

ROMÂNIA
CURTEA DE APEL TIMIȘOARA
P-TA ȚEPEȘ VODA NR. 2
TIMIȘOARA
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Destinatar:
COMUNA BERZASCA
BERZASCA, STR.PRINCIPALĂ, nr.
282, Cod postal 327025, județul
CARAȘ SEVERIN

DOSARUL NR. 1096/59/2016

Materia: Contencios administrativ și fiscal
Stadiul procesual al dosarului: Recurs
Obiectul dosarului: litigiu privind achizițiile publice
Complet: ra4

COMUNICARE HOTARÂRE CIVILĂ

NR. 2517/2016 DIN DATA DE 16 August 2016

Stimată doamnă/Stimate domn,

vă comunicăm, alăturat, copia hotărârii civile nr. 2517/2016, pronunțată la data de 16 August 2016, de către CURTEA DE APEL TIMIȘOARA SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL.

Notă: Pentru a vizualiza unele documente din dosar, accesați www.curteapeltimisoara.ro secțiunea Dosare și folosiți parola: 1309bafa. Aveți obligația de a nu divulga parola altor persoane.

L.S. PRESEDINTE
(stampila)



I.S. 23.08.2016 11:09:33

ROMÂNIA

CURTEA DE APEL TIMIȘOARA

OPERATOR 2928

SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DOSAR NR.1096/59/2016-06.07.2016

DECIZIA CIVILĂ NR. 2517

Ședința publică din 16 august 2016

PREȘEDINTE: DIANA LĂSCONI

JUDECĂTOR: RAMONA MARIA VLADU

JUDECĂTOR: RĂZVAN PĂTRU

GREFIER: Ileana Szilveszter

S-a luat în examinare plângerea formulată de petenta **COMUNA BERZASCA**, în contradictoriu cu intimata **SC TERMODAN SRL**, împotriva Deciziei nr. 1084/C2/1138 din data de 22.06.2016 pronunțată de Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor, având ca obiect - litigiu privind achizițiile publice.

Dezbaterile în fond au avut loc în ședința publică din data de 10.08.2016, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, care face parte din prezenta hotărâre, când instanța, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea pentru data de 16.08.2016.

CURTEA,

Deliberând asupra plângerii de față, constată următoarele:

Prin Decizia nr. 1084/C2/1138 din data de 22.06.2016, **Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor a admis contestația** formulată de contestatoarea **SC TERMODAN SRL**, în contradictoriu cu autoritatea contractantă **COMUNA BERZASCA**; a anulat decizia de anulare a procedurii dispusă prin nota nr. 5265/18.05.2016 (nota justificativă nr. 6 privind anularea procedurii), precum și actele subsecvente acesteia; a obligat autoritatea contractantă la continuarea procedurii cu evaluarea ofertelor și stabilirea rezultatului procedurii în termen de 10 zile de la data primirii prezentei; în cadrul aceluiași termen, a obligat autoritatea contractantă să retransmită către **SC TERMODAN SRL** solicitarea de prelungire a valabilității ofertei și garanției de participare.

Pentru a adopta această hotărâre, **Consiliul a reținut**, în esență, că:

- referitor la excepția lipsei calității de participant la procedură a **SC TERMODAN SRL**, întrucât valabilitatea ofertei și garanției de participare a expirat la data de 27.04.2016, s-a constatat că prin procesul-verbal nr. 4714/15.04.2016 (proces-verbal al ședinței de evaluare nr. 7), comisia de evaluare a ofertelor a observat că valabilitatea ofertelor este aproape de expirare și a decis solicitarea prelungirii valabilității garanției de participare și a ofertelor; prin adresa nr. 4726/15.04.2016, autoritatea contractantă a solicitat **SC TERMODAN SRL** prelungirea termenului de valabilitate a ofertelor cu 90 zile, până la data de 24.07.2016, precum și a garanției de participare; respectiva adresă a fost transmisă operatorului economic, la numărul de fax 0371.605977 (numărul de fax indicat în scrisoarea de înaintare a ofertei), în data de 15.04.2016, ora 13:26; la solicitarea Consiliului, de a se transmite un punct de vedere cu privire la faptul că până la data de 27.04.2016 (data expirării valabilității ofertei), nu a fost transmis acceptul scris privind prelungirea valabilității ofertei, **SC TERMODAN SRL** a susținut că nu a primit o astfel de adresă, depunând și dovezi în acest sens; astfel, prezintă relevanță adresa Vodafone, furnizorul serviciilor de telecomunicații, transmisă Consiliului de **SC TERMODAN SRL**, în care se precizează: „referitor la solicitarea dumneavoastră privind numărul de fax 0371605977, nu vă putem pune la dispoziție un desfășurător pentru data de 18.05.2016, întrucât acesta a fost deconectat temporar pentru neplată în data de 18.02.2016, iar rezilierea permanentă s-a realizat în 26.04.2016 (...)....confirmăm faptul că

pentru numărul de fax 037160597, nu mai apare niciun fel de înregistrare începând cu data de 26 aprilie 2015."

Consiliul a reținut că, potrivit art. 16 alin. (5) 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, toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire. Transmiterea fax, invocată de autoritatea contractantă este una dintre modalitățile permise de lege, dar raportul automat generat de aparatul fax poate constitui cel mult o dovadă a transmiterii documentelor și nicidecum o dovadă/confirmare a primirii acestora de către destinatar, deoarece din varii motive de ordin tehnic (deconectare temporară/reziliere permanentă - cazul de față, erori de sistem, lipsă toner, lipsă hârtie, resetarea aparaturii în fluctuații de curent etc.) se poate întâmpla ca documentul transmis să nu ajungă la destinatar sau, chiar dacă ajunge, conținutul acestuia poate fi alterat, fiind posibilă rularea, la destinatar, chiar a unor pagini albe; confirmarea de primire a documentelor transmise prin modalitatea "fax" ar fi constat fie în retransmiterea documentului înregistrat la destinatar, fie în transmiterea unui document separat prin care acesta să fi confirmat explicit primirea documentului transmis; în situația în care autoritatea contractantă nu a constituit dovada comunicării către ofertant a adresei prin care a solicitat prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare, s-a apreciat că nu se impune sancționarea contestatoarei cu respingerea contestației pe cale de excepție pentru lipsa calității de participant la procedură, societatea contestatoare nefiind culpabilă pentru netransmiterea unui răspuns la o solicitare pentru a cărei comunicare autoritatea contractantă nu constituie dovada confirmării de primire.

Consiliul a reținut că aceeași lipsă de diligență a autorității contractante în transmiterea documentelor se manifestă și vizavi de comunicarea rezultatului procedurii de atribuire despre care aceasta susține că a fost înaintată contestatoarei, în data de 18.05.2016, atât pe e-mail cât și pe fax, motiv pentru care invocă tardivitatea formulării contestației; aceeași situație există și în cazul raportului de e-mail, acest document neputând face dovada primirii respectivei adrese, ci doar transmiterea unui document, cu un conținut oarecare la adresa de e-mail termodansrl@yahoo.com.

În opinia Consiliului, simpla prezentare a unui „printscreen” nu poate proba, în mod cert, îndeplinirea condiției obligatorii de validitate, cauzele posibilei nerecepționări a unui e-mail, ca și în cazul unui fax, putând fi multiple, fără a fi, în mod obligatoriu, reținute în cadrul documentului prezentat.

Vizavi de susținerea autorității contractante că în cuprinsul contestației este indicat alt număr de fax, respectiv de telefon, față de cele menționate în adresa de înaintare a ofertei, Consiliul a reținut că prin e-mail-ul transmis în data de 25.03.2016, contestatoarea a notificat autoritatea contractantă asupra noului număr de fax, respectiv 0359.819466, acesta fiind indicat și în adresele ulterioare adresate achizitoarei, comunicându-i-se totodată, și adresa de e-mail, [termodansrl\(d\)vahoo.com](mailto:termodansrl(d)vahoo.com).

În ceea ce privește invocarea de către autoritatea contractantă, în susținerea excepției tardivității, a faptului că procedura a fost anulată în data de 18.05.2016 prin publicare în SEAP, și astfel, ofertantul putea să o conteste în termen de 5 zile de la luarea la cunoștință, Consiliul a apreciat că aceasta nu poate fi reținută, întrucât, potrivit dispozițiilor art. 83 alin. (1) și (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, după finalizarea evaluării ofertelor, comisia de evaluare are obligația de a elabora raportul procedurii de atribuire, acesta fiind înaintat conducătorului autorității contractante spre aprobare, iar potrivit dispozițiilor art. 206 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 „autoritatea contractantă are obligația de a informa operatorii economici implicați în procedura de atribuire despre deciziile referitoare la rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică sau de încheiere a acordului-cadru în scris și cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la emiterea acestora, înăuntrul termenului prevăzut la art. 200."

De asemenea, Consiliul a reținut și că argumentele contestației nu pot fi analizate decât în raport cu un act al autorității contractante, act care putea fi contestat după adoptarea lui de către comisia de evaluare și însușirea de către conducătorul autorității; așadar, în măsura în care i se vatămă un drept sau interes legitim, contestația poate fi înaintată după primirea comunicării rezultatului procedurii, vizavi de respectivul rezultat; actul administrativ produce efecte juridice doar de la comunicare, astfel încât, în lipsa comunicării către contestatoare a deciziei de anulare, nu se putea aprecia că informația cuprinsă în SEAP face posibilă contestarea rezultatului procedurii, respectiv a anulării deciziei de anulare a procedurii de atribuire, în condițiile în care în SEAP nu au fost indicate motivele ce au stat la baza anulării procedurii de atribuire, precizându-se „abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului.”

În ceea ce privește fondul contestației, Consiliul a reținut că, potrivit prevederilor art. 209 alin. (1) lit. c) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”; astfel, măsura anulării procedurii de atribuire a fost concepută ca un remediu extrem în cazuri în care continuarea și finalizarea procedurii devine realmente imposibilă, în condiții de legalitate.

Or, în cazul de față, s-a apreciat că motivul care a stat la baza dispunerii acestei măsuri vizează omiterea publicării deciziei de prelungire a perioadei de evaluare a ofertelor, încălcându-se astfel prevederile art. 200 din OUG nr. 34/2006.

Concluzia desprinsă de Consiliu, în urma analizei documentelor justificative depuse de autoritate, este aceea că anularea procedurii de atribuire nu este justificată, nefiind vorba de abateri legislative, respectiv erori sau omisiuni astfel cum sunt prevăzute acestea la art. 209 alin. (1) lit. c), enunțat anterior și alin. (4) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006; în opinia sa, nu orice eroare sau omisiune este de natură a crea o situație excepțională de natură să conducă la anularea procedurii de atribuire, eroarea respectivă fiind, în primul rând, o abatere gravă de la prevederile legislative.

S-a apreciat de către Consiliu că, în speță, autoritatea contractantă nu a făcut dovada că s-a aflat în situația imposibilității continuării procedurii ceea ce conduce la concluzia că anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci a fost determinată doar de culpa autorității contractante care a apreciat, fără o fundamentare temeinică, necesitatea anulării procedurii; astfel, autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, izvorâtă din propria neglijență, după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat etape importante ale procedurii (elaborarea ofertelor, depunerea și deschiderea ofertelor, evaluarea ofertelor); numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 209 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, deoarece legiuitorul vorbește despre o imposibilitate, ce nu a fost demonstrată de către Comuna Berzasca; nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante; or, în speță, autoritatea contractantă nu a făcut dovada existenței unor erori sau omisiuni, care să determine imposibilitatea adoptării de măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f), iar motivarea faptică găsită de autoritate este insuficientă pentru a se dispune o astfel de măsură.

Consiliul a mai reținut că analiza legalității măsurii de anulare a procedurii de atribuire nu impune doar o abordare strictă, prin raportare exhaustivă la textele de lege, ci trebuie avut în vedere și contextul în care măsura a intervenit, este ea de natură a vătăma sau nu anumite categorii de interese, și dacă da în ce măsură procedura de atribuire este viciată; practic, în speța de față, prin adoptarea măsurii de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este tributara unei abordări excesiv de formaliste, cu ignorarea chiar a interesului său, interes care constă în atribuirea

contractului și prestarea serviciilor, iar nu de a treia atribuirea acestuia cu riscul pierderii fondurilor alocate.

În fine, referitor la solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii nr. 388544/20.05.2016, Consiliul a reținut că, în condițiile anulării de către autoritatea contractantă a prezentei proceduri de atribuire, având ca obiect „execuția lucrărilor pentru Canalizare menajeră Liubcova comuna Berzasca, județul Caras -Severin", aceasta a fost relansată prin publicarea invitației de participare nr. 388544/20.05.2016; determinând existența corespondenței între cele două proceduri, având același obiect (cap. II.1.5 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, din fișa de date a achiziției: Autoritatea contractantă, Comuna Berzasca județul Caras - supune achiziției publice: „Execuția lucrărilor pentru "Canalizare menajeră Liubcova" comuna Berzasca, județul Caras-Severin. Oferta de execuție de lucrări va cuprinde toate lucrările prevăzute în listele de cantități anexate prezentei cereri de ofertă conform PT, cu o lungime de rețea de canal menajer de 7,01 km, o stație de epurare cu treaptă mecano-biologică de 196 mc/zi, 1300 LE și cele aferente lucrărilor din organizarea de șantier. Valoarea estimată a contractului, fără TVA: este 4.447.393,57 lei, din care 379.903,57 lei cheltuieli diverse și neprevăzute (compusă din 4.067.490 lei, fără TVA, valoarea contractului conform devizului general aprobat și 379.903,57 lei, fără TVA, cheltuieli diverse și neprevăzute) și ținând cont de faptul că, în mod nelegal, autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii de atribuire inițiată prin invitația de participare nr. 384127/12.01.2016, impunându-se continuarea acesteia, pe cale de consecință, Consiliul a dispus anularea procedurii republicată prin intermediul invitației de participare nr. 388544/20.05.2016.

Împotriva deciziei pronunțată de CNSC, petenta Comuna Berzasca a formulat plângere, înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 1096/59/06.07.2016, solicitând următoarele:

- pe cale de excepție, respingerea ca inadmisibilă a contestației formulată de către pârâtă, înregistrată la CNSC sub nr.16369/30.05.2016;
- pe cale de excepție, respingerea ca tardivă a contestației;
- pe fond, respingerea ca netemeinică a contestației;
- să se constate comportamentul necorespunzător al pârâtei în formularea contestației, cu consecința reținerii de către autoritate a garanției de bună conduită.

În motivarea plângerii, cu titlu preliminar, petenta învederează că aceasta este **inadmisibilă**, întrucât contestatoarea nu a urmat procedura impusă de disp. art. 6 al. 1 din Legea nr. 101/2016 – aplicabil în speță – respectiv, nu a respectat obligația de a notifica autoritatea contractanta cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice; astfel, având în vedere că ultima comunicare a Autorității Contractante, respectiv Notificarea nr. 5346/25.05.2016, a fost primită de către contestatoare în aceeași dată, rezultă că începând cu a doua zi, respectiv 26.05.2016, contestatoarea trebuia să aplice prevederile Legii nr. 101/2016, chiar dacă actul generator al contestației fusese emis cu o zi înainte sub imperiul OUG nr. 34/2006; în acest context, contestatoarea trebuia să se adreseze în termen de 5 zile cu o Notificare prealabilă către Autoritatea contractantă, prin care să solicite remedierea deficiențelor care o puteau afecta și, doar după primirea/refuzul răspunsului la notificare, se putea adresa CNSC.

Referitor la **excepția de tardivitate** a formulării contestației, petenta arată că, întrucât procedura organizată pentru achiziție (nr. invitație de participare 384127/12.01.2016) a fost anulată în data de 18.05.2016 prin publicare în SEAP, iar ofertantul, conform legislației aplicabile procedurii, putea să o conteste în 5 zile de la luarea la cunoștință; contestatoarea omite în mod intenționat, spre a induce instanța în eroare, faptul că a primit - după adresa sa nr. 62/18.05.2016 (în care a sesizat omisiunea anunțării prelungirii perioadei de evaluare) - o notificare cu nr. 5266/16.05.2016, din partea Autorității Contractante, Comuna Berzasca, prin care era anunțat direct - ca procedura a fost anulată, în urma sesizării sale; pentru această notificare, există și confirmarea fax și cea de transmitere prin e-mail, așa cum a solicitat ofertantul, dar mai mult, exista anunțul de anulare din data de 18.05.2016 publicat în SEAP - platforma publică, la care exista acces nelimitat.

În atare situație, petenta apreciază că este tardiv formulată contestația adresată CNSC.

În ceea ce privește **fondul**, petenta, după o prezentare a stării de fapt, arată, în esență, că, întrucât valabilitatea ofertelor și a garanțiilor de participare urmau să expire, Comisia de evaluare a formulat solicitări de clarificări privind prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare pentru toți cei opt ofertanți; la primirea documentelor de prelungire, cu încă 90 de zile a valabilității ofertelor și garanțiilor de participare, doar șase din cei opt ofertanți au transmis documentele solicitate; ofertantul SC CALOR GRUP SRL, situat pe locul 8 în ierarhia inițială, înaintea evaluării ofertelor și ofertantul SC TEMODAN SRL, situat pe locul 4 în ierarhia inițială înaintea evaluării ofertelor, nu și-au prelungit nici valabilitatea ofertelor și nici a garanțiilor de participare, astfel cum li s-a solicitat și nici din propria inițiativă, astfel că ofertele acestor doi ofertanți și-au pierdut valabilitatea; Comisia de evaluare a constatat că la acel moment, cei doi ofertanți nu mai erau participanți la procedură și a decis ca ofertele lor să nu se mai analizeze și să nu li se mai adreseze solicitări de clarificări, întrucât au ales să nu mai participe; Comisia de evaluare a constatat, după încă o ședință de evaluare, respectiv, în data de 18.05.2016 (după expirarea valabilității ofertei și a garanției de participare transmise), că s-a primit o scrisoare de amenințare din partea ofertantului SC TERMODAN SRL, pretinzând că nu au primit solicitarea de clarificări privind prelungirea valabilității ofertei, deși existau dovezi clare că i-a fost transmisă aceasta solicitare, ca tuturor celorlalți ofertanți, prin mijloace de comunicare indicate de ofertant în oferta depusă, respectiv, prin fax.

Petenta învederează că, întrucât conform definiției prevăzută în legislația achizițiilor publice aplicabilă procedurii, în adresa nr. 62/ 18.05.2016, SC TERMODAN SRL a invocat o abatere de la legislație a Autorității Contractante, referitoare la anunțarea ofertanților privind prelungirea perioadei de evaluare a ofertelor - reglementată de art. 200 din OUG 34/2006 cu completările și modificările ulterioare, și chiar dacă ofertantul nu mai era participant la procedură, în urma verificării, s-a constatat că, într-adevăr, nu s-a publicat în SEAP decizia de prelungire a perioadei de evaluare; întrucât perioadele de anunț, respectiv, 2 zile de la expirarea perioadei nu mai puteau fi respectate, este evident că Autoritatea Contractanta se afla în situația de a nu mai putea remedia aceasta abatere de la prevederile legislației, deoarece perioada de evaluare legală a expirat în 20.02.2016; astfel, Autoritatea Contractanta a decis, în baza notei justificative de anulare, anularea procedurii și reluarea acesteia - anularea fiind publicată în SEAP, în data de 18.05.2016 - dată la care a fost notificată și contestatoarea SC TERMODAN SRL.

Petenta consideră că măsura pe care a întreprins-o cu privire la anularea procedurii, este una legală și temeinică, neexistând nici un motiv care să impună anularea acestei măsuri.

În acest context, petenta face trimitere și la prevederile art. 209 alin. 1 și alin 4 din Ordonanța de Urgență nr. 34/2006, cu modificările și completări ulterioare și al art. 2 alin. (2) lit. a) - f) din același act normativ.

Mai susține că anularea procedurii nu aduce autorității prejudiciile invocate de contestatoare privitoare la refacerea documentației de atribuire, întrucât aceasta, odată validată, se reia automat la republicare, iar cunoașterea preturilor nu prejudiciază, ci ajută autoritatea în cheltuirea mai judicioasă a fondurilor publice și nu sunt încălcate principiile tratamentului egal și al nediscriminării.

De asemenea, petenta precizează că nu a luat o hotărâre arbitrară, ci o hotărâre rezultată în urma scrisorii de amenințare a contestatorului, prin care invocă o prevedere legală încălcată și care era imposibil de remediat; prin anularea procedurii, autoritatea nu a dorit să riște finalizarea procedurii prin încheierea unui contract cu producerea de efecte juridice, iar ulterior, orice organ de control, sesizând nerespectarea legii, să anuleze contractul, generând litigii ulterioare și întârziind și mai mult, realizarea investiției, de care este strictă nevoie în localitatea Liubcova.

Nu în ultimul rând, petenta arată că nu invocă în susținerea intereselor sale propria sa culpa, ci a dat curs sesizării contestatoarei, care i-a atras atenția asupra culpei de a nu fi publicat sau transmis ofertanților comunicarea prelungirii perioadei de evaluare - situație care nu mai putea fi remediată cu respectarea perioadelor legale, invocând și disp. art. 200 al. 4 din OUG nr. 34/2006.

Prin întâmpinarea formulată la data de 03.02.2016, intimata **SC Termodan SRL** a solicitat respingerea plângerii, invocând, prin raportare la dispozițiile Legii nr. 101/2016 – art. 34 al. 1 - **excepția lipsei calității procesuale active** a petentei, dat fiind petitul cererii.

De asemenea, intimata apreciază că plângerea este și **inadmisibilă**.

În dezvoltarea celor de mai sus, intimata arată că petenta nu are calitate procesuala activă, prin prisma soluțiilor pe care le poate pronunța instanța de judecată, întrucât aceasta nu solicită nimic din ceea ce instanța de judecată poate acorda potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016, astfel că plângerea se dovedește a fi și inadmisibilă și nelegală.

De asemenea, intimata face trimitere și la prevederile art. 30 alin. 2 din Legea nr. 101/2016, potrivit cu care - în plângere, contestatorul nu poate invoca alte motive împotriva actelor autorității contractante decât cele cuprinse în contestația adresată Consiliului – astfel că invocarea excepției de inadmisibilitate în fața instanței de judecată nu mai este posibilă.

Referitor la **fondul** plângerii, intimata arată că aceasta este neîntemeiată, întrucât în mod temeinic, CNSC a admis contestația sa.

După o prezentare a stării de fapt, intimata învederează că dispozițiile art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 prevăd, în mod expres, care sunt cazurile în care autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire, însă comisia de evaluare nu a ținut cont de dispozițiile legale menționate și a emis o decizie ce nu este motivată în concordanță cu dispozițiile legale, fapt pentru care decizia este una abuzivă.

Intimata apreciază că măsura de anulare a procedurii este nejustificată, având în vedere că autoritatea contractantă, în mod eronat, a considerat că, în loc să solicite prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, și în loc să finalizeze procedura printr-o evaluare corectă a ofertelor, a dispus anularea procedurii; procedând în acest fel, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 2 alin. 1 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv, principiul tratamentului egal și al nediscriminării.

Intimata precizează că anularea procedurii de atribuire cu nr. 384127/12.01.2016 este defavorabilă atât pentru autoritatea contractantă, în sensul că aceasta trebuie să întocmească o nouă documentație de atribuire, să reia procesul de depunere a ofertelor, procesul de evaluare a ofertelor și eventualele contestații, privind documentația de atribuire, cât și privind rezultatele evaluărilor, ce se pot întinde pe o perioadă de timp similară anterioarei proceduri, lucru ce ar dăuna în mod evident autorității contractante, dar este defavorabilă, în primul rând, ofertanților, prin crearea unor prejudicii, deoarece aceștia au consumat o grămadă de timp și energie, transformate în costuri substanțiale, cu întocmirea ofertelor, și bani efectiv cu garanții etc, fiind nevoiți să facă la fel și cu întocmirea viitoarei oferte; mai mult, la momentul reluării aceleiași proceduri, deja posibilitățile ofertanților cunosc preturile ofertate de către ofertanții care au depus oferta la procedura de atribuire cu nr. 384127/12.01.2016, ceea ce creează un dezavantaj clar față de aceștia din urma și încalcă prevederile art. 2 alin. 1 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006.

Intimata susține că maniera în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport cu dispozițiile art. 209 din O.U.G. nr. 34/2006 și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertantului participant; nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

De asemenea, intimata precizează că autoritatea contractantă nu a făcut dovada că s-a aflat în situația imposibilității continuării procedurii, ceea ce conduce la ipoteza că anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei acesteia, care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii; doar existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 209 din OUG nr. 34/2006, deoarece legiuitorul vorbește despre o imposibilitate.

Nu în ultimul rând, intimata face trimitere și la disp. art. 209 alin. (4) lit. b) din OUG nr. 34/2006, apreciind că, în cauză, nu sunt incidente dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. c) coroborate cu

dispozițiile alin. (4) din același act normativ, întrucât autoritatea contractantă nu se afla în situația în care nu ar fi putut dispune anumite remedieri în desfășurarea procedurii.

În drept, s-au invocat prevederile OUG nr. 34/ 2006, ale HG nr. 925/2006 și ale Legii 101/2016.

Examinând plângerea formulată, cu prioritate, conform art. 248 alin. 1 C. proc. civ, prin prisma excepțiilor invocate, Curtea reține următoarele:

1. Cu referire la **excepția lipsei calității procesuale active** a petentei **Comuna Berzasca** și la **excepția de inadmisibilitate a plângerii**, Curtea observă că acestea sunt motivate de intimata **SC Termotan SRL**, prin prisma soluțiilor pe care le poate pronunța instanța de judecată, în sensul că, întrucât petenta nu solicită nimic din ceea ce instanța de judecată poate acorda potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016, plângerea se dovedește a fi și inadmisibilă și nelegală; de asemenea, intimata face trimitere și la prevederile art. 30 alin. 2 din Legea nr. 101/2016, potrivit cu care în plângere, contestatorul nu poate invoca alte motive împotriva actelor autorității contractante decât cele cuprinse în contestația adresată Consiliului – astfel că invocarea excepției de inadmisibilitate în fața instanței de judecată nu mai este posibilă.

1.1. În ceea ce privește **excepția lipsei calității procesuale active**, Curtea relevă că, potrivit dispozițiilor art. 36 Cod procedură civilă: „*Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății. Existența sau inexistența drepturilor și a obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond*”.

Din economia dispozițiilor legale menționate, reiese că analiza legitimării procesuale în cauzele deduse judecății presupune identificarea raportului juridic litigios și determinarea subiectelor acestuia. Este fără relevanță, din perspectiva calității procesuale, dacă partea poate sau nu să obțină finalitatea urmărită prin intermediul cererii introductive de instanță, întrucât această împrejurare constituie o chestiune de fond, nefiind o condiție de exercițiu a acțiunii însăși.

În speță, constatând că raportul juridic dedus judecății s-a stabilit între petenta Comuna Berzasca – în calitate de autoritate contractantă și intimata SC Termotan SRL – în calitate de titular al unei oferte de participare formulată în cadrul procedurii de achiziție publică declanșată de cea dintâi, Curtea constată că **petenta are calitate procesuală în plângerea pendinte**, așa încât excepția invocată de intimată apare ca fiind neîntemeiată și se impune a fi respinsă.

1.2. Cu referire la **admisibilitatea plângerii**, Curtea nu identifică niciun *fine de neprimire* care să împiedice petenta să acceseze acest mijloc procesual, dispozițiile Legii nr. 101/2016 (aplicabile plângerii de față – după cum se va arăta, pe larg, *infra*), prevăzând această cale de atac în beneficiul oricărui din părțile nemulțumite de soluția pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

În sensul celor de mai sus, Curtea arată că, potrivit dispozițiilor art. 29 alin. 1 din Legea nr. 101/2016: „*Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către oricare dintre părțile cauzei, cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare*”.

În atare situație, în calitate de parte în cauza dedusă judecății Consiliului, petenta Comuna Berzasca are dreptul neîngrădit de a ataca în instanță decizia de soluționare a contestației, în termen de 10 zile de la comunicarea acesteia, atât pentru motive de nelegalitate, cât și pentru motive de netemeinicie.

2. Cu referire la **inadmisibilitatea contestației** formulată de către intimata **SC Termotan SRL** – invocată de petenta **Comuna Berzasca**, Curtea observă că petenta își motivează excepția prin aceea că societatea contestatoare nu a urmat procedura impusă de art. 6 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, în sensul că nu a notificat autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice, doar după primirea/refuzul răspunsului la notificare, putându-se adresa CNSC.

Analizînd excepția, Curtea se va opri mai întîi asupra incidenței în speța de față a dispozițiilor Legii nr. 101/2016 – lege intervenită pe parcursul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică la care se referă litigiul pendinte și care înlocuiește, practic, dispozițiile referitoare la soluționarea, pe cale administrativ-jurisdicțională și judiciară a contestațiilor, cuprinse în OUG nr. 34/2006.

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* a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 393 din 23 mai 2016 și a intrat în vigoare la 3 zile de la publicare – conform art. 11 alin.1 din legea nr. 24/2000, respectiv, la data de **26 mai 2016**.

Potrivit dispozițiilor tranzitorii cuprinse în conținutul legii, **aceasta se aplică inclusiv procedurilor în curs de desfășurare, atîta timp cît contestația/cererea/plîngerea a fost formulată ulterior intrării în vigoare a acesteia.**

Astfel, conform prevederilor art. 69 din Legea nr. 101/2016: „(1) *Contestațiile/Cererile/Plîngerile aflate în curs de soluționare la Consiliu/instanța de judecată la data intrării în vigoare a prezentei legi continuă să fie soluționate în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost depuse.*

(2) *Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plîngerilor formulate după intrarea ei în vigoare.*

(3) *Contestațiile depuse, în condițiile legii, la poștă, înainte de data intrării în vigoare a prezentei legi, rămân supuse soluționării conform legii în vigoare la data la care au fost depuse, chiar dacă sunt înregistrate la Consiliu/instanța de judecată după această dată.*

(4) *Termenele procedurale aflate în curs la data intrării în vigoare a prezentei legi rămân supuse legii în vigoare la data la care au început să curgă”.*

Întrucît de la momentul recepționării de către societatea contestatoare a Notificării nr. 5346/25.05.2016 – prin care era informată asupra anulării procedurii și pînă la data formulării contestației au intervenit modificările legislative semnalate – cu aplicabilitate imediată, **contestatoarea era obligată să procedeze potrivit noilor reglementări instituite prin dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă.**

Astfel, potrivit art. 6, menționat, „(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:

a) 10 zile, începînd cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decît pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunșurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

b) 5 zile, începînd cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decît pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunșurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) *Notificarea prealabilă se face în scris și conține cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz [...]*

(10) *Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă*”.

Din interpretarea logico-gramaticală și teleologică a normei, rezultă, pe de-o parte, că aceasta instuie un fine de neprimire, care împiedică analiza de către Consiliu/instanță a contestației/plângerii (alin. 10), iar, pe de altă parte, că norma are caracter imperativ, instanța putând invoca și din oficiu excepția de inadmisibilitate, în cazul în care partea nu a urmat procedura prealabilă instituită de lege.

Întrucât, în speță, contestatoarea nu a urmat această procedură și nu a notificat, anterior sesizării Consiliului de Soluționare a Contestațiilor, Autoritatea contractantă, în vederea remedierii pretensei încălcări a legislației, plângerea acesteia apare ca fiind inadmisibilă și se impune a fi respinsă.

Raportat la cele ce preced, plângerea de față apare ca întemeiată și se impune a fi admisă. În consecință, se va modifica, în tot, decizia atacată și rejudecând, se va respinge ca inadmisibilă, contestația formulată de contestatoarea S.C. Termodan SRL.

În fine, în ceea ce privește solicitarea autorității contractante de a se dispune reținerea garanției de bună conduită furnizată de societatea contestatoare, Curtea apreciază că aceasta nu este justificată, în condițiile în care nu există niciun element care să conducă la concluzia că demersul procesual declanșat de contestatoare îmbracă forma unui abuz, ci constituie expresia libertății de a contesta actele pretins vătămătoare emise de petentă.

Petenta nu a solicitat cheltuieli de judecată.

**PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII,
DECIDE:**

Respinge excepția de inadmisibilitate, precum și cea a lipsei calității procesuale active invocate de intimata S.C. Termodan SRL.

Admite plângerea formulată de petenta **Comuna Berzasca**, cu sediul în Berzasca, str. Principală, nr. 282, jud. Caraș Severin, în contradictoriu cu intimata **S.C. Termodan SRL**, cu sediul în Băile 1 Mai, Haieș, nr. 21, comuna Sînmartin, jud. Bihor, împotriva deciziei nr. 1084/C2/1138/22.06.2016, emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Modifică, în tot, decizia atacată și rejudecând, **respinge** ca inadmisibilă, contestația formulată de contestatoarea S.C. Termodan SRL.

Fără cheltuieli de judecată.

Definitivă.

Pronunțată în ședința publică din 16.08.2016.

**PREȘEDINTE,
DIANA LĂSCONI**

**JUDECĂTOR,
RAMONA-MARIA VLADU**

**JUDECĂTOR,
RĂZVAN PĂTRU**

**GREFIER,
Ileana Szilveszter**



Red. D.L., 22.08.2016
Tehnored.IS/22.08.2016
6 ex/6 com.

