

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 535/C1/247, 279

Data: 11.03.2022

Prin contestația nr. 8166/02.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 5575/02.02.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în Mun., ... sectorul ..., având CUI, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin, împotriva comunicării nr. 658/28.01.2022 reprezentând adăugare clarificare/decizie la anunțul de participare simplificat, postată în SEAP la data de 28.01.2022 ora 11:23, întocmită de către, cu sediul în -, km 14,5, localitatea, județ în calitate de entitatea contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizate în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Cartarea zgomotului și refacerea/revizuirea hărților strategice de zgomot și a planului de acțiune”, cod CPV 71313100-6, prin care s-a solicitat: anularea comunicării nr. 658/28.01.2022, să se rețină că eliminarea cerinței SR EN ISO 27001 este nelegală, precum și obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin evaluarea ofertelor care îndeplinesc cerințele existente la expirarea termenului limită stabilit pentru depunerea ofertelor.

Prin contestația cu nr. 8170/04.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 6096/04.02.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în Mun., ... Sectorul, având CUI, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii, emis de către, cu sediul în Șoseaua -, km, localitatea, județ în calitate de entitatea contractantă, în cadrul aceleiași proceduri s-a solicitat: anularea deciziei nr. 823 /02.02.2022 de anulare a procedurii de achiziție, emisă de entitatea contractantă, precum și toate actele entității contractante privind decizia de anulare, inclusiv adresele de comunicare și obligarea entității contractante să continue procedura de achiziție publică.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 247/2022 și nr. 279/2022 au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, SC SRL precizează că formulează contestația nr. 8166/02.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 5575/02.02.2022, împotriva comunicării nr. 658/28.01.2022, reprezentând adăugare clarificare/decizie la anunțul nr. SCN1099336, publicată în SEAP în timpul etapei de Evaluare Calificare și Tehnică în data de 28.01.2022 SEAP ora 11:23.

Preliminar, contestatorul precizează că, prin anunțul de participare simplificat postat pe SEAP sub nr. SCN1099336/30.12.2021, ... a inițiat achiziția serviciului „Cartarea zgomotului și refacerea/revizuirea hărților strategice de zgomot și a planului de acțiune”, serviciu împărțit în 2 loturi, a cărui atribuire face obiectul prezentei contestații, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut. Termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost 17.01.2022, ora 15.

Contestatorul precizează că, la data de 28.01.2022, a fost notificat de SEAP, cu referire la publicarea adresei nr. 658/28.01.2022, prin care era anunțat, în etapa de calificare și analiză ofertă tehnică, că cerința prevăzută în documentația de atribuire, cu privire la prezentarea îndeplinirii de către ofertanți a certificării SR EN ISO 27001, solicitată prin caietul de sarcini și fișa de date, a fost eliminată.

În opinia contestatorului, prin eliminarea unor cerințe de calificare, după data limită de depunere a ofertei, entitatea contractantă creează un avantaj unuia din ofertanți, respectiv celui care nu respectă această cerință la momentul depunerii ofertei, astfel, apreciază că nu sunt respectate principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale, conform art. 2 alin (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Contestatorul precizează că, prin documentația de atribuire, respectiv prin Fișa de date pag 6, cap III. 1 b) - STANDARDE DE ASIGURARE A CALITĂȚII ȘI DE PROTECȚIE A MEDIULUI, precum și prin

Caietul de Sarcini, la pag. 1 - Standarde și Normativele tehnice - entitatea contractantă a solicitat ca oferta înaintată de fiecare ofertant în parte să îndeplinească/să respecte caracteristicile tehnice și de performanță astfel cum sunt formulate prin „pct. III. 1.4) Reguli și criterii obiective de participare: Pentru LOTUL 1 și LOTUL 2: Ofertantul trebuie să prezinte certificate ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001”.

De asemenea, arată că prin caietul de sarcini nr. 7987/12.11.2021 publicat pe SEAP, la pag. 1 - Standarde și Normativele tehnice - se solicită ca ofertantul să prezinte certificatele ISO 9001 și SR EN ISO 27001.

SC SRL susține că, prin cerințele solicitate prin fișa de date pag. 8, la secțiunea IV.4. subsecțiunea IV.4.1., s-a stabilit modul de prezentare a propunerii tehnice, respectiv: „Ofertantul are obligația de a prezenta propuneri privind clauzele contractuale și/sau Declarație de acceptare a condițiilor contractuale și a criteriilor minime din caietul de sarcini se va completa formularul 9 (...)”, formular ce conține declarația ofertantului cu privire la angajamentul de acceptare a condițiilor contractuale și a cerințelor minime din caietul de sarcini, pe care ofertantul o depune la data ofertării pe SEAP.

Astfel, contestatorul susține că entitatea contractantă și-a precizat prin documentația de atribuire, condițiile de participare ce trebuie respectate de fiecare ofertant, privind îndeplinirea cerințelor de calificare, și a impus prin Fișa de date Secțiunea III. 1.4 Reguli și criterii obiective de participare, respectiv „Pentru LOTUL 1 și LOTUL 2: Ofertantul trebuie să prezinte certificate ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001”.

De asemenea, arată că la pct. II.1.4 din fișa de date, se precizează în mod expres faptul că „Autoritatea contractantă va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificări în a 6-a zi înainte de termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor”.

Astfel, contestatorul concluzionează că, cel târziu cu 5 zile înainte de expirarea termenului limită stabilit pentru depunerea ofertelor, puteau fi formulate clarificări și se putea răspunde la acestea (în speță, cel târziu până la 12.01.2022), însă nu a fost formulată nicio solicitare sau clarificare.

Cu privire la acest aspect contestatorul apreciază că ulterior expirării termenului limită stabilit pentru depunerea ofertelor este nelegal a se modifica cerințele stabilite prin caietul de sarcini.

SC SRL precizează că modificarea cerințelor din caietul de sarcini nu poate reprezenta o eroare materială, așa cum s-a inserat în

cuprinsul comunicării a cărei anulare o cere. În opinia contestatorului, eliminarea unei cerințe esențiale, care reprezintă o condiție de eligibilitate, este un element esențial din condițiile de participare la licitație. În situația în care cel puțin un ofertant a putut îndeplini condițiile impuse, inclusiv certificarea eliminată, în niciun caz nu se poate aprecia că a fost o eroare materială, eroare care să fi dus la invalidarea unei licitații pe motiv că, din cauza unor condiții imposibil de realizat nu au existat ofertanți eligibili.

Contestatorul menționează că din comunicarea din SEAP în secțiunea „LISTĂ CLARIFICĂRI, NOTIFICĂRI ȘI DECIZII – COMENTARIU”, rezultă faptul că această îndreptare de eroare materială ar fi rezultatul unei solicitări formulate prin ofertă.

Cu privire la acest aspect susține că deși nu are cunoștință despre data depunerii ofertei despre care se face vorbire în această comunicare, se ridică trei probleme de drept:

1. Solicitarea nu putea fi formulată prin ofertă, întrucât solicitările se depun exclusiv online la rubrica dedicată în SEAP, astfel cum este prevăzut în mod expres în nota 5 de la pct. IV.4.3 din Fișa de date. Prin urmare, această solicitare trebuia să fie respinsă ca inadmisibilă, sau, să nu se țină cont de existența ei (să fie considerată nescrisă).

2. Data formulării solicitării este ulterioară datei limită de depunere a ofertelor, astfel că, aceasta este tardiv formulată, potrivit art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

3. În condițiile în care această „solicitare” nu a fost făcută publică, prin publicare pe SEAP, aceasta nu a fost formulată și soluționată în mod transparent, încălcându-se principiul impus de art. 2 alin. (2) și de art. 172 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

În consecință, contestatorul solicită respingerea modificării cerințelor impuse prin caietul de sarcini, eliminarea cerinței SR EN ISO 27001 fiind nelegală.

Prin urmare, solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 5616/02.02.2022, contestatorul transmite în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207809900/1, tranzacția nr. 1172011021/1986430539 din data de

02.02.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 1.060,00 lei.

Prin contestația nr. 8170/04.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 6096/04.02.2022, formulată de SC SA s-a solicitat: anularea deciziei nr. 823 /02.02.2022 de anulare a procedurii de achiziție, emisă de entitatea contractantă, precum și toate actele entității contractante privind decizia de anulare, inclusiv adresele de comunicare și obligarea entității contractante să continue procedura de achiziție publică.

Contestatorul susține că în data de 03.02.2022 i s-a comunicat, prin email, decizia nr. 823/02.02.2022, precum și comunicările aferente.

Prin această decizie entitatea contractantă a dispus anularea procedurii de achiziție publică „din motive independente de voința autorității contractante”, invocând, în esență, că a existat o eroare în întocmirea caietului de sarcini, respectiv că în acesta a existat cerința SR EN ISO 27001, care nu s-ar fi impus, că eroarea a fost depistată ulterior perioadei de depunere a ofertelor, iar momentul în care a fost sesizată eroarea (după deschiderea ofertelor) nu mai permitea vreo modificare (erată).

Astfel entitatea contractantă precizează că s-a decis anularea procedurii, având la bază o eroare materială în întocmirea caietului de sarcini, eroare care ar duce la restricționarea concurenței și care nu mai poate fi corectată odată cu trecerea termenului de depunere a ofertelor.

Contestatorul solicită în primul rând, să se rețină faptul că entitatea contractantă recunoaște prin această decizie (nr. 823/2.2.2022) susținerile cuprinse în contestația depusă inițial de SC SRL, respectiv faptul că după trecerea termenului de depunere a ofertelor nu se mai poate modifica vreo cerință din caietul de sarcini.

SC SRL susține, în primul rând că, în condițiile în care se admite petitul inițial, procedura de achiziție poate continua de la momentul la care se află, fără a fi nevoie de anularea întregii proceduri de achiziție publică.

În al doilea rând, apreciază că susținerea potrivit căreia, ar exista inserat în caietul de sarcini, din eroare criteriul de eligibilitate SR EN ISO 27001, iar că aceasta ar reprezenta o „cerință” suplimentară care duce la restricționarea concurenței”, este pe cât de greșită, pe atât de tendențioasă.

În al treilea rând, standardul SR EN ISO 27001 este un standard care prevede cerințe pentru proiectarea, implementarea și certificarea unui sistem de management al securității informațiilor care ajută organizația să-și stabilească și să realizeze politici de securitate informațională și obiective în concordanță cu cerințele legale aplicabile activității desfășurate.

În al patrulea rând, această cerință (pe care contestatorul susține că o îndeplinește), are în opinia sa deplină relevanță cu privire la obiectul achiziției publice în discuție, raportat și la natura entității contractante (aeroport internațional - care trebuie să respecte și să impună înalte standarde de siguranță și securitate, la toate nivelurile).

Contestatorul apreciază că această cerință este o condiție normală, logică, motiv pentru care a prezentat documentele necesare dovedirii existenței ei, și afirmă că nu știe dacă celălalt competitor a prezentat această certificare, dar apreciază că nu, altfel entitatea contractantă nu ar fi avut motiv să anuleze procedura în condițiile în care ambii participanți ar fi prezentat această cerință, fapt care ridică în opinia acestuia, un mare semn de întrebare.

Totodată, susține că nu se poate discuta despre o eroare materială. Aceasta ar exista numai în cazul în care condiția/cerința impusă nu ar avea legătură cu obiectul achiziției, sau nu ar putea fi îndeplinită în mod obiectiv de niciun prezumtiv participant.

Contestatorul susține că dacă entitatea contractantă ar avea posibilitatea să anuleze procedura pentru orice fel de motiv, atitudinea acesteia ar putea să devină arbitrară, imprevizibilă și chiar netransparentă, aplicând un tratament preferențial pentru un anumit competitor.

Conform susținerilor contestatorului, entitatea contractantă după publicarea eratei în SEAP și după finalizarea etapei „Evaluare, Clarificare și Tehnică”, în data de 28.01.2022, a recurs la deschiderea ofertelor financiare, pentru ofertanții care au îndeplinit cerințele de calificare și eligibilitate, oferta SC SRL fiind desemnată ca ofertă admisă.

Contestatorul susține că nu are cunoștință dacă oferta celui alt candidat a fost admisă, după renunțarea la cerința SR EN ISO 27001, și înaintea accesării evaluării financiare, entitatea procedând la continuarea procedurii pentru ofertanții declarați eligibili, prin accesarea ofertelor financiare.

La data de 01.02.2022, după accesarea ofertelor, contestatorul susține că a fost notificat de sistemul SEAP despre faptul că entitatea contractantă a decis prelungirea cu 3 săptămâni a perioadei de analiză a ofertelor financiare, respectiv de la data 01.02.2022 ora 18:00, până la data de 22.02.2022 ora 18:00.

Pentru acest fapt, contestatorul precizează că nu își explică demersul entității contractante de a anula procedura, la data de 02.02.2022, dar intuiește faptul că „eroarea materială” a fost în mod artificial invocată, după ce aceasta a luat la cunoștință despre prețurile ofertare pentru serviciile prezentate de ofertanții declarați admiși, anulând procedura înainte de aplicarea criteriului „prețul cel mai scăzut”.

Prin adresa nr. 8175/09.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 6977/09.02.2022, contestatorul transmite în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207823412/1, tranzacția nr. 1174177304/1988821745 din data de 09.02.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 1.060,00 lei.

Prin adresa nr. 1025/10.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 7236/10.02.2022, ...-..... depune punctul de vedere, referitor la contestația formulată de SC SRL.

Pe de o parte, entitatea contractantă susține că cele două contestații sunt „depuse în termenul legal”, iar pe de altă parte, invocă excepția prematurității contestației inițiale nr. 8166/02.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 5575/02.02.2022, motivat de faptul că în procedură, contestatorul a realizat o interpretare greșită în ceea ce privește documentul înregistrat sub nr. 658/28.01.2022 și postat în SEAP, în sensul că în etapa de evaluare s-ar fi luat decizia de a se elimina din caietul de sarcini cerința SR EN ISO 27001.

Entitatea contractantă susține că documentul în cauză este emis de comisia de întocmire a caietului de sarcini nr. 7987/12.11.2021, urmare a solicitării făcute de către inspectorul de specialitate achiziții, prin adresa nr. 577/26.01.2022 și ținându-se seama de postarea din SEAP, făcută de către operatorul economic SC SRL, după data încheierii perioadei de solicitare de clarificări. SC SRL a solicitat ca certificarea SR EN ISO 27001 din art. 8.17 din propunerea de contract, să fie eliminată, întrucât cerințele Legii nr. 121/2019, privind evaluarea și gestionarea zgomotului ambiental, și ale Directivei Europene 2002/49/ END nu prevăd o asemenea cerință.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că documentul nr. 658/28.01.2022 a fost postat în SEAP pentru transparența procedurii și nicidecum acesta nu confirmă schimbarea unor cerințe din caietul de sarcini, nefiind în măsură a determina, ca în cadrul etapei de evaluare, să se dispună eliminarea din caietul de sarcini a cerinței SR EN ISO 27001, și astfel, achiesează la poziția contestatorului, susținând că în cadrul etapei de evaluare nu este posibilă eliminarea/adaptarea/îndreptarea erorii din caietul de sarcini.

Entitatea contractantă susține că acest lucru se poate face doar în etapa de clarificări, care s-a închis la data de 11.01.2022, și nu au fost ridicate obiecții de asemenea natură din partea comisiei de elaborare a

caietului de sarcini, decât în momentul în care a fost sesizată de către inspectorul de achiziții.

Entitatea contractantă precizează că despre obiecția ridicată de competitorul SC SRL, s-a luat la cunoștință după termenul de depunere a ofertelor.

Astfel, entitatea susține că la deschiderea ofertelor s-a constatat în cadrul ofertei tehnice, existența obiecției invocate de către SC SRL, moment în care comisia de evaluare a fost pusă în situația de a analiza ofertele din perspectiva prevederilor legale.

Entitatea contractantă susține că din punct de vedere legal, chestiunea privind cerința SR EN ISO 27001 a fost cuprinsă de către operatorul economic ca fiind o cerință tehnică, cu toate că aceasta era necesar a fi analizată din punct de vedere a DUAE, ceea ce a determinat să fie admise ofertele ambilor operatori economici.

Prin urmare, entitatea invocând prevederile art. 62 alin. (1) din HG nr. 394/2016, privind normele de aplicarea Legii nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale, apreciază că, orice modificare adusă documentației de atribuire peste termenul limită de depunere a ofertelor este tardivă, irelevantă și încalcă dispozițiile legale.

Entitatea contractantă apreciază că nivelul de competiție într-o asemenea procedură a fost afectat, întrucât, dacă de la început o asemenea cerință, respectiv deținerea certificatului SR EN ISO 27001 nu era impusă prin caietul de sarcini, cu siguranță procedura ar fi atras și alți participanți la procedură în afara celor deja înscrși.

În condițiile în care, comisia de evaluare a luat la cunoștință de obiecțiile respective doar după deschiderea efectivă a ofertelor, aceasta s-a aflat în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin (2) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă în urma celor arătate anterior, și, având în vedere eroarea constatată, a apreciat că au fost încălcate prevederile art. 62 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, iar situația înregistrată se pliază pe prevederile art. 224 și 225 din Legea nr. 99/2016.

În aceeași ordine de idei, entitatea susține că nu se putea accepta ca procedura de achiziție să continue, în sensul de a fi declarat adjudecatar contestatorul, întrucât cerința de certificare cuprinsă în

caietul de sarcini SR EN ISO 27001, în raport cu dispozițiile Legii nr. 121/2019, privind evaluarea și gestionarea zgomotului ambiental, și ale Directivei Europene 2002/49/END, nu trebuia impusă.

Față de toate chestiunile invocate anterior, entitatea contractantă solicită respingerea celor două contestații ca nefondate, și în consecință, menținerea deciziei de anulare a procedurii de atribuire nr. 823/02.02.2022.

Prin adresa nr. 8185/14.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 7776/14.02.2022, contestatorul depune răspuns la punctul de vedere al entității contractante.

În primul rând, contestatorul invocă tardivitatea punctului de vedere, față de contestația inițială, conform art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În al doilea rând, solicită respingerea excepției prematurității contestației inițiale, arătând că, pe de o parte i s-a comunicat decizia în data de 28.01.2022 ora 11:23, prin publicare pe SEAP.

Pe de altă parte, contestatorul nu consideră că a realizat o „interpretare greșită a documentului nr. 658/28.01.2022”, și nici nu înțelege susținerea entității contractante, cum că nu se confirmă schimbarea unor cerințe în caietul de sarcini.

În al treilea rând, contestatorul apreciază că entitatea contractantă recunoaște în punctul de vedere depus, faptul că modificările caietului de sarcini se putea face numai până la data de 11.01.2022.

În continuare, contestatorul prezintă punctul său de vedere, vis-a-vis de atitudinea avută de entitatea contractantă, pe parcursul derulării procedurii, una subiectivă, susține contestatorul, și de natură a-l favoriza pe competitorul

Contestatorul susține că deși, entitatea contractantă a afirmat că „a fost pusă în situația de a lua cunoștință de obiecția depusă de” în momentul verificării documentelor, după ce au fost ambele oferte admise, nu înțelege care obiecție și unde a fost publicată.

Astfel, contestatorul consideră că orice obiecție care nu a fost publicată la rubrica specială din SEAP, trebuie considerată nescrisă și trebuie respinsă ca inadmisibilă.

De asemenea, SC SRL nu înțelege nici care sunt motivele pentru care a fost exclusă cerința SR EN ISO 27001, întrucât entitatea contractantă nu le-a prezentat, apreciind că decizia de anulare a procedurii este nemotivată.

Prin adresa nr. 1151/17.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 8703/18.02.2022, entitatea contractantă depune o completare la punctul de vedere, prin care reiterează argumentele exprimate anterior, în principal acelea prin care contestatorul interpretează că ar exista o clarificare care ar schimba cerințele caietului de sarcini, însă, pe fond

acest document nu confirmă schimbarea unor cerințe din caietul de sarcini și, de asemenea, nu era în măsură a determina comisia de evaluare, ca în cadrul etapei de evaluare, să dispună ca din caietul de sarcini să fie eliminată cerința SR EN ISO 27001.

Entitatea contractantă afirmă că în cadrul procedurii de licitație nu se va regăsi nicio decizie prin care să se fi dispus schimbarea cerințelor caietului de sarcini, susținerea contestatorului în sensul schimbării cerințelor caietului de sarcini fiind una nereală.

Entitatea contractantă precizează că obiecțiile transmise de către SC SRL, au fost postate în SEAP, prin publicarea draftului de contract întocmit pentru procedură împreună cu o anexă la draftul respectiv, prin care se motiva că cerința privind certificarea SR EN ISO 27001, nu trebuia impusă în caietul de sarcini.

De asemenea, entitatea contractantă susține faptul că, prin analiza caietelor de sarcini aferente licitațiilor efectuate în anii precedenți cu privire la același obiect, a observat că acestea nu conțin certificarea SR EN ISO 27001.

Prin adresa nr. 8192/21.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 8991/21.02.2022, SC SRL depune răspuns la completarea punctului de vedere al entității.

Contestatorul susține faptul că, în continuare, nu a regăsit „obiecția” postată în SEAP, considerând astfel că este inadmisibilă. Totodată, apreciază ca fiind interesant, cum de abia în această fază, entitatea contractantă vine și susține că aceea cerință ar fi preluată din greșeală dintr-un alt caiet de sarcini.

SC SRL subliniază că, din punctul său de vedere important pentru fondul cauzei este să se rețină că SC SRL susține că cerința în discuție (SR EN ISO 27001) este similară cu cerințele/standardele pe care el le deține, astfel, recunoscând că acest standard este aplicabil, fiind posibil de îndeplinit.

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

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Cartarea zgomotului și refacerea/revizuirea hărților strategice de zgomot și a planului de acțiune”, cod CPV 71313100-6, publicând în

SEAP, anunțul de participare nr. SCN1099336/30.12.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 53.000,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

Prin contestațiile formulate care fac obiectul prezentei (dosar nr. 247/2022 și nr. 279/2022) SC SRL este nemulțumit de faptul că, după expirarea termenului de depunere a ofertelor, respectiv 17.01.2022 entitatea contractantă a eliminat prin adresa nr. 658 publicat în SEAP în data de 28.01.2022 cerința prezentării de către ofertanți a certificării SR EN ISO 27001 iar ulterior, prin decizia nr.823/02.02.2022 ca urmare a unei sesizări din partea unui operator economic participant la procedură cu privire la existența unei erori materiale, respectiv a unei cerințe ce nu se impunea, în speță certificatul SR EN ISO 27001, entitatea contractantă a anulat procedura de atribuire în baza art. 225 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 99/2016 deoarece, în opinia sa, se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) respectiv cel al tratamentului egal și al nediscriminării.

Având în vedere cronologia și succesiunea logică a criticilor din cadrul celor două contestații, Consiliul le va analiza în mod unitar prin raportare atât la prevederile documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit anunțului de participare simplificat, pct. III.1.4), la „Reguli și criterii obiective de participare”, entitatea contractantă a impus următoarele cerințe:

„1) Pentru LOTUL 1 si LOTUL 2:

Ofertantul trebuie să prezinte certificate ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001”.

Această cerință de calificare se regăsește și în cadrul Fișei de date, la pct. III.1.4) Reguli si criterii obiective de participare:

„Pentru LOTUL 1 si LOTUL 2:

Ofertantul trebuie să prezinte certificate ISO la nivelul întregii organizații emise de o organizație acreditată cel puțin pentru SR EN ISO 9001, SR EN ISO 27001”.

Având a determina mai întâi în ce măsură stabilirea unor cerințe de calificare stabilite în anunțul de participare simplificat, pot fi modificate după data stabilită de depunere a ofertelor, în speță 17.01.2022, Consiliul apreciază ca fiind aplicabile următoarele prevederi legale:

- art. 185 din Legea nr. 99/2016: „(1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;

- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criterii de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial / acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Entitatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate criteriile privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”;

- art. 34 din HG nr. 394/2016: „(1) Entitatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(2) Entitatea contractantă stabilește criterii de selecție în cadrul documentației de atribuire atunci când aplică în cadrul procedurii de atribuire etapa de selecție a candidaților și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare ce au fost stabilite de entitatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(5) Entitatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților, ori de câte ori urmează să realizeze o selecție a acestora.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”;

- art. 35 alin. (1) din HG nr. 394/2016: „Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.

- art. 61 din HG nr. 394/2016: „Transmiterea spre publicare a anunțurilor prevăzute la art. 151 din Lege către operatorul SEAP se realizează numai prin mijloace electronice, prin completarea formularelor specifice disponibile în SEAP la adresa de internet www.e-licitatie.ro și numai de către entitățile contractante înregistrate”.

- art. 62 din HG nr. 394/2016: „(1) În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, entitatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare **înainte** de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.

(2) - În condițiile art. 163 din Lege, entitatea contractantă are obligația de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificațiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacția potențialilor ofertanți, cu excepția modificărilor substanțiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece:

a) afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziției sectoriale încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiție sau schimbă piața de profil la care se adresează;

b) conduc la modificări substanțiale a criteriilor de calificare și selecție, în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerii unora noi, fapt ce determină restrângerea competiției, sau favorizarea unor anumiți operatori economici.

(3) În situația prevăzută la alin. (1), entitatea contractantă are obligația să revizuiască DUAЕ aferent procedurii de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în cauză”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, rezultă următoarele concluzii :

- entitatea contractantă are dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților ce au ca scop demonstrarea potențialului tehnic/organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, sub condiția ca aceste cerințe să fie incluse în anunțul de participare, stabilirea acestora doar în caietul de sarcini fiind considerate clauze nescrise;

- orice modificare a cerințelor de calificare din cadrul anunțului de participare poate fi efectuată de entitatea contractantă **cu condiția** ca aceasta din urmă să transmită spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată **nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.**

Or, entitatea contractantă nu a respectat dispozițiile legale mai sus iterate, deoarece, pe de-o parte, modificarea cerinței de calificare privind eliminarea prezentării de către ofertanți a certificării SR EN ISO 27001 nu s-a făcut **înainte** de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 129 din HG nr. 394/ 2016), cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, prevederile documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, (inclusiv pentru ofertantul care a sesizat entitatea contractantă cu privire la certificatul SR EN ISO 27001), cât și pentru comisia de evaluare în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Consiliul va reține faptul că cerințele din anunțul de participare și instrucțiunile pentru ofertanți referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice și cu privire la documentele care trebuie depuse în cadrul ofertei sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de entitatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat. Mai mult, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la modul în care entitatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit obligația de a respecta întocmai cerințele de calificare impuse și documentele în susținerea acestora cât și riscurile ce decurg din nerespectarea acestor cerințe.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina

de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit (a se vedea în

special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647,

punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C- 42/13,

EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre

a reiterat că „astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre,

autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe

care ea însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât

mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului cu privire la clarificarea din oficiu nr. 658/28.01.2022 publicată în SEAP la data 28.01.2022 sub identificatorul „[SCN1099336/00048] clarificare din oficiu-semnat.pdf.p7s”, motiv pentru care la obliga entitatea contractantă la anularea acesteia.

În ceea ce privește anularea în totalitate a procedurii de atribuire, se reține că procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 99/2016 care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/25/UE au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice/acord-cadru.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract/acord-cadru.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu

încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 149 alin. (1) din HG nr. 394/2016 care statuează regula conform căreia: *„Entitatea contractantă are obligația de a încheia contractul sectorial/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*.

Consiliul va reține că, prin excepție de la această regulă, potrivit art. 225 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru **cinci motive expres și limitativ** prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se existența unei erori materiale datorate unei cerințe apreciate că nu se impunea, în speță certificatul SR EN ISO 27001.

Modalitatea în care a înțeles să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal, că faptul că art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire „dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului” trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința entității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece anularea procedurii este consecința directă a acțiunilor/inacțiunilor entității care a apreciat în mod evident tardiv că impunerea certificatului SR EN ISO 27001 nu s-ar impune.

Entitatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 151 din HG nr. 394/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de **CJUE în cauza C-451/08** Herman Müller, *„Noțiunea de contract este esențială în cadrul definiției domeniului de aplicare al Directivei 2004/18. După cum se menționează în considerentul (2) al directivei amintite, aceasta are ca obiect*

aplicarea normelor de drept ale Uniunii în cazul atribuirii contractelor încheiate în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public”.

Potrivit paragrafului **37 din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle**, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării procedurii de atribuire este încheierea unui contract de achiziții publice, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea contractului dependentă de acțiuni sau omisiuni ale entității contractante.

Modalitatea în care a înțeles entitatea contractantă în cauză să anuleze procedura de atribuire a contractului se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe în principal că, atunci când hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, entitatea trebuie să aibă în vedere derularea corectă și completă a tuturor etapelor procedurale inclusiv a etapei finale de licitație electronică. Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

În subsidiar nu trebuie ignorat faptul că, în cauză, hotărârea de anulare a procedurii s-a făcut după ce entitatea contractantă a procedat la deschiderea ofertelor și a încheiat Procesul de evaluare și verificare a ofertelor tehnice nr.662/28.01.2022 și în urma unei sesizări făcute tocmai de unul dintre ofertanți respectiv de SC SRL.

Constatarea ulterior datei limită de depunere a ofertelor și implicit deschiderii ofertelor, a unei erori datorate indicării în cadrul documentației de atribuire a unui certificat care a fost acceptat și însușit de ofertanți prin depunerea de oferte, nu poate constitui un motiv pertinent de a sancționa ofertanții cu anularea întregii procedurii; această manieră de a proceda a entității contractante apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 225 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Consiliul reține că entitatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, izvorâtă din lipsa de experiență a unui salariat, impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, evaluarea ofertelor).

Conform art. 149 alin. (1) din HG 394/2016 se instituie regula conform căreia entitatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție sectorială/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă.

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

Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei entității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii. Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 225 din Legea nr. 99/2016, deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate.

Desigur că această imposibilitate nu se poate datora acțiunilor neautorizate ale unui salariat sau omisiunii de a imprima în timp util clasamentul rezultat în urma etapei finale de licitație electronică. Potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, entitatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestațiile formulate de către SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula adresa nr. 658/28.01.2022, decizia de anulare a procedurii nr. 823/02.02.2022 precum și actele subsecvente acesteia din urmă și va obliga entitatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire cu reluarea etapei de evaluare a ofertelor potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestațiile formulate de către SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de

consecință, anulează adresa nr. 658/28.01.2022, decizia de anulare a procedurii nr. 823/02.02.2022 precum și actele subsecvente și obligă entitatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire cu reluarea etapei de evaluare a ofertelor potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini