

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 290/C3/168

Data: 09.02.2022

Prin contestația nr. 161/25.01.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 4053/25.01.2022, înaintată de S.R.L., cu sediul în, str., județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., CUI, reprezentată legal prin, administrator, formulată împotriva raportului procedurii nr. 75/10.12.2021, emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., județul, în cadrul procedurii simplificate organizate în vederea atribuirii contractului de furnizare „Materiale de curățenie”, lotul 2 - MATERIALE DE CURĂȚENIE - SERVICIUL LOGISTIC, ZOO, SVSU, CREȘE, SPCLEP, POLIȚIA LOCALĂ, SERE, ADP, inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1096020/29.10.2021, s-a solicitat

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 161/25.01.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4185/26.01.2022, ... SRL atacă raportul procedurii, nr. 75/10.12.2021, în privința deciziei de declarare câștigătoare a ofertei depuse de SRL, pentru lotul 2, despre care consideră că este neconformă.

Contestatoarea reamintește că, după emiterea actului atacat, a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziție, iar urmare a refuzului acesteia, a formulat contestația ce a făcut obiectul Deciziei CNSC nr. 75/C3/3289 din 12.01.2022.

După ce autoritatea contractantă a fost obligată, prin amintita decizie, să-i asigure contestatoarei accesul la dosarul achiziției, aceasta a fost invitată, la 21.01.2022, la sediul primeia.

În urma analizării documentelor de interes, arată contestatoarea, a constatat că oferta desemnată câștigătoare reprezintă o copie a caietului de sarcini, fără indicarea precisă a produselor propuse, deși

caietul de sarcini obliga (art. 3.3): "produsele vor fi ambalate corespunzător și vor avea etichete în limba română".

Din cuprinsul regulilor de la punctul 3.4 al caietului de sarcini, rezultă obligația ofertanților de a identifica exact produsele oferite, pentru a exista o corespondență ușor de stabilit între propunerea tehnică și propunerea financiară.

În opinia contestatoarei, întrucât autoritatea contractantă a indicat în caietul de sarcini dezinfectantul "Cloramină", dedicat Serviciului Logistică, Direcției de Poliție Locală și Administrației Grădina Zoologică, produs biocid cu efect bactericid, fungicid, virucid, micobactericid, tuberculocid, sporicid, acesta trebuie să respecte prevederile Ordinului comun nr. 10/368/11 din 2010 al Ministerului Sănătății și al Ministerului Mediului pentru a fi pus pe piață în mod legal.

Însă, produsul propus în oferta câștigătoare ("Cloramina") nu este înregistrat pe piața din România, denumirea generică din caietul de sarcini neputând fi confundată cu numele produsului indicat în ofertă. Denumirea comercială a produsului propus, nefiind prezentată, acesta nici nu poate fi verificat sub aspectul spectrului de utilizare, așa cum a fost stabilit în caietul de sarcini.

O astfel de apreciere a avut chiar Curtea de Apel, în cauza în care a emis Decizia nr. 404/R/06.08.2021, din care prezintă, în extras, concluziile că în astfel de situații, "etichetarea produselor este obligatorie și se face cu respectarea Regulamentului (CE) nr. 1272/2008 privind etichetarea produselor....Însă, oferta tehnică trebuie să cuprindă nu doar această denumire generică, ci denumirea exactă. Doar în această situație autoritatea contractantă este în măsură să verifice dacă produsele livrate ca urmare a încheierii contractului de achiziții sunt cele oferite".

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a analizat superficial, netemeinic și părtinitor documentele tehnice depuse, contrar principiilor din domeniul achizițiilor, precizate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Pentru motivele arătate, contestatoarea solicită anularea raportului procedurii și declararea neconformă a ofertei SRL, în partea privind rezultatului aferent lotului 2.

În același timp, contestatoarea solicită ca autoritatea contractantă să comunice Consiliului, conform art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, dosarul achiziției publice și oferta desemnată câștigătoare (aparținând SRL), în copie.

Văzând data raportului atacat, CNSC a solicitat ambelor părți poziția față de excepția tardivității contestației.

Prin adresa nr. 6179/26.01.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 4720/28.01.2022, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca tardivă, arătând că actul a cărui anulare se solicită

(raportul procedurii) a fost publicat în SEAP la 10.12.2021, dată la care a devenit cunoscut operatorilor economici.

Prin adresa nr. 164/28.01.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 4931/28.01.2022, ... S.R.L. precizează că, deși a luat cunoștință de raportul procedurii în data de 10.12.2021, s-a aflat în imposibilitate de a ataca acest act, întrucât i-a fost refuzat accesul la oferta declarată câștigătoare. Ca urmare a deciziei Consiliului nr. 75/C3/3289 din 12.01.2022, autoritatea contractantă a pus contestatoarei la dispoziție, la 21.01.2022, dosarul achiziției publice, inclusiv oferta declarată câștigătoare a lotului 2, dată la care a constatat neconformitățile acesteia.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 29.10.2021, o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de furnizare „Materiale de curățenie”, defalcat pe două loturi, prin publicarea anunțului de participare nr. SCN1096020.

Rezultatul procedurii a fost comunicat de autoritate la 10.12.2021, dată la care a și postat, în SEAP, raportul procedurii nr. 75/10.12.2021. Împotriva refuzului autorității contractante de a-i permite accesul la oferta depusă de SRL pentru lotul 2 - Materiale de curățenie - Serviciul Logistic, Zoo, Svsu, Creșe, Spclep, Poliția locală, Sere, Adp - al procedurii, ... SRL a formulat o contestație, solicitând Consiliului obligarea autorității contractante la punerea la dispoziția sa a propunerii tehnice și financiare depuse de SRL pentru lotul 2.

Admițând acea contestație, care a făcut obiectul Deciziei CNSC nr. 75/C3/3289 din 12.01.2022, Consiliul a obligat autoritatea contractantă să-i asigure contestatoarei accesul la oferta câștigătoare (propunerea tehnică și propunerea financiară) din dosarul achiziției.

După ce SRL a luat cunoștință de actele pe care le consideră vătămătoare pentru ea (adică, acceptarea ofertei contracandidate, ce ar fi neconformă cu cerințele caietului de sarcini), a înaintat contestația de față, prin care atacă raportul procedurii de atribuire nr. 75/10.12.2021, dar și decizia de declarare câștigătoare a ofertei SRL (pentru lotul 2), solicitând anularea primului act și obligarea autorității contractante la constatarea neconformității ofertei depuse de S.R.L. pentru acest lot.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) și alin. (21) din Legea nr. 101/2016, ... S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207796548/1, în valoare de 3.054,82 lei, emisă de CEC BANK – SUCURSALA, la data de 27.01.2022.

Făcând analiza, cu întâietate, a excepției de tardivitate a contestației, pusă în discuție din oficiu, conform dispozițiilor art. 26 alin.

(1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că, în speță, raportat la valoarea estimată a prezentei proceduri, de 337.605,10 lei, fără TVA, sunt incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016:

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

(...)

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

În cazul de față, contestația este îndreptată împotriva acceptării ofertei contracandidate în competiția ofertelor admisibile, întrucât se invocă neconformitatea acesteia.

Consiliul a constatat deja, pe cale soluției emise în precedent, că autoritatea contractantă i-a refuzat nelegal accesul la informațiile de interes, privind modul de apreciere a conținutului ofertei contracandidate, adică i-a comunicat, inclusiv prin conținutul raportului procedurii, informații incomplete. Astfel, este întemeiată precizarea contestatoarei, potrivit căreia, a fost în imposibilitatea atacării efective a deciziei de acceptare a ofertei câștigătoare, din raportului procedurii.

Calea de atac împotriva actului considerat vătămător trebuie să fie asigurată în mod efectiv, oricărui ofertant care ar fi lezat de comportamentul autorității contractante, conform dispozițiilor coroborate ale art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

Aceeași lege, la art. 3 alin. (1) definește și actul atacabil: *În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:*

a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în

legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, conform prevederilor art. 8, termenul de promovare a căii de atac se calculează, în orice situație, "începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal".

O interpretare de tipul invocat de autoritatea contractantă, în sensul posibilității atacării raportului procedurii de la momentul primirii lui, fără a se cunoaște conținutul/motivarea emiterii deciziei, vătămătoare pentru contestatoare, de acceptare a ofertei contracandidate, ar reprezenta nu doar un formalism excesiv, lipsit de efecte reale, ci un nonsens, contrar scopului general al reglementării, adică accesul efectiv la o cale de atac, enunțat la alin. (3) al art. 1 din amintita lege: *Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor.* A nu se omite faptul că acest articol transpune art. 1 alin. (1) din Directiva 89/665/CEE și art. 1 alin. (1) din Directiva 92/13/CEE.

La paragraful 3 al art. 1 din Directiva 89/665/CEE, așa cum a fost modificat prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, se menționează că "Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare al Directivei 2004/18/CE, deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, în temeiul nerespectării, prin aceste decizii, a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acesteia". Motivarea acestui tip de măsură, se regăsește chiar în preambulul directivei modificatoare, ce are un conținut explicit: *(6) Termenul suspensiv ar trebui să acorde ofertanților interesați suficient timp pentru a analiza decizia de atribuire a contractului și pentru a evalua oportunitatea inițierii unei căi de atac. În momentul notificării deciziei de atribuire, ofertanților interesați ar trebui să le fie furnizate informațiile pertinente, care le sunt esențiale în exercitarea unei căi de atac efective. Același regim se aplică în mod corespunzător și candidaților, în măsura în care autoritatea contractantă sau entitatea contractantă nu a pus la dispoziție, în timp util, informații despre respingerea cererii acestora.*

Formularea unei căi de atac în absența informațiilor pertinente, adică fără analiza de oportunitate a demersului, ar reprezenta o inițiativă bazată pe hazard și un abuz de drept procedural, ce exclude efectul util al căii de atac, cunoscându-se faptul că, prin contestație, sau cel târziu la solicitarea Consiliului, trebuie să fie indicate motivele de fapt și de drept, sub sancțiunea anulării ei, conform prevederilor art. 10 și 11 din Legea nr. 101/2016.

Jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale este relevantă în acest sens, protejând dreptul consacrat de lege la o cale efectivă de atac. În Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 aprilie 2017, emisă în cauza C 391/15 Marina del Mediterráneo SL și alții împotriva Agencia Pública de Puertos de Andalucía, instanța a reținut, printre altele, că accesul la calea de atac efectivă trebuie să fie asigurat de reglementările naționale și că nu poate fi restrâns, prin norme/conduite mai restrictive decât cele din dreptul comunitar:

30 În ceea ce privește momentul de la care o cale de atac trebuie să fie formulată, trebuie amintit că, după cum rezultă din al doilea considerent al Directivei 89/665, aceasta urmărește consolidarea mecanismelor existente atât la nivel național, cât și la nivelul Uniunii, pentru a asigura aplicarea efectivă a directivelor în domeniul achizițiilor publice, în special într-un stadiu în care abaterile pot fi corectate. În acest sens, articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf din aceasta impune statelor membre obligația de „a garanta că [...] deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și în special cât se poate de rapide” (a se vedea Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale Bau și alții, C 470/99, EU:C:2002:746, punctul 74).

31 Or, după cum a statuat deja Curtea, deși Directiva 89/665 nu a stabilit în mod formal momentul de la care există posibilitatea de a formula o cale de atac prevăzută la articolul 1 alineatul (1), obiectivul directivei menționate, avut în vedere la punctul precedent, nu autorizează statele membre să condiționeze exercitarea dreptului la o cale de atac de faptul că procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice în discuție a ajuns în mod formal într-un anumit stadiu (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, punctul 38).

32 În lipsa unei reglementări a Uniunii care să stabilească momentul de la care trebuie să existe posibilitatea de a formula o cale de atac, conform unei jurisprudențe constante, îi revine dreptului național atribuția de a stabili modalitățile procedurii jurisdicționale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii. Aceste modalități procedurale nu trebuie să fie însă mai puțin favorabile decât cele aplicabile acțiunilor similare prevăzute pentru protecția drepturilor întemeiate pe ordinea juridică internă (principiul echivalenței) și nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii

(principiul efectivității) (Hotărârea din 30 septembrie 2010, Strabag și alții, C 314/09, EU:C:2010:567, punctul 34, Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C 61/14, EU:C:2015:655, punctul 46, precum și Hotărârea din 26 noiembrie 2015, MedEval, C 166/14, EU:C:2015:779, punctele 32, 35 și 37).

În cazul de față, contestația nu este îndreptată împotriva conținutului formal, obligatoriu, al raportului procedurii, pentru a se invoca cu succes cunoașterea acestuia de la momentul comunicării lui, ci este atacată "operațiunea" autorității contractante legată de evaluarea ofertei contracandidate, ascunsă de contestatoare, prin refuzul accesului la informațiile de interes.

Or, față de data invitării SRL, spre luare la cunoștință a informațiilor de interes (ascunse anterior), adică 21.01.2022, înaintarea contestației actuale la 26.01.2022, s-a făcut cu respectarea termenului de formulare a căii de atac, indicat la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, sus menționat.

Drept consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția de tardivitate a contestației SRL, urmând a analiza disputa pe fond.

Consiliul are la dispoziție conținutul dosarului achiziției comunicat de autoritatea contractantă cu ocazia soluționării cauzei precedente, inclusiv oferta desemnată câștigătoare, privitor la care se consideră că, fiind neconformă caietului de sarcini ar fi trebuit respinsă, de către autoritatea contractantă.

În raport cu conținutul ofertei în cauză, precum și cu regulile de întocmire a ei, impuse de autoritatea contractantă, Consiliul constată că, printre altele, regulile de formulare a propunerii tehnice, impuse prin fișa de date a achiziției trebuiau să conducă la asigurarea unor informații explicite și de certitudine, privind originea/tipul produselor propuse de ofertant (vezi secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, inclusiv Nota din subsolul secțiunii), care trimite la conținutul celorlalte părți ale documentației de atribuire: *Propunerea tehnică se va prezenta la rubrica special prevăzută în S.E.A.P. în acest sens, respectiv „Documente de calificare și propunere tehnică” semnată cu semnătură electronică extinsă, și va include: 1. Oferta tehnică se va întocmi astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței propunerii tehnice cu specificațiile tehnice impuse prin Caietul de sarcini, completând Anexa 1 - Formularul cadru de Propunere tehnica pentru achiziția de produse, respectiv coloanele de la 7 la 12 din tabel, și toate celelalte capitole din Formularul-cadru, destinate ofertanților.*

[...]

NOTA [...] Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât aceasta să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenței cu cerințele/specificațiile prevăzute în cadrul prezentei secțiuni, respectiv cu cele prevăzute în

cadru Caietului de sarcini și a documentelor anexate la acesta, care fac parte integrantă din documentația de atribuire.

De asemenea, în Instrucțiunile pentru ofertanți, autoritatea contractantă a indicat reguli similare celor din fișa de date a achiziției, privitor la conceperea propunerii tehnice. Modul de prezentare a propunerii tehnice. Propunerea tehnică va fi întocmită în conformitate cu prevederile Caietului de sarcini și Anexa acestuia, va fi depusă în SEAP/SICAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, la rubrica special prevăzută în acest sens, respectiv „Documente de calificare și propunere tehnică” și va include: 1) Formularul-cadru de Propunere Tehnică (conform Formularului-cadru de propunere tehnică pentru achiziția de produse, pus la dispoziție de Autoritatea contractantă, completând coloanele de la 1 la 6 din tabel, și toate celelalte capitole din Formularul-cadru, destinat ofertanților) și orice alte documentele tehnice (dacă este cazul) care nu conțin informații legate de prețuri. Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenței propunerii tehnice cu cerințele/specificațiile tehnice prevăzute în Caietul de sarcini și a documentelor anexate la acesta, care fac parte integrantă din documentația de atribuire.

În tabelul regăsit la pagina 75 a Caietului de sarcini aferent lotului 2, autoritatea contractantă a inclus și regula explicită de indicare a informațiilor de corespondență între propunerea tehnică și caietul de sarcini, privind toate specificațiile tehnice: *Referinta în oferta: [introduceți pagina din oferta unde se regăsesc informațiile pentru a demonstra corespondența].*

Consiliul constată că, într-adevăr, oferta desemnată câștigătoare nu conține nicio referire la un tip/marcă/denumire de produs propus, precum nici specificații tehnice minimale, individualizate, care să reflecte o corespondență cu specificațiile caietului de sarcini.

În fapt, propunerea tehnică reproduce, fidel, conținutul caietului de sarcini, cu denumirile generice ale produselor, în forma tabelară prezentată de autoritatea contractantă, fără existența unor informații prin care “să se asigure posibilitatea verificării corespondenței propunerii tehnice” cu amintitul caiet de sarcini.

Acceptarea ofertei ca atare, pe lângă faptul că este contrară chiar regulilor de întocmire a ei, impuse de autoritatea contractantă, conduce și la constatarea că este lipsită de fermitate, în sensul că nu există un control, din partea achizitorului, asupra conformității produselor, lipsind elemente de interes asupra originii/denumirii/caracteristicilor produselor, cu atât mai mult a celor ce ar avea regim specific, catalogate “biocide”, pentru care regulile de introducere pe piață sunt reglementate distinct (prin Hotărârea Guvernului nr. 956/2005 privind plasarea pe piață a produselor biocide și Ordinul Nr. 10/368/11 din 2010, emis în comun de Ministerul Sănătății, Ministerul Mediului și

Pădurilor și de Autoritatea Națională Sanitară Veterinară și Pentru Siguranța Alimentelor).

Simpla asumare a caietului de sarcini, inclusiv pe calea unei declarații formale de acceptare în tot a condițiilor acestuia, fără precizarea caracteristicilor și denumirilor produselor, ar lăsa fără scop întregul conținut al documentației de atribuire, care trimite la nevoia de a se asigura o corelare a informațiilor din diferite părți ale ofertei (propunere tehnică/financiară) cu cele din caietul de sarcini, în privința nevoii de a se proba conformitatea ofertei.

În consecință, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a stabilit incorect conformitatea ofertei SRL, iar desemnarea ei câștigătoare a procedurii aferente lotului 2 a încălcat obligațiile imperative ale art. 207 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația de participare/anunțul de participare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții: a) oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, [...].*

Chiar și în privința utilizării sintagmei "cloramină", ca denumire a unui produs din ofertă, Consiliul constată că este temeinică susținerea contestatoarei, în sensul că ofertantul desemnat câștigător a precizat/copiat și această denumire, preluând conținutul caietului de sarcini, fără a face o distincție între existența unei mărci de produs și o denumire uzuală, generică, a tipului de produs. În context, chiar autoritatea contractantă a stabilit, prin fișa de date a achiziției (în aceeași notă de subsol a secțiunii IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice*), că: *Specificațiile tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, sunt menționate doar pentru identificarea cu ușurință a tipului de produs și NU au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. Aceste specificații vor fi considerate ca având mențiunea de «sau echivalent». Nerespectarea în totalitate a cerințelor prevăzute în propunerea tehnică pentru Caietul de sarcini, va conduce la declararea ofertei ca necorespunzătoare și respingerea ofertantului.*

Cu excepția eventualelor constrângeri de natură tehnică și/sau legală, în cazul în care vor exista limitări, condiționări sau restricții impuse de ofertant în raport cu cerințele caietului de sarcini, oferta va fi declarată ca fiind neconformă. Specificațiile tehnice aferente caietului de sarcini reprezintă cerințe minimale referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, scop în care soluțiile oferite în cadrul propunerii tehnice pot face referire la atingerea unor niveluri superioare.

Prin urmare, se confirmă lipsa informațiilor de claritate/fermitate a ofertei desemnate câștigătoare a lotului 2, care să probeze

conformitatea ei cu cerințele caietului de sarcini, Consiliul urmând a admite contestația și a anula rezultatul procedurii, concomitent cu obligarea achizitorului la continuarea procedurii, în 15 zile, pornind de la constatarea că oferta în cauză nu respectă cerințele documentației de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
cu majoritate de voturi,
CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția de tardivitate a contestației formulate de S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă, privitor la rezultatul atribuirii lotului 2 al procedurii simplificate inițiate cu anunțul de participare nr. SCN1096020/29.10.2021.

Admite contestația, pe fond, și anulează rezultatul procedurii, în privința desemnării ofertei câștigătoare, privind lotul 2.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile, pornind de la constatarea că oferta în cauză nu respectă cerințele documentației de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere, ca nefondată, a excepției de tardivitate și de admitere a contestației SRL nr. 161/25.01.2022, cu anularea raportului procedurii nr. 75/10.12.2021 și obligarea autorității contractante la constatarea că oferta SRL nu respectă cerințele documentației de atribuire –, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci dimpotrivă, în contradicție cu acestea, având în vedere următoarele considerente:

În esență, starea factuală relevă că oferta societății reclamante pentru lotul 2 al procedurii de atribuire a fost clasată pe locul secund, rezultat despre care a luat cunoștință la 10.12.2021 și pe care nu l-a atacat în termenul legal. În schimb, la 17.12.2021, ... SRL a depus o contestație la Consiliu prin care s-a plâns că autoritatea contractantă i-a refuzat accesul integral la documentele câștigătoare, neaducând nicio critică desemnării câștigătoare a concurenței sale, limitându-se a solicita obligarea autorității contractante să îi pună la dispoziție propunerile tehnică și financiară aparținând SRL. Prin decizia nr. 75/C3/3289/ 12.01.2022, forul administrativ de jurisdicție a admis contestația și a obligat autoritatea contractantă să îi asigure SRL accesul la cele două propuneri ale SRL.

Ulterior, la 21.01.2022, la sediul autorității contractante, reclamanta a consultat respectivele propuneri și, apreciind că oferta SRL nu trebuia admisă și declarată câștigătoare, ci respinsă, a formulat contestația nr. 161/25.01.2022, aflată în prezent pe rol.

Trebuie remarcat că SRL, în precedenta contestație, nu a ridicat nicio obiecție în privința evaluării ofertei SRL și nici nu a invocat vreo imposibilitate de atacare a rezultatului din cauză că nu i-a fost asigurat accesul la actele SRL. Așadar, ... SRL nu s-a arătat nemulțumită de rezultatul evaluării și nici nu a invocat imposibilitatea contestării acestuia.

De asemenea, deși avea această posibilitate, nu a făcut apel la prevederile art. 293 C. proc. civ. („Obligația părții adverse de a prezenta înscrisul”), potrivit căroră:

Art. 293. - (1) Când partea învederează că partea adversă deține un înscris probatoriu, referitor la proces, instanța poate ordona înfățișarea lui.

(2) Cererea de înfățișare va fi admisă, dacă înscrisul este comun părților din proces, dacă însăși partea adversă s-a referit în proces la acest înscris sau dacă, după lege, ea este obligată să înfățișeze înscrisul.

La peste o lună de la luarea lui la cunoștință, ... SRL a adresat Consiliului contestația nr. 161/25.01.2022, prin care atacă raportul procedurii nr. 75/10.12.2021, solicitând anularea lui și obligarea autorității contractante la constatarea neconformității ofertei depuse de către SRL pentru lotul 2.

Vizavi de excepția tardivității, pusă în discuție din oficiu, se constată că, în speță, raportat la valoarea estimată a lotului 2 al procedurii de atribuire, de 152.741,10 lei, fără TVA, sunt incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016:

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

[...]

b) 7 zile, începând cu ziua următoare **luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a

anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Totodată, trebuie reținut că, potrivit art. 16 alin. (1) din aceeași lege, sub sancțiunea respingerii contestației, ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, *nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare*.

Trecând la cercetarea respectării obligației de înaintare a contestației în interiorul termenului legal, Consiliul ar fi trebuit să constate că actul atacat a fost postat în SEAP la data de 10.12.2021 (raportul nr. 75/10.12.2021), dată asimilată legal luării la cunoștință (de altminteri, contestatoarea însăși recunoaște această dată), și că față de data luării la cunoștință a actului considerat vătămător (raportul procedurii), precum și de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, contestația în speță a fost transmisă în afara termenului legal (data transmiterii, prin intermediul poștei electronice, fiind 25.01.2022), calculat conform art. 5 din Legea nr. 101/2016. Ultima zi în care raportul procedurii putea fi atacat a fost 17.12.2021, nu la 25.01.2022, dată la care a înțeles SRL să înainteze prezenta contestație.

Consiliul nu putea reține precizarea contestatoarei potrivit căreia a fost în imposibilitatea atacării raportului procedurii, cu argumentul că i-a fost refuzat accesul la oferta declarată câștigătoare, contestarea raportului procedurii nedepinzând de exercitarea dreptului de a fi consultat dosarul achiziției publice sau oferta SRL (calcularea termenului de la data accesului adaugă la lege). În caz contrar, termenul de contestare a raportului procedurii nu ar mai avea nicio relevanță, putând fi ocolit prin invocarea accesului la documentele dosarului achiziției oricând, inclusiv după o lungă perioadă de timp. Dacă SRL ar fi fost împiedicată să își probeze eventualele critici la adresa desemnării câștigătoare a ofertei concurente sale, după cum a fost reținut mai sus, putea măcar să expună asemenea critici și să recurgă la facilitatea asigurată de art. 293 C. proc. civ., quod non. Nu a apelat nici la posibilitatea instituită de art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

După cum s-a arătat, în litigiul anterior, ... SRL nu a formulat nicio obiecție vizavi de conformitatea ofertei SRL.

Art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 prescrie că termenul de contestare începe cu ziua următoare *luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal*, neavând nicio importanță asupra curgerii termenului dacă ofertanții cunosc sau nu eventuale motive de nelegalitate a actului sau dacă li s-a permis consultarea documentelor ofertelor concurente de către autoritățile contractante.

Este absurd a se admite că, știind care este oferta câștigătoare, o ofertantă nemulțumită să rămână în pasivitate față de rezultatul achiziției, pentru ca apoi – eventual după mai multe luni de la semnarea și executarea contractului – să se prevaleze de imposibilitatea contestării rezultatului din cauză că nu a avut acces la documentele ofertei câștigătoare. Principiul securității juridice face parte din ordinea juridică unională (Hotărârea din 21 septembrie 1983, Deutsche Milchkontor și alții, 205/82-215/82, EU:C:1983:233, punctul 30), iar termenul de contestare este de ordine publică și poate fi invocat din oficiu – termenele de formulare a căilor de atac sunt de ordine publică și nu sunt la dispoziția părților și a instanței, fiind instituite în vederea asigurării clarității și a securității situațiilor juridice. Prin urmare, este de competența instanței/Consiliului să examineze, chiar și din oficiu, dacă acțiunea a fost introdusă în termenele legale (a se vedea Hotărârea din 28 ianuarie 2004, OPTUC/Comisia, T-142/01 și T-283/01, EU:T:2004:25, punctul 30, și Ordonanța din 25 noiembrie 2008, TEA/Comisia, C-500/07 P, EU:C:2008:651, punctul 20).

Conform unei jurisprudențe consacrate a Curții de Justiție a Uniunii Europene, în temeiul directivelor privind căile de atac, stabilirea unor termene rezonabile de introducere a acțiunilor sub sancțiunea decăderii îndeplinește, în principiu, cerința efectivității rezultată din directivele amintite, în măsura în care constituie o aplicare a principiului fundamental al securității juridice. A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 8 mai 2014, Idrodinamica Spurgo Velox și alții, C-161/13, EU:C:2014:307, Ordonanța din 14 februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, Hotărârea din 28 ianuarie 2010, Comisia/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, Hotărârea din 28 ianuarie 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, Hotărârea din 21 ianuarie 2010, Comisia/Germania, C-17/09, EU:C:2010:33, și Hotărârea din 27 februarie 2003, Santex, C-327/00, EU:C:2003:109.

În cazul în care ofertantul ia cunoștință, după expirarea termenului de contestare a deciziei de atribuire, de o neregularitate a acesteia, ***nu curge un nou termen de contestare a respectivei decizii. Contestarea ei se poate realiza numai în termenul legal prevăzut în acest scop*** – Hotărârea din 8 mai 2014, Idrodinamica Spurgo Velox și alții, C-161/13, EU:C:2014:307. A se vedea și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, EU:C:2002:746.

Legiuitorul național a fost și mai riguros, interzicând, ca inadmisibile, și motivele de contestare aduse chiar în timpul judecării litigiului – art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”*

Nimic nu a împiedicat SRL să conteste în interiorul termenului legal raportul procedurii nr. 75/10.12.2021, respectiv să formuleze critici la adresa desemnării câștigătoare a ofertei SRL, după cum nimic nu a împiedicat-o să recurgă la facilitățile prevăzute de art. 293 C. proc. civ. și de art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Mai mult, ... SRL nu s-a preocupat nici măcar să solicite o eventuală repunere în termenul de contestare, bizuită pe art. 186 alin. (1) C. proc. civ.

Față de aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul ar fi trebuit să constate tardivitatea contestației împotriva raportului procedurii nr. 75/10.12.2021 și să o respingă ca atare, fără a proceda la analiza fondului cauzei.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie opiniei majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

.....