

Constantina-Monica Turcu

ACHIZIȚII PUBLICE

JURISPRUDENȚA CURȚILOR DE APEL

NOTE PRIVIND CONTEXTUL LEGISLATIV

SOLUȚII DIN PRACTICA RECENTĂ A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

Cuprins

ABREVIERI.....	11
CUVÂNT- ÎNAINTE	13
I. PERSOANA CARE SE CONSIDERĂ VĂTĂMATĂ. INTERESUL.....	15
I.1. Preambul.....	15
I.2. Jurisprudență	17
I.2.1. Interesul ofertantului desemnat ca fiind câștigător de a formula critici în ceea ce privește oferta depusă de ofertantul clasat pe locul al doilea și care contestă primul raport al procedurii. Momentul la care acesta devine născut și actual.....	17
I.2.2. Ofertă respinsă în mod corect de CNSC ca inacceptabilă și neconformă. Lipsa interesului legitim de a critica oferta concurentă	24
I.2.3. Anularea procedurii de achiziție publică de către autoritatea contractantă pentru greșita determinare a valorii estimate. Interesul participantului la procedura de a contesta decizia de anulare	33
I.2.4. Ofertant clasat pe locul al treilea. Interesul de a contesta oferta aflată pe locul al doilea. Critici formulate tardiv.....	38
I.2.5. Decizie de obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei concurente. Lipsa calității de persoană vătămată a ofertantului care a fost exclus în mod definitiv de la procedura de atribuire.....	43
I.2.6. Îndeplinirea cerinței privind existența interesului în situația în care autoritatea contractantă a încheiat deja contractul cu ofertantul declarat câștigător. Neîndeplinirea condițiilor privind sesizarea CJUE cu o întrebare preliminară în acest sens.....	48
I.2.7. Nedovedirea calității de potențial ofertant în procedura de achiziție contestată. Contestație respinsă ca lipsită de interes.....	55
I.2.8. Plângere formulată de intervenientul accesoriu. Lipsa caracterului neavenit, dacă partea în favoarea căreia a intervenit nu a contestat decizia CNSC	59
II. ACCESUL LA DOCUMENTELE DOSARULUI DE ACHIZIȚIE.....	61
II.1. Preambul	61
II.2. Jurisprudență.....	64
II.2.1. Proba confidențialității ofertei. Presupunerea simplă de confidențialitate. Posibilitatea declarării caracterului confidențial al întregii propuneri tehnice și/sau financiare	64
II.2.2. Calificarea în mod eronat de către autoritatea contractantă a unor informații drept confidențiale. Acordarea accesului la documente de către CNSC	71
II.2.3. Posibilitatea formulării de motive noi la contestație în situația în care CNSC aprobă studierea dosarului. Lipsa necesității formulării unei contestații distincte.....	78

II.2.4. Cererea contestatorului de acces la documentele declarate confidențiale, în condițiile în care nu contestă caracterul confidențial al acestora, iar propria ofertă este declarată, de asemenea, ca fiind confidențială. Încălcarea principiului egalității de tratament prin desecretizarea ofertelor concurente.....	82
II.2.5. Obligațiile ofertantului cu privire la informațiile confidențiale. Inexistența obligației autorității contractante de a nu dezvălui informațiile de al căror caracter confidențial se prevaluează ofertantul, în cazul nerespectării de către acesta a dispozițiilor art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.....	88
III. SUSPENDAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE	95
III.1. Preambul	95
III.2. Jurisprudență.....	96
III.2.1. Cerere de suspendare formulată în baza art. 33 din Legea nr. 101/2016. Imposibilitatea realizării unui control efectiv asupra cerințelor documentației de atribuire. Neîndeplinirea condiției privind paguba iminentă prin invocarea pierderii contractului de achiziție publică	96
III.2.2. Contract având ca obiect „servicii de salubritate” ajuns la termen. Cerere de suspendare a procedurii de atribuire respinsă motivat de prevalența consecințelor negative ale acestei măsuri asupra interesului public	99
III.2.3. Cerere de suspendare a procedurii de atribuire formulată de autoritatea contractantă. Lipsă de interes.....	102
III.2.4. Suspendarea procedurii de atribuire de către CNSC, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016. Nemotivarea corespunzătoare a măsurii dispuse.....	103
III.2.5. Cerere de suspendare a procedurii de atribuire formulată pe calea ordonanței președințiale. Inadmisibilitate	106
IV. CONTESTAȚIA FORMULATĂ PE CALE ADMINISTRATIV-JURISDICTIONALĂ. CONTESTAȚIA FORMULATĂ PE CALE JUDICIARĂ	109
IV.1. Preambul	109
IV.2. Jurisprudență.....	111
IV.2.1. Achiziție directă. Conflict negativ de competență soluționat în favoarea tribunalului	111
IV.2.2. Completarea pe calea concluziilor scrise a criticilor formulate prin contestația inițială, în urma studierii dosarului cauzei la sediul CNSC. Admisibilitate.....	114
IV.2.3. Momentul de la care curge termenul de formulare a contestației. Contestație tardivă.....	117
IV.2.4. Contestație împotriva ofertei clasate inițial pe locul al II-lea. Tardivitate	121
IV.2.5. Necomunicarea plângerii către partea implicată în procedura de contestare în fața CNSC. Tardivitate.....	125
IV.2.6. Modul de calcul al termenului de contestare. Inaplicabilitatea art. 181 C. pr. civ.	127
IV.2.7. Consemnarea cauțiunii cu încălcarea termenului prevăzut de art. 61 ¹ din Legea nr. 101/2016. Contestație inadmisibilă	129

IV.2.8. Solicitarea de către CNSC a dovezii consemnării cauțiunii. Neprelungirea termenului legal de 5 zile pentru constituirea acesteia	132
IV.2.9. Respingerea contestației ca inadmisibilă în condițiile imposibilității stabilirii cuantumului cauțiunii. Nelegalitate	134
IV.2.10. Insuficiența dovezii debitării contului emitentului ordinului de plată pentru a se considera constituită cauțiunea, în condițiile în care recipisa de consemnare a fost emisă după epuizarea termenului legal de 5 zile. Contestație inadmisibilă.....	138
IV.2.11. Cerere de restituire a cauțiunii în condițiile existenței pe rolul instanței a unei acțiuni în despăgubiri. Achiesare la pretențiile petentei.....	143
IV.2.12. Cerere de restituire a cauțiunii formulată de ofertantul a cărui contestație s-a respins definitiv. Nerelevanța existenței pe rolul instanței a unei alte plângeri formulate cu privire la aceeași decizie a CNSC.....	146
IV.2.13. Neintroducerea în cauză a celorlalte părți implicate în procedura de contestare în fața Consiliului. Plângere respinsă fără a fi soluționată pe fond.....	149
IV.2.14. Preț neobișnuit de scăzut. Necesitatea efectuării analizei prețului în raport de fiecare componentă individuală a achiziției, în cazul contractelor având obiect mixt.....	152
IV.2.15. Noțiunile de „subcontractant” și „furnizor”. Nedeclararea subcontractanților. Ofertă inacceptabilă și neconformă	157
IV.2.16. Adoptarea de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere, conform art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Contestație respinsă ca rămasă fără obiect. Legalitate	162
IV.2.17. Anularea procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă, după evaluarea ofertelor, pentru lipsa oportunității. Nelegalitate.....	166
IV.2.18. Anularea procedurii de achiziție pentru dispariția sursei de finanțare. Legalitate	171
IV.2.19. Criterii de calificare și de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare. Clauze nescrise	174
IV.2.20. Obligație de vizitare a amplasamentului greșit încadrată în categoria criteriilor de calificare/selecție. Neincidența dispozițiilor art. 30 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016 privind „clauza nescrisă”.....	180
IV.2.21. Garanție de 100 de ani. Lipsa intenției serioase de a se obliga. Ofertă respinsă ca inacceptabilă.....	186
IV.2.22. Informații sau documente incomplete sau eronate prezentate de către operatorii economici. Dreptul autorității contractante de a solicita ofertanților completări sau clarificări.....	189
IV.2.23. Depunerea de către ofertant a unor documente noi, atașate răspunsului la solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă. Nelegalitate	192
IV.2.24. Extinderea reevaluării la ofertele care au fost verificate în etapa de evaluare și nu au făcut obiectul unei contestații. Nelegalitate	198
IV.2.25. Solicitarea de clarificări în procedura de reevaluare a ofertei. Legalitate	202

IV.2.26. Document constatator prin care se certifică refuzul anterior al ofertantului de a semna un contract de achiziție publică. Obligația comisiei de evaluare de a stabili caracterul motivat/nemotivat al refuzului.....	207
IV.2.27. Incidența cazului special de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Dreptul de apreciere al autorității contractante.....	211
IV.2.28. Documentația de atribuire. Caracter obligatoriu atât în raport de ofertanți, cât și față de autoritatea contractantă.....	217
IV.2.29. Caracterul obligatoriu al cerințelor din caietul de sarcini necontestate sau cu privire la care nu s-au solicitat clarificări. Imposibilitatea formulării de critici împotriva acestora după expirarea termenului legal de contestare a prevederilor documentației.....	222
IV.2.30. Specificațiile tehnice din caietul de sarcini. Necesitatea respectării liberei concurențe, tratamentului egal și nediscriminării.....	227
IV.2.31. Cerința cu privire la o anumită experiență profesională a experților propuși de ofertant – cerință de calificare, și nu caracteristică tehnică a serviciului ce urmează să fie achiziționat.....	234
IV.2.32. Factori de evaluare privind vechimea utilajelor și deținerea în proprietate a acestora. Lipsa caracterului restrictiv.....	239
IV.2.33. Anularea procedurii de atribuire ca urmare a achiesării entității contractante. Nelegalitate.....	243
IV.2.34. Cerința deținerii de licențe GIS. Adăugare mențiune „sau echivalent”.....	246
IV.2.35. Elaborarea documentației de atribuire și stabilirea specificațiilor tehnice. Marja de apreciere a autorității contractante.....	249
IV.2.36. Ofertă neconformă, întrucât conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale stabilite în cadrul documentației de atribuire. Măsuri corective. Distinge față de măsurile de remediere.....	254
IV.2.37. Adoptarea de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere în sensul solicitat prin contestație. Inaplicabilitatea dispozițiilor art. 454 C. pr. civ. privind exonerarea de la plata cheltuielilor de judecată.....	261
V. SOLUȚIONAREA LITIGIILOR ÎN INSTANȚA DE JUDECATĂ.....	263
V.1. Preambul.....	263
V.2. Jurisprudență.....	265
V.2.1. Cerere având ca obiect despăgubiri din valoarea cauțiunii, introdusă de autoritatea contractantă după data de 06.04.2023. Calea de atac indicată greșit în hotărârea instanței de fond.....	265
V.2.2. Pretenții privind recuperarea costurilor generate de derularea parțială a contractului de achiziție publică până la data notificării încetării de drept de către autoritatea contractantă. Inaplicabilitatea termenului prevăzut de art. 53 alin. (8) din Legea nr. 101/2016.....	267
V.2.3. Termenele prevăzute de art. 53 alin. (8) din Legea nr. 101/2016. Aplicabilitate.....	270
V.2.4. Prejudiciu ce se solicită a fi acoperit din cauțiune. Neîncadrarea costului aferent muncii desfășurate de un angajat în categoria cheltuielilor de	

	judecată. Inexistența unei prezumții de culpă a contestatorului în întârzierea prejudiciabilă a încheierii contractului de achiziție publică.....	273
V.2.5.	Despăgubiri pentru prejudiciul material cauzat de întârzierile produse în finalizarea atribuirii contractului de achiziție publică. Neîndeplinirea condițiilor abuzului de drept	278
V.2.6.	Hotărâre arbitrală anulată de secția civilă a instanței. Nerelevanța în ceea ce privește competența secției de contencios administrativ de a judeca litigiul având ca obiect executarea unui contract de achiziție publică	284
V.2.7.	Cerere prin care se solicită retragerea documentului constatare. Incidența termenului de 30 de zile pentru contestare, prevăzut de art. 53 alin. (1 ³) din Legea nr. 101/2016.....	287
V.2.8.	Litigii care au ca obiect suspendarea și anularea documentelor constatare. Lipsa obligativității plângerii prealabile	289
V.2.9.	Cerere de suspendare a documentului constatare. Îndeplinirea condițiilor privind cazul bine justificat și paguba iminentă	293
V.2.10.	Documentul constatare intermediar. Informații ce pot fi inserate în cuprinsul acestuia	297
V.2.11.	Omissionarea de a menționa în DUAE rezilierea contractului de achiziție publică încheiat anterior și certificatul constatare emis în acest sens. Inaplicabilitatea art. 171 din Legea nr. 98/2016 în faza de executare a contractului	301
VI.	NULITATEA CONTRACTELOR	306
VI.1.	Preambul.....	306
VI.2.	Jurisprudență	307
VI.2.1.	Caracterul evaluabil în bani al cererii având ca obiect nulitatea unui contract de achiziție publică. Incidența art. 37 din O.U.G. nr. 80/2013.....	307
VI.2.2.	Cerere de constatare a nulității unui contract de achiziție publică încheiat sub imperiul O.U.G. nr. 34/2016, respinsă în mod greșit ca tardiv formulată. Posibilitatea aplicării unor sancțiuni alternative	311
VI.2.3.	Cerere de anulare a contractului de achiziție publică formulată de ofertantul exclus definitiv din procedură. Lipsă de interes	314
VI.2.4.	Cerere având ca obiect nulitate clauză contractuală. Excepție de nelegalitate privitoare la documentația de atribuire inadmisibilă	317
VI.2.5.	Cerere de suspendare a executării unui contract de achiziție publică încheiat în anul 2011. Netemeinicie. Cerere de suspendare a executării obligației de plată a penalităților prevăzute în contract, formulată pe calea ordonanței președințiale. Inadmisibilitate	324
VI.2.6.	Contract de achiziție publică încheiat după comunicarea deciziei CNSC și înainte de soluționarea plângerii. Inadmisibilitatea plângerii prin care se solicită obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.....	328
VI.2.7.	Cerere având ca obiect nulitatea contractului de achiziție publică formulată de autoritatea contractantă. Inaplicabilitatea clauzei compro- misorii. Nerespectarea factorului de evaluare	331

VI.2.8. Ajustare preț contract prin raportarea cotei de profit la elementele de cost actualizate. Nelegalitate.....	335
VI.2.9. Actul de control întocmit ca urmare a acțiunii de audit desfășurate de Curtea de Conturi. Inopozabilitate față de operatorul economic care a încheiat un contract de achiziție publică cu autoritatea contractantă auditată.....	341
VI.2.10. Contract de achiziție publică încheiat înainte de pronunțarea deciziei CNSC de obligare a autorității contractante să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertelor. Imposibilitatea menținerii efectelor contractului.....	344
VI.2.11. Contract de achiziție publică având ca obiect prestarea de servicii de consultanță, de asistență juridică și de reprezentare. Imposibilitatea restituirii prestațiilor. Imposibilitatea aplicării de sancțiuni alternative	347
VII. SOLUȚII DIN PRACTICA RECENTĂ A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE	350

Constantina-Monica Turcu

ACHIZIȚII PUBLICE

JURISPRUDENȚA CURȚILOR DE APEL

NOTE PRIVIND CONTEXTUL LEGISLATIV

SOLUȚII DIN PRACTICA RECENTĂ A CURȚII DE JUSTIȚIE

A UNIUNII EUROPENE

Universul Juridic

București

-2024-

I.

PERSOANA CARE SE CONSIDERĂ VĂTĂMATĂ. INTERESUL

I.1. PREAMBUL

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* (în continuare, Legea nr. 101/2016) deschide oricărei persoane 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, posibilitatea de a se adresa CNSC sau instanței de contencios administrativ pentru a solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim.

Prin acest act normativ sunt transpuse în ordinea juridică internă 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 și Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 *privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor.**

Remediile și căile de atac reglementate de Legea nr. 101/2016 vizează atât atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, cât și cererile având ca obiect acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, executarea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor.

Procedurile de atribuire cărora li se aplică această lege sunt cele prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 *privind achizițiile publice* (în continuare, Legea nr. 98/2016), art. 82 din Legea nr. 99/2016 *privind achizițiile sectoriale* (în continuare, Legea nr. 99/2016) și art. 50 din Legea nr. 100/2016 *privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii* (în continuare, Legea nr. 100/2016), nu și achiziția directă care intră sub incidența Legii *contenciosului administrativ* nr. 554/2004 (în continuare, Legea nr. 554/2004).

Dispozițiile Legii nr. 101/2016 se completează cu cele ale Legii nr. 554/2004, care reprezintă dreptul comun în materia contenciosului administrativ, precum și cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil, în măsura în care prevederile acestora nu sunt contrare (art. 68), așadar, cu respectarea principiului *specialia generalibus derogant*.

Persoana care se consideră vătămată, în accepțiunea Legii nr. 101/2016, este, conform art. 3 alin. (1) lit. f), orice operator economic care îndeplinește cumulativ două condiții, și anume: 1) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și 2) 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.

Operatorul economic este definit de art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 ca fiind orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii și care este/sunt stabilită/stabilite în: (i) un stat membru al Uniunii Europene; (ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE); (iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv; (iv) țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană; (v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice.

Aceeași definiție se regăsește la art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea nr. 99/2016 și la art. 5 alin. (1) lit. x) din Legea nr. 100/2016.

De asemenea, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 permite oricăruia dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, să formuleze orice cale de atac reglementată de această lege.

Pentru a se reține că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire trebuie, potrivit alin. (3) al art. 3 din Legea nr. 101/2016, ca aceasta să nu fi fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură, considerându-se că se află în această situație dacă a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către CNSC sau instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

Interesul, ca o condiție procedurală de exercitare a acțiunii civile, trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual, conform art. 33 C. pr. civ., și să se mențină pe tot parcursul judecății.

În sens substanțial, Legea nr. 554/2004 (cu ale cărei dispoziții se completează Legea nr. 101/2016) distinge între interesul legitim privat și interesul legitim public, acestea fiind definite la art. 2 alin. (1) lit. p) și r) ca fiind:

p) interes legitim privat – posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurată;

r) interes legitim public – interesul care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice.

Potrivit art. 8 alin. (1¹) din Legea nr. 554/2004, se pot formula cereri de cerere prin care se invocă apărarea unui interes legitim public numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat, prevedere aplicabilă și în litigiile privitoare la achizițiile publice.

Persoanele fizice sau juridice care nu se încadrează în definiția operatorului economic sunt excluse din procedura de atribuire fără alte verificări privind motivele de excludere, conform art. 53 alin. (1¹) din Legea nr. 98/2016, prevederi similare regăsindu-se în art. 66 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și art. 39 alin. (2) din Legea nr. 100/2016. În această situație, nu li se poate recunoaște interesul de a se adresa CNSC sau instanței de contencios administrativ în legătură cu procedura de atribuire din care au fost excluse, cu excepția situației în care contestă legalitatea excluderii însăși.

Cu excepția cererilor având ca obiect nulitatea contractelor în cazul cărora art. 58 din lege (așa cum a fost modificat prin Legea nr. 208/2022) atribuie și Agenției Naționale pentru