnice prin comentarii articol cu articol.

În concluzie, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție astfel cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 6938/20.01.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 3424/20.101.2022, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI a formulat apărări împotriva criticilor formulate de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș., solicitând respingerea acestora, ca nefondate, scopul contestației fiind tergiversarea procedurii de atribuire.

În prealabil, în cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire precizând că, în conformitate cu decizia CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021, și hotărârea Curții de Apel București, soluție prezentată pe scurt pe portalul instanței, dosar nr. 7413/2/2021, care respinge definitiv plângerile, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertei BOZANKAYA.

După parcurgerea tuturor documentelor, precum și a solicitărilor de clarificări, cerute în prealabil, comisia de evaluare a constatat, după cum se arată, absența listei cu toate materialele periculoase întrebuințate în producția tramvaielor precum și a nomenclatorului de defecte, lipsă ce nu poate fi încadrată în categoria abaterilor tehnice minore și nici a unui viciu de formă astfel că, prin acceptarea lor, ar deveni incidente dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază criticile contestatorului ca fiind neîntemeiate, susținând, totodată, că acest aspect a făcut obiectul contestației anterioare, pentru care Consiliul a emis Decizia nr. 2409/C2/01.11.2021, astfel că, în opinia sa, acest capăt de cerere are calitatea de lucru judecat și, pe cale de consecință, solicită respingerea contestației ca fiind lipsită de interes, potrivit prevederilor art.3 alin.(3) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la criticile ce vizează reanalizarea caracterului confidențial al ofertelor depuse de PESA și ASTRA, autoritatea contractantă precizează că a permis contestatorului BOZANKAYA, accesul la dosarul achiziției oferind spre consultare (evaluarea ofertelor

depuse precum și informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală).

Având în vedere că toate ofertele depuse de ofertanți au fost declarate, în mod justificat, ca fiind confidențiale, autoritatea contractantă precizează că nu pot fi puse la dispoziție grilele de evaluare tehnică și nici răspunsul la solicitările de clarificări transmise în perioada de evaluare, deoarece acestea conțin pasaje și informații preluate întocmai din propunerile tehnice depuse de către ofertanți.

Astfel, apreciază că, din moment ce contestatorul a avut acces la dosarul achiziției publice, susținerile BOZANKAYA privind Declararea nelegală a confidențialității unor documente depuse de PESA și ASTRA, nu subzistă interesului contestatorului în obligarea autorității contractante de a acorda accesul la niște documente confidențiale care conțin secrete comerciale.

Din această perspectivă, se subliniază că autorităților contractante le revine o dublă obligație: pe de o parte, aceea de a se asigura că prin modalitatea de soluționare a solicitării primite sunt respectate prevederile legale în materia transparenței și a liberului acces la informații de interes public și, pe de altă parte, aceea de a se asigura că prin răspunsul la solicitarea transmisă nu sunt încălcate prevederile legale în materia confidențialității informațiilor (având obligația de a asigura protejarea integrității datelor și a confidențialității informațiilor sensibile puse la dispoziție de operatorii economici pe parcursul derulării procedurilor de atribuire).

Pentru a concilia aceste categorii de interese aparent divergente (deopotrivă publice și private), se arată că a fost necesară configurarea unui set de reguli clare și previzibile, pentru a contrabalansa riscul unor conduite discreționare din partea autorităților contractante, dar și pentru a proteja interesele legitime ale operatorilor economici care, în contextul participării cu o ofertă într-o procedură de atribuire, dezvăluie anumite informații a căror divulgare neautorizată sau nejustificată ar putea prejudicia operatorul economic implicat (secrete comerciale, alte informații ce intră sub sfera protecției drepturilor de proprietate intelectuală, elemente de know-how, informații privind raporturile contractuale cu anumiți furnizori/distribuitori, preturi) chiar cu riscul unor consecințe în lanț, printr-o reducere a liberului acces la dosarul achiziției.

În ceea ce privește afirmațiile contestatorului potrivit cărora autoritatea contractantă a acceptat, în mod nelegal, caracterul confidențial al unor documente depuse de PESA și ASTRA VAGOANE, se precizează că au fost respectate obligațiile prevăzute de art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă subliniază că, în aplicarea tratamentului egal, a acordat acest drept la confidențialitate tuturor ofertanților care

I-au solicitat, prin urmare criticile formulate de BOZANKAYA sunt neîntemeiate.

În ceea ce privește criticile formulate de BOZANKAYA cu privire la admisibilitatea ofertelor depuse de PESA și ASTRA, autoritatea contractantă prezintă, pe larg, argumente în susținerea caracterului conform al celor două oferte, apreciind criticile contestatorului ca fiind neîntemeiate și bazate pe supoziții.

Autoritatea contractantă învederează că atât raportul procedurii de atribuire cât și procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, au primit aviz conform necondiționat din partea ANAP.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de către BOZANKAYA ca fiind nefondată și făcută în scopul tergiversării procedurii de atribuire.

În probațiune, au fost depuse, în copie documentele emise ulterior deciziei CNSC nr.2409/C2/01.11.2021 și hotărârii Curții de Apel București în dosarul nr.7413/2/2021.

II. Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 51328/30.09.2021, ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA (în continuare ASTRA) critică raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ASTRA prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că, în urma deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021, ca efect al reevaluării ofertelor, oferta sa s-a clasat pe locul 2, cu un punctaj total de 90,77, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de PESA.

În continuare, contestatorul apreciază ca fiind nelegală și netemeinică decizia autorității contractante de declarare a ofertei PESA ca fiind admisibilă și câștigătoare, din următoarele considerente:

a) oferta nu îndeplinește cerințele privind podeaua coborâtă în procent de 100% fără trepte sau înclinări și numărul de uși duble și

b) oferta a fost completată, în mod nepermis, prin răspunsurile la solicitările de clarificări primite pe parcursul evaluării, fiind încălcate limitele statuate de art.209 din Legea nr.98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă trebuia să considere că ofertantul PESA și-a modificat conținutul propunerii tehnice și să considere oferta inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016.

În ceea ce privește accesul la dosarul cauzei, contestatorul precizează că prevederile actuale ale art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 dispun că părțile nu au acces la documentele pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, prin urmare, solicită accesul la toate documentele ofertei PESA cu privire la care aceasta din urmă nu a făcut, în mod corespunzător, dovada caracterului confidențial.

Separat de acest aspect și având în vedere conținutul declarației de confidențialitate depusă de către PESA, contestatorul subliniază următoarele:

a) răspunsurile la solicitările de clarificare emise prin adresele nr. 85656/15.07.2021 și nr. 93989/04.08.2021 nu pot fi considerate în integralitate a fi secrete tehnice/comerciale, întrucât se referă la cerințe punctuale ale caietului de sarcini și, cât timp nu se încadrează în categoriile de informații declarate confidențiale - modul de întocmire a metodologiilor și procedurilor, rețete tehnice și financiare, know-how, produse cu caracteristici și specificații unice, tehnologii de execuție, materiale și mărci comerciale, trebuie să fie publice;

b) anexele la procesele-verbale de evaluare a conformității ofertei PESA nu pot fi secretizate întrucât nu toate informațiile cuprinse în documentele respective se referă la informațiile declarate confidențiale de către ofertantul respectiv - modul de întocmire a metodologiilor și procedurilor, rețete tehnice și financiare, know-how, produse cu caracteristici și specificații unice, tehnologii de execuție, materiale și mărci comerciale.

Prin urmare, având în vedere că nu toate informațiile cuprinse în răspunsurile PESA la solicitările de clarificare ale autorității contractante și în anexele proceselor-verbale de evaluare a conformității ofertei pot fi încadrate în categoria celor secretizate potrivit declarației de confidențialitate formulate de către ofertant, contestatorul solicită accesul neîngrădit la documentele respective, în vederea respectării caracterului de document public al dosarului achiziției publice și a dreptului la o cale de atac eficientă.

În drept, se invocă prevederile art. 2 alin. (2), art. 209 din Legea nr.98/2016, art. 8, art. 10 și art. 19 din Legea nr. 101/2016, art. 123, art. 133-137 din H.G. nr. 395/2016, Regulamentul CEE-ONU nr. 107, jurisprudența CJUE invocată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4648/27.01.2022, PESA a solicitat încuviințarea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință respingerea contestației formulate de ASTRA ca tardivă și nefondată, iar în subsidiar, în cazul în care CNSC va aprecia contestația ASTRA ca fiind admisibilă și întemeiată pe fond, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ASTRA în sensul declarării inadmisibilității acesteia și cu consecința obligării la anularea procedurii pe motivul prevăzut la art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În prealabil, intervenientul prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, justificând interesul său în formularea cererii de intervenție prin raportare la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 C.proc.civ și la calitatea sa de ofertant câștigător.

În susținerea excepției tardivității contestației formulate de ASTRA, intervenientul precizează că orice critici pe care ASTRA le-ar fi avut împotriva ofertei depusă de PESA ar fi trebuit invocate, în mod legal, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, exclusiv în termenul legal de 10 zile de la data comunicării actului considerat nelegal, în speță, raportul inițial al procedurii.

Astfel, apreciază intervenientul, toate preținsele critici de nelegalitate ale ofertei PESA invocate abia acum, ca urmare a reevaluării ofertelor și emiterii unui nou raport al procedurii, sunt în primul rând tardive, dar și neîntemeiate.

Intervenientul precizează că elementele pe baza cărora contestatorul încearcă să obțină o reevaluare a ofertei sale existau și au fost analizate de autoritatea contractantă ca urmare a emiterii raportului inițial al procedurii din data de 01.09.2021.

Se învederează că noul raport al procedurii de atribuire a fost menit să reevalueze oferta BOZANKAYA ca urmare a Deciziei CNSC, fără să cuprindă aspecte noi care să privească oferta PESA și care să poată fi puse în discuție într-o contestație ulterioară, toate informațiile regăsindu-se în raportul inițial al procedurii, astfel că, admisibilitatea ofertei PESA s-a consolidat prin neatacare în termenul legal de 10 zile de la publicarea raportului inițial al procedurii de atribuire.

Orice interpretare contrară ar conduce, în opinia intervenientului, la situații inacceptabile, în care ofertanții participanți la proceduri de atribuire pot contesta ofertele altor participanți fără a ține seama de termenele legale imperative. Mai mult, o asemenea interpretare ar afecta, în mod substanțial, durata procedurilor de atribuire, prelungind în mod nejustificat finalizarea procedurii de atribuire.

Tardivitatea contestației depusă de ASTRA rezultă și din faptul că, inclusiv Consiliul i-a pus în vedere acesteia că, în măsura în care ar fi avut critici cu privire la procedura de atribuire, ar fi trebuit să sesizeze Consiliul cu o contestație, acesta fiind singurul demers acceptabil prin care ASTRA să poată aduce critici privind rezultatul procedurii.

Pe fondul cauzei, intervenientul apreciază contestația formulată de ASTRA ca fiind neîntemeiată, susținerile contestatorului din secțiunea a II-a contestației nefiind probate, fiind simple supoziții care nu pot fi luate în considerare de către CNSC, din cuprinsul dosarului reieșind faptul că toate informațiile se regăseau în cuprinsul ofertei, iar produsele ofertate sunt conforme cu toate cerințele din caietul de sarcini.

În opinia contestatorului, toate argumentele formulate de ASTRA sunt simple speculații fără fundament factic sau juridic, invocate cu rea-credință cu scopul de a tergiversa semnarea contractului ce face obiectul procedurii, după cum arăta în continuare.

În ceea ce privește criticile ce vizează confidențialitatea ofertei PESA, intervenientul apreciază că acestea sunt nefondate și reiterează argumentele formulate anterior cu privire la contestația formulată de BOZANKAYA.

Pe de altă parte, intervenientul apreciază că în cazul în care ASTRA ar fi avut dubii cu privire la caracterul confidențial al ofertei PESA și motivele care stau la baza confidențialității acesteia, contestatorul trebuia să acționeze în termenul legal de 10 zile de la data la care i-a fost refuzat accesul, altfel, solicitarea apare ca fiind tardivă.

De asemenea, intervenientul apreciază că autoritatea contractantă a evaluat în mod greșit conformitatea ofertei depusă de ASTRA, existând o serie de neconformități ale acestei oferte ce rezultă din solicitările de clarificări adresate acestui ofertant, după cum prezintă în continuare.

În concluzie, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție astfel cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 6934/20.01.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 3425/20.101.2022, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI a solicitat respingerea contestației formulată de ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA ca tardivă, lipsită de relevanță și lipsită de interes.

Autoritatea contractantă apreciază că dreptul de a contesta al ofertantului ASTRA trebuie raportat la data de 08.09.2021 la care s-a comunicat rezultatul procedurii nr.107272, deoarece oferta depusă de PESA nu a fost supusă reevaluării, ci numai oferta depusă de BOZANKAYA, în conformitate cu decizia CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021, precum și cu soluția postată pe portalul Curții de Apel București, dosar 7413/2/2021, care respinge definitiv plângerile, ca nefondate.

Deși, oferta depusă de ASTRA VAGOANE a fost clasată inițial pe locul al III lea, autoritatea contractantă susține că acesta avea dreptul, la acel moment, să conteste ambele oferte clasate pe locurile 1 și 2.

Se învederează că, în urma reevaluării, nu a fost solicitată niciun fel de clarificare care să aducă elemente noi în ofertele depuse de oricare din operatorii economici. Mai mult decât atât, inclusiv punctajele obținute de către ASTRA și PESA au rămas neschimbate.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă apreciază că ASTRA, în motivarea acțiunii, nu justifică un interes legitim prin care a fost vătămată ca urmare a punerii în aplicare a deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021 și hotărârii Curții de Apel București.

De asemenea, raportat la prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr.101/2016, autoritatea contractantă susține că orice alte critici formulate ulterior expirării termenului de formulare a contestației sunt tardive și prin urmare inadmisibile, prevederile legale fiind clare în ceea ce privește termenul în care se pot formula critici împotriva rezultatului procedurii.

Pe fondul cauzei, în ceea ce privește criticile formulate de ASTRA cu privire la completarea propunerii tehnice și neconformitatea ofertei depusă de PESA, autoritatea contractantă argumentează că răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări a fost considerat acceptabil,

apreciind criticile contestatorului ca fiind neîntemeiate și bazate pe supoziții.

Referitor la criticile ce vizează accesul la dosarul cauzei, autoritatea contractantă reiterează argumentele formulate cu privire contestația formulată de BOZANKAYA.

Autoritatea contractantă învederează că atât raportul procedurii de atribuire cât și procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, au primit aviz conform necondiționat din partea ANAP.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de către ASTRA ca fiind nefondată și făcută în scopul tergiversării procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 4442/27.01.2022, ASTRA a solicitat respingerea, ca nefondate, a excepțiilor lipsei de interes și tardivității invocate de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere, prezentând argumente în acest sens.

Prin adresa „nr. 29/25.10.2021”, înregistrată la CNSC sub nr. 4845/28.01.2022, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. a formulat note scrise prin care susține că modalitatea de determinare a valorii cauțiunii este corectă, beneficiind de puterea de lucru judecat ca urmare a faptului că aceasta a fost confirmată anterior, în mod definitiv, de către instanța de judecată în cadrul dosarului nr.7413/2/2021, aflat pe rolul Curții de Apel București, solicitând totodată, suspendarea procedurii de soluționare a contestației până la comunicarea către părți a motivării hotărârii nr.2732 din 13.12.20221, definitivă, pronunțată în dosarul Curții de Apel București nr.7413/2/2021.

Prin adresa nr. 35/02.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 4888/28.01.2022, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. a solicitat respingerea excepției lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă, argumentele formulate fiind netemeinice.

Prin adresa nr. 11214/31.01.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 5166/31.01.2022, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, cu referire la notele scrise transmise de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., a formulat argumente în completarea punctului de vedere, solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. 45/02.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 5757/03.02.2022, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. a solicitat respingerea excepției neconstituirii cauțiunii

și a excepției tardivității contestației, invocate de PESA, ca neîntemeiate, argumentând totodată netemeinicia susținerilor PESA privind conformitatea ofertei sale.

Prin adresa nr. 47/03.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 5973/04.02.2022, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. a formulat concluzii scrise.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 6170/04.02.2022, ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA a depus concluzii scrise.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 6259/07.02.2022, PESA a formulat concluzii scrise față de concluziile scrise depuse de BOZANKAYA.

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

MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe 4 loturi, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect **„Achiziția de 49 tramvaie de cca. 18 m destinate transportului public de călători”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1022480/07.07.2020, 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, pentru loturile 1, 2, 4, iar, pentru lotul 3, au fost primite 5 oferte, ulterior evaluării acestora fiind emis raportul procedurii nr. 104549/01.09.2021, în cuprinsul căruia s-a consemnat modul de desfășurare a procedurii, admisibilitatea a 3 oferte dintre cele 5 depuse, precum și clasamentul rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire stabilit, câștigătoare fiind desemnată oferta depusă de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. pentru cele 4 loturi, oferta depusă de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA clasându-se pe locul 2, iar cea depusă de ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA, pe locul 3.

Nemulțumit de acest rezultat, PESA a formulat contestația soluționată de CNSC prin Decizia nr. 2409/C2/2477/01.11.2021, în sensul admiterii ei, cu consecințele anulării raportului procedurii menționat în partea privitoare la evaluarea ofertei BOZANKAYA și a actelor subsecvente, precum și obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei arătate cu luarea în considerare a celor aflate în motivare.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de BOZANKAYA și PESA, căi de atac soluționate de Curtea de Apel București, prin Decizia nr. 2732/13.12.2021, pronunțată în dosarul nr. 7413/2/2021, în sensul respingerii lor, ca nefondate.

Continuând procedura, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. 166925/20.12.2021, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de PESA, iar oferta depusă de ASTRA a urcat în clasament pe locul 2. Oferta depusă de BOZANKAIA a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3), lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Nemulțumiți de acest nou rezultat al procedurii, BOZANKAYA și ASTRA au depus contestațiile de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Relativ la cererile de intervenție voluntară formulate de PESA cu privire la fiecare dintre cele două contestații, Consiliul le va încuviința în principiu, în raport cu prevederile art. 64 C.proc. civ., având în vedere că ofertantul menționat este câștigătorul procedurii, astfel că interesul său de a interveni în litigiul de față este unul pe deplin justificat. Intervențiile formulate sunt în interesul autorității contractante, deoarece PESA urmărește aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, respectiv aceea de respingere a contestațiilor și menținerea actelor atacate, în forma elaborată de comisia de evaluare.

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.

Consiliul va proceda în continuare la analiza susținerilor intervenientului PESA cu privire la neconstituirea cauțiunii în termenul și cuantumul prevăzute de lege, de către contestatorul BOZANKAYA.

Astfel, din actele dosarului, rezultă că BOZANKAYA a făcut dovada constituirii cauțiunii prin prezentarea recipisei de consemnare nr. 207763491/1/13.01.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 2.000.000,00 lei.

Sesizând acest aspect, CNSC a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 3288/109/C2/20.01.2022, să completeze cauțiunea până la concurența sumei stabilită conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, pentru fiecare lot contestat, având în vedere că demersul său vizează toate cele 4 loturi ale procedurii.

În răspuns, ținând seama și de cele invocate de intervenientul PESA, BOZANKAYA a susținut că a procedat la constituirea cauțiunii în conformitate cu prevederile legale aplicabile, câtă vreme a înțeles să atace raportul procedurii nr. 104549/01.09.2021, prin care a fost declarată câștigătoare oferta BOZANKAYA pentru toate cele 4 loturi, iar PESA a formulat o singură contestație invocând aceleași motive de nelegalitate pentru toate loturile.

De asemenea, a învederat contestatorul că aspectul în discuție a fost invocat și în fața Curții de Apel București, cu ocazia plângerii pe care

a promovată-o împotriva deciziei Consiliului, soluția instanței fiind de natură a confirma că modul de constituire a cauțiunii nu a reprezentat un impediment în soluționarea pe fond a căii de atac, care a fost respinsă în final, ca nefondată.

Observă Consiliul că intervenientul PESA confirmă spusele contestatorului legate de cele întâmplate în fața Curții de Apel București referitor la cauțiunea constituită de BOZANKAYA, însă insistă în sensul că valoarea consemnată de contestator cu titlu de cauțiune în cauza de față este insuficientă.

Analizând susținerile celor două părți, coroborat cu soluția pronunțată de Curtea de Apel București în soluționarea plângerilor BOZANKAYA și PESA, aflată pe portalul acesteia, respectiv Respinge plângerile, ca nefondate, Consiliul reține că instanța de control judiciar a procedat la soluționarea, pe fond, a plângerilor, ceea ce denotă acceptarea cauțiunii constituită de BOZANKAYA în același quantum ca cel din speța de față. Dacă instanța nu ar fi trecut de impedimentul procedural invocat, evident că soluția sa ar fi fost alta.

Plecând de la soluția instanței, în contextul în care, deși motivarea nu a fost redactată până în prezent, este de netăgăduit că se bucură de autoritate de lucru judecat, nemaiputând fi contrazisă la acest moment, Consiliul va considera lichidat aspectul în discuție și va trece la soluționarea excepțiilor invocate în cauză, în raport cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Excepția aflată la ordine, asupra căreia Consiliul este chemat a se pronunța, este cea a lipsei de interes a BOZANKAYA în formularea contestației, excepție invocată de intervenientul PESA, pe de o parte, și de autoritatea contractantă, pe de altă parte.

Se impune a fi analizată cu prioritate această excepție, deoarece, observă Consiliul, tardivitatea invocată de intervenient nu se referă la contestație în ansamblul său, ci doar la critici din conținutul acesteia, situație în care va fi avută în vedere cu ocazia unei eventuale analize pe fondul cauzei.

Așadar, în soluționarea excepției lipsei de interes, Consiliul reține că, prin raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 (atacat în prezent), comisia de evaluare a respins oferta depusă de BOZANKAYA, în concordanță cu decizia CNSC nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021, menținută de Curtea de Apel București, prin Hotărârea nr. 2732/13.12.2021.

Prin decizia sa, soluționând contestația depusă de PESA vizând oferta desemnată câștigătoare la acel moment (depusă de BOZANKAYA), Consiliul a dispus:

Admite, în parte, contestația POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, anulează raportul procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Din lecturarea considerentelor care au stat la baza soluției de mai sus, rezultă limpede că decizia de desemnare drept câștigătoare a ofertei BOZANKAYA a fost infirmată de Consiliu, iar obligația care revenea autorității contractante în reevaluare, față de oferta transmisă și răspunsurile la clarificări ale ofertantului, era aceea de respingere a ofertei.

Deși în cazul criticii legată de lista materialelor periculoase Consiliul a concluzionat că evaluarea ofertei nu a fost finalizată fiind necesare clarificări, analizând critica subsecventă legată de îndeplinirea cerinței caietului de sarcini privitoare la afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte, organismul administrativ-jurisdicțional a conchis în sensul că ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii acesteia.

A reținut organismul administrativ-jurisdicțional următoarele:

Următoarea critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului, este constituită de susținerea contestatorului conform căreia autoritatea contractantă a evaluat greșit conformitatea ofertei în ceea ce privește afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte.

În analiza temeiniciei acestei critici, Consiliul se va raporta la prevederile caietului de sarcini, pct. 7.1.7 – „Postul de conducere”, subpct. „Tabloul de bord”, unde se regăsește inserată cerința având conținutul:

Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Ofertantul va furniza nomenclatorul de defecte.

Cu privire la îndeplinirea acestei cerințe, din actele dosarului rezultă că, prin adresa de clarificări nr. 90634/28.07.2021, autoritatea contractantă a solicitat BOZANKAYA, după cum urmează:

Vă rugăm să ne justificați cum considerați îndeplinită cerința Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Ofertantul va furniza nomenclatorul de defecte deoarece în anexa Enclosure 17 ro declarați faptul că pentru fiecare clasă de eșec detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului.

BOZANKAYA, în răspunsul său, a prezentat o descriere a principalelor tipuri de defecte clasificate ca fiind de tip A, B și C și modul cum acestea sunt avertizate, imagini cu mesajele afișate, însoțite de mențiunile:

Nomenclatorul de defecte în limba română va fi furnizat odată cu primul tramvai livrat, împreună cu celelalte documente solicitate.

Am menționat în Enclosure 17, că lista integrală cu mesajele textelor aferente defecțiunilor va fi implementată în sistem după aprobarea clientului, deoarece: (...)

Reconfirmăm autorității contractante asumarea integrală a cerințelor caietului de sarcini și îndeplinirea acestora de către tramvaiele oferite și că în prețul ofertei sunt incluse toate echipamentele hardware și software-urile solicitate prin caietul de sarcini.

Acest răspuns a fost considerat concludent de autoritatea contractantă, după cum apare consemnat în procesul-verbal nr. 96133/10.08.2021.

Observă Consiliul că, așa cum rezultă din conținutul cerinței caietului de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca, pe tabloul de bord, defectele să fie afișate prin mesaj de tip text în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect, sens în care a solicitat prezentarea nomenclatorului de defecte.

Momentul la care nomenclatorul de defecte trebuia prezentat autorității contractante stabilește Consiliul că este fără dubiu, anume în cadrul propunerii tehnice depusă la data limită de depunere a ofertelor, aspect necontestat de vreuna dintre părți.

Că înțelegerea autorității contractante ca emitent al documentației de atribuire a fost aceasta rezultă cert și din conținutul solicitării de clarificări transmisă BOZANKAYA cu scopul de a se lămurii cu privire la lipsa în discuție sesizată cu ocazia evaluării propunerii tehnice a ofertantului arătat.

Chiar dacă întrebarea adresată nu este una explicită în sensul de a i se fi cerut ofertantului să precizeze unde se regăsește depus nomenclatorul în discuție în cadrul propunerii sale tehnice, din lecturarea ei rezultă că tocmai acest element a fost avut în vedere, în contextul afirmației ofertantului din propunerea tehnică conform căreia *detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului.*

Și înțelegerea BOZANKAYA a fost aceasta, de vreme ce nicăieri nu susține că cerința documentației de atribuire ar fi fost alta, ci că va depune nomenclatorul la momentul livrării primului tramvai, ceea ce denotă o condiționare a îndeplinirii cerinței caietului de sarcini de desemnarea ofertei sale drept câștigătoare, ori sensul cerinței nu a fost acesta.

Este limpede și că respectivul nomenclator trebuia furnizat în limba română, aspect, de asemenea, necontestat de vreuna dintre părți.

Aceasta fiind interpretarea cerinței în discuție, în contextul în care BOZANKAYA nu a prezentat nomenclatorul în forma solicitată în propunerea tehnică și, mai mult, a arătat în răspunsul la clarificări că îl va prezenta odată cu furnizarea primului tramvai, adică după desemnarea ofertei sale drept câștigătoare, se pune întrebarea cum a demonstrat BOZANKAYA îndeplinirea cerinței aflată în discuție.

Așa cum s-a arătat în cele ce preced, obligația ofertantului este aceea de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire, după cum a autorității contractante este aceea de verificare a ofertei prin prisma cerințelor pe care le-a impus prin documentația de atribuire.

Or, în speța de față, din lucrările membrilor comisiei de evaluare nu rezultă modalitatea în care, prin răspunsul la clarificări, ofertantul a demonstrat îndeplinirea cerinței caietului de sarcini, fapt ce conduce spre concluzia încălcării, de către autoritatea contractantă, a atribuției legale de verificare expres prevăzută în sarcina sa.

Răspunsul ofertantului BOZANKAYA demonstrează tocmai contrariul celor concluzionate de autoritatea contractantă, adică neîndeplinirea cerinței, afirmația sa conform căreia va prezenta nomenclatorul în limba română abia la data livrării primului tramvai demonstrând cu prisosință aceasta.

Dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 statuează în sarcina comisiei de evaluare, într-adevăr, obligația de a solicita clarificări formale sau de confirmare cu privire la o ofertă ce conține elemente echivoce, însă demersul trebuia finalizat cu analiza răspunsului transmis, după cum rezultă din conținutul alin. (5) al aceluiași articol, lipsa unui răspuns sau transmiterea unuia neconcludent îndrituind autoritatea contractantă să procedeze la respingerea ofertei.

Or, în speța de față, în prezența unui răspuns care confirmă nerespectarea unei cerințe exprese a caietului de sarcini, autoritatea contractantă a înțeles să considere oferta admisibilă.

A nesocotit autoritatea contractantă în procesul de evaluare a ofertei BOZANKAYA și principiul tratamentului egal, care presupune stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul

procedurii de atribuire, de reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți, or BOZANKAYA a devenit câștigător al procedurii în ciuda faptului că nu a făcut dovada îndeplinirii tuturor cerințelor caietului de sarcini.

Explicațiile ofertantului cu privire la clasele de defecte pe care autoritatea contractantă le-a preluat în punctul de vedere concluzionând îndeplinirea cerinței, nu prezintă nicio relevanță raportat la obligația de a verifica cerința caietului de sarcini de forma menționată, cerință față de care autoritatea contractantă era chemată să se asigure că ofertantul a prezentat nomenclatorul în discuție în propunerea tehnică, ceea ce nu s-a dovedit a fi fost prezentat nici urmare a solicitării de clarificări.

În altă ordine de idei, dacă ar fi avut neclarități cu privire la cerințele documentației de atribuire sau considera că este împiedicat să dea curs tuturor cerințelor autorității contractante, deoarece tramvaiul, spre pildă, nu este pe stoc, ofertantul trebuia să se prevaleze de dreptul de a solicita clarificări anterior depunerii ofertei și să se asigure că cerințele caietului de sarcini îi permit participarea la procedură în ciuda constrângerii sale, cu șanse reale ca oferta să nu-i fie respinsă din acest considerent.

Or, în lipsa unui asemenea demers, ofertantul era obligat să se conformeze întocmai prescripțiilor documentației de atribuire, orice eventuală critică cu privire la conținutul documentației de atribuire fiind tardivă în momentul de față.

Stabilind că evaluarea ofertei BOZANKAYA nu este una legală, Consiliul va admite critica contestatorului și va infirma decizia de atribuire a contractului în favoarea ofertantului menționat, pentru fiecare dintre cele 4 loturi aflate în discuție, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată cu luarea în considerare a răspunsului transmis de BOZANKAYA.

Așadar, în aplicarea acestei decizii, în cadrul reevaluării la care a fost obligată, autorității contractante îi revenea sarcina de a respinge oferta contestatorului, ceea ce s-a și întâmplat, oferta BOZANKAYA fiind respinsă, prin raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021, ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Efectuarea demersului de clarificare la care s-a făcut referire cu ocazia analizei primei critici (legată de lista materialelor periculoase) ar fi fost, evident, unul lipsit de utilitate față de cele reținute în analiza criticii referitoare la afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte, așa cum corect a înțeles autoritatea contractantă și a acționat în aplicarea deciziei Consiliului, respingând oferta BOZANKAYA.

Se impune a fi precizat că transmiterea unei noi solicitări de clarificări referitoare la îndeplinirea cerinței în discuție (afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte), dincolo de împrejurarea că nu a fost dictată de Consiliu, ar fi reprezentat o încălcare a dispozițiilor din materia achizițiilor publice, respectiv a principiului tratamentului egal și a art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016.

De asemenea, mențiunea din ultimul paragraf al deciziei Consiliului enunțat mai sus, în sensul că autoritatea contractantă avea să reevalueze oferta BOZANKAYA cu luarea în considerare a răspunsului acestuia, nu poate fi interpretat nicidecum în sensul că autoritatea contractantă trebuia să transmită o nouă solicitare de clarificări, ci că trebuia să aibă în vedere răspunsul la clarificări transmis deja, dar pe care l-a analizat necorespunzător. La acesta din urmă s-a referit

Consiliul în analiza sa, concluzionând că decizia de desemnare a ofertei câștigătoare este nelegală.

Prin urmare, interpretarea pe care BOZANKAYA o avansează cu privire la ce avea de făcut autoritatea contractantă cu ocazia reevaluării ofertei sale în baza deciziei Consiliului, este una proprie, străină de conduita stabilită, în realitate, în sarcina acesteia.

Ceea ce încearcă contestatorul, în fapt, este să readucă în discuție situația ofertei sale, or la acest moment nu mai este posibil.

Decizia Consiliului, prin care s-au statuat cele de mai sus, inclusiv că oferta depusă de BOZANKAYA nu îndeplinește totalitatea cerințelor caietului de sarcini, a rămas definitivă prin respingerea, de către Curtea de Apel București, a plângerii formulate de acest operator economic.

Astfel, la data formulării prezentei contestații, oferta depusă de contestator era respinsă, în mod definitiv, decizie asupra căreia nu se mai poate reveni.

În condițiile în care legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului nu mai poate fi pusă în discuție, această decizie fiind una definitivă, Consiliul, analizând interesul contestatorului de a ataca decizia 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 căror:

(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 BOZANKAYA 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, adjudecatorul, 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 sale și a contracandidaților săi.

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

Noul rezultat al procedurii, cu privire la care contestatorul consideră 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, jurisprudența constată a CJUE recunoaște existența unui interes în anularea procedurii pentru un ofertant respins, soluție către care tinde contestatorul prin formularea de critici inclusiv cu privire la ofertele depuse de PESA și ASTRA, 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 BOZANKAYA, a cărui ofertă s-a stabilit că nu este admisibilă, printr-o decizie a CNSC, menținută de instanța de control, reclamă, pe lângă nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale, caracterul inadmisibil al ofertei desemnată câștigătoare și a celeilalte oferte declarată admisibilă în procedură (oferta ASTRA).

Însă, soluția pronunțată vizavi de oferta contestatorului este definitivă, astfel că nu mai poate forma obiectul unei căi de atac, ofertantul fiind, așadar, exclus definitiv din procedură, caz în care nu i se mai poate recunoaște un interes 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 și a instanței de judecată, care se bucură de autoritate de lucru judecat și care, pe cale de consecință, nu mai poate forma obiectul vreunei căi de atac.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că, în cauza supusă soluționării, BOZANKAYA 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 BOZANKAYA în formularea contestației, și va respinge contestația, ca fiind depusă de o persoană lipsită de interes.

Față de soluția prefigurată, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de PESA, va fi admisă.

Trecând la analiza contestației secunde, depusă de ASTRA VAGOANE SA, în considerarea art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestației, invocată de intervenientul PESA și autoritatea contractantă, constatând următoarele:

La data de 01.09.2021, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 104549, în cuprinsul căruia a reținut rezultatul evaluării tehnice a ofertelor primite în cadrul procedurii, consemnând conformitatea ofertei depusă de BOZANKAYA – care a fost desemnată câștigătoare la acel moment, dar și a aceleia depusă de PESA – clasată pe locul 2 în clasament și a celei depusă de ASTRA – clasată pe locul 3 în clasament.

Împotriva acestui rezultat al procedurii a formulat contestație PESA, criticând decizia de desemnare drept câștigătoare a ofertei depusă de BOZANKAYA, contestație care a format obiectul dosarului nr. 2477/2021, soluționat prin Decizia CNSC nr. 2409/C2/2477/01.11.2021, în sensul admiterii. În cadrul analizei

efectuate, cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul a reținut nelegalitatea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, dispunând reevaluarea acestei oferte în considerarea celor arătate în motivare, așa cum s-a arătat, pe larg, în cele ce preced.

ASTRA a formulat cerere de intervenție în dosarul arătat, prin care a solicitat anularea procedurii, cerere respinsă, ca inadmisibilă, cu motivarea că acesta avea obligația de formula criticile sale pe cale unei contestații ce trebuia depusă cu respectarea termenului legal și constituirea cauțiunii legale aferente, iar nu pe cale cererii de intervenție.

La data de 30.12.2021, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 166925, din cuprinsul căruia rezultă că a procedat la continuarea procedurii cu punerea în aplicare a deciziei Consiliului, respectiv a respins oferta depusă de BOZANKAYA și a declarat câștigătoare următoarea ofertă admisibilă, respectiv cea depusă de PESA. Oferta depusă de ASTRA a urcat, astfel, în clasament de pe locul 3, ocupat inițial, pe locul 2.

Un prim aspect care se observă din cele ce preced, este că, prin decizia sa, Consiliul nu a dispus reevaluarea inclusiv a ofertei depusă de PESA, ci doar a aceleia depusă de BOZANKAYA, situație în care oferta PESA a urcat pe primul loc în clasament, singura obligație care revenea autorității contractante în acest context fiind doar aceea de solicitare a documentelor suport DUAЕ și verificarea lor.

Din contestația depusă, rezultă că ASTRA nu aduce critici cu privire la aceste ultime documente, ci cu privire la evaluarea propunerii tehnice a PESA, susținând că a fost completată nepermis, dar și că PESA nu îndeplinește cerința privind podeaua complet coborâtă fără trepte sau înclinări și pe cea privind ușile duble.

Față de actul indicat de contestator ca fiind cel prin care interesele sale sunt vătămate, respectiv raportul procedurii din data de 30.12.2021, transmiterea contestației, la data de 14.01.2022, se constată a fi efectuată în termenul prescris de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Cu toate acestea, având în vedere considerentele de fapt și de drept care au condus la formularea contestației și care prezintă o deosebită importanță pentru stabilirea cadrului procesual, observă Consiliul că, în fapt, ceea ce îl nemulțumește pe contestator și este în măsură să îi vătămă interesele, este decizia autorității contractante de a declara admisibilă, din punct de vedere tehnic, oferta depusă de PESA.

Or, această decizie a fost adoptată încă de la nivelul raportului procedurii emis la data de 01.09.2021, iar asupra ei nu a intervenit nicio modificare urmare a deciziei Consiliului. Așa cum s-a arătat, Consiliul a dispus doar reevaluarea ofertei BOZANKAYA.

Contestatorul a avut cunoștința de raportul procedurii din data de 01.09.2021, situație care rezultă, fără dubiu, din chiar demersul

întreprins în cadrul dosarului nr. 2477/2021 (având ca obiect contestația precedentă), anume depunerea cererii de intervenție.

În acest raport al procedurii, comisia de evaluare a consemnat, în mod clar și fără echivoc, finalizarea etapei de evaluare tehnică a ofertei depusă de PESA și rezultatul acesteia, situație în care, dacă era nemulțumit de această decizie contestatorul avea deschisă calea de atac a contestației.

Este adevărat că raportul procedurii din 30.12.2021 a înlocuit raportul procedurii din 01.09.2021, însă acest aspect nu poate fi privit exhaustiv, ci coroborat cu ceea ce s-a întâmplat anterior, prin decizia sa CNSC anulând doar în parte raportul procedurii din 01.09.2021, anume în ceea ce privește evaluarea propunerii tehnice a BOZANKAYA, de unde rezultă că deciziile referitoare la celelalte oferte au rămas în ființă.

Nu poate fi valorificată în favoarea contestatorului nici jurisprudența CJUE invocată de acesta, care confirmă, în fapt, obligația de a depune contestația cu respectarea termenelor legale care au început să curgă de la data la care reclamantul a luat cunoștință ori trebuia să ia cunoștință de actul presupus vătămător. Or, ASTRA a luat cunoștință sau trebuia să ia cunoștință despre decizia autorității contractante de a declara admisibilă din punct de vedere tehnic oferta depusă de PESA, încă de la data comunicării primului rezultat al procedurii.

Împrejurarea că ASTRA a decis să rămână în pasivitate după comunicarea primului rezultat al procedurii, alegând să nu depună contestație ci o cerere de intervenție, nu poate fi imputat decât societății sale care nu a acționat cu diligența unui bun administrator.

Nici argumentul ASTRA conform căruia motivele de nelegalitate invocate au fost cunoscute doar în urma studierii dosarului achiziției publice la data de 10.01.2022, nu poate fi primit în soluționare, deoarece acesta nu a avut acces la propunerile tehnice al ofertanților nici anterior și nici cu ocazia prezentului demers.

Prin urmare, simpla indicare a raportului procedurii din data de 30.12.2021, ca act considerat nelegal, nu poate conduce la constatarea respectării termenului legal de contestare, dat fiind că, în lumina celor anterior expuse, acest înscris nu are un caracter vătămător al intereselor contestatorului, condiție necesară pentru a permite verificarea legalității lui.

În contextul de fapt expus mai sus, și ținând cont de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborate cu cele ale art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căroră Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare, se constată că, în speță, contestația înaintată de ASTRA este tardivă.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege; prin constatarea decăderii dispăre cadrul procesual

pentru realizarea controlului legalității deciziei criticate, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Astfel, legalitatea deciziei de declarare a admisibilității propunerii tehnice depusă de PESA nu mai poate fi pusă în discuție, urmare a depășirii termenului legal de contestare.

Relevantă în soluționare este și Decizia ICCJ nr. 66/2018 conform căreia:

În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art.65, art.104 alin.3, art.133 și art.134 alin.1 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr.395/2016, cu modificările și completările ulterioare, raportat la dispozițiile art.28 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, **autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară.**

Prin urmare, autoritatea contractantă este oprită ca, ulterior deciziei CNSC, să procedeze la o reevaluare a propunerii tehnice și financiare depuse de un ofertant, cu excepția situației în care *dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară*, or, în speța de față autoritatea contractantă a fost obligată doar la reevaluarea ofertei BOZANKAYA în limitele stabilite, ceea ce a și făcut.

Luând în considerare cele mai sus expuse, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2106, Consiliul va admite excepția tardivității contestației ASTRA, invocată de intervenientul PESA și autoritatea contractantă.

Față de soluția prefigurată, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de PESA, 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 a BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. în formularea contestației, invocată de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA și MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI și, pe cale de consecință, respinge contestația BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., în contradictoriu cu MINISTERUL

LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes.

Admite excepția tardivității contestației depusă de ASTRA VAGOANE SA și, pe cale de consecință, respinge contestația ASTRA VAGOANE SA, în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, ca tardivă.

Admite cererile de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depuse 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