

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. 178/C1/4447

Data: 23.01.2025

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2240/23.12.2024 (comunicată prin e-mail, la data de 20.12.2024), formulată de SRL, cu sediul în, str. Drumul între Tarlale, nr. 102-112, ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și convențional prin Avocat, împotriva deciziei de anulare a procedurii emisă de către autoritatea contractantă cu sediul în municipiul-..., județul, str., nr. ..., în cadrul procedurii licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Oxygen medicinal lichefiat 8”, cod CPV: 24111900-4, s-a solicitat: admiterea contestației; anularea, ca nelegală, a deciziei de anulare a procedurii nr. 47168/11.12.2024 și a tuturor actelor subsecvente, precum și a celor care au stat la baza emiterii acesteia; obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu participanții care au depus oferte în termen; obligarea la plata cheltuielilor de judecată.

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

..... SRL precizează că, în prezenta procedură au fost formulate mai multe clarificări de către operatorii interesați, cărora, autoritatea contractanta le-a comunicat „Răspunsul consolidat la clarificările solicitate” nr. 43218/08.11.2024 și erata la răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări.

Precizează că a depus oferta, în termenul stabilit.

Arată că, în procesul de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări în data de 01.11.2024 cu privire la propunerea tehnică, răspunsul fiind transmis în data de 03.12.2024; ulterior, autoritatea contractantă a emis decizia de anulare a procedurii cu nr. 47168/11.12.2024, decizie care, în opinia contestatorului, este netemeinică și nelegală.

Menționează că, la data de 11.12.2024, i-a solicitat autorității contractante detalierea motivelor care au dus la decizia de anulare, solicitare la care nu s-a primit un răspuns.

În opinia contestatorului, un prim aspect de nelegalitate rezultă din lipsa justificării anulării procedurii de atribuire, fiind încălcate dispozițiile art. 146 din HG nr. 395/2016 și ale art. 215 din Legea nr. 98/2016, arătând că, în cuprinsul deciziei de anulare sunt, exclusiv, redate, prevederile legale ale art. 212 din Legea nr. 98/2016, fără, însă, a se

dezvolta, câtuși de puțin, justificarea acțiunii anularii, motiv pentru care, consideră că există premisele unor circumstanțe artificiale de anulare.

Precizează că decizia de anulare a procedurii conține aspecte contradictorii, fapt ce completează prezumția anterior enunțată.

Ținând cont de faptul că, în cadrul procedurii s-au emis, anterior depunerii ofertelor, clarificări cu privire la documentația de atribuire, contestatorul consideră că toate cerințele documentației au fost clarificate, acestea dobândind forța obligatorie, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

În aceste condiții, apreciază că ofertarea s-a făcut în concordanță cu respectivele cerințe pe care participanții le-au apreciat ca fiind clare, în caz contrar, acestea ar fi fost contestate sau nu ar fi existat participanți în procedură. Prin urmare, susține că autoritatea contractantă este obligată să verifice conformitatea ofertelor prin raportare la cerințele expres stabilite.

De asemenea, consideră că decizia autorității contractante de anulare a procedurii s-a făcut cu încălcarea principiului proporționalității și asumării răspunderii.

În condițiile în care decizia de anulare nu are la bază erori sau omisiuni obiective și însemnate, pentru care autoritatea contractantă s-ar afla în imposibilitate obiectivă de a adopta măsuri corective de o asemenea anvergură, contestatorul arată că principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 sunt încălcate, autoritatea contractantă neavând dreptul de a anula o întreaga procedură, fiind obligată să o continue în condițiile în care ea însăși le-a stabilit și pentru care operatorii economici interesați, cu buna credință, au depus ofertele, angajându-se astfel în mod ferm în procedura de achiziție publică.

Prin punctul de vedere nr. 5564/24.12.2024, înregistrat la CNSC sub nr. 82990/24.12.2024, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației.

Preliminar, autoritatea contractantă menționează că, prin adresa nr. 48125/18.12.2024, i-a comunicat contestatorului motivele privind decizia de anulare a procedurii.

De asemenea, arată că, deși, la data demarării procedurii, s-a considerat că documentația de atribuire conține toate informațiile necesare care reflectă necesitatea instituției, totuși, pe parcursul evaluării ofertelor, comisia de evaluare a realizat că anumite cerințe nu au fost corect formulate, astfel, prin Nota Justificativă nr. 5556/24.12.2024, comisia de evaluare punctează, la modul concret, omisiunile ieșite la iveală cu ocazia evaluării, respectiv, caietul de sarcini folosit și la procedura anterioară, vechi de patru ani, cuprindea specificații/cerințe inexistente/neclare privind fundația/amplasamentul pe care urma să se monteze stocatoarele de oxigen, deoarece, la modul

concret, nu viza cerința realizării amplasamentului, deși trebuia s-o vizeze, deoarece, amplasamentele/instalațiile actuale se aflau în proprietatea furnizorului actual de oxigen; existența unor inadvertențe cu privire la perioada de montaj a stocatoarelor de oxigen, care nu mai răspund necesităților actuale ale spitalului.

Precizează că amplasamente/instalațiile urmau a fi ridicate de furnizorul actual la expirarea ultimului contract subsecvent, spitalul rămânând descoperit din punct de vedere a asigurării oxigenului medicinal lichefiat din prima zi după finalizarea contractului actual,

deoarece, operatorii economici, prin ofertele lor, au oferat asigurarea montării instalațiilor provizorii la date diferite de la semnarea contractului, date care nu îndeplinesc cerințele reale ale spitalului - cerință neprevăzută în mod concret în caietul de sarcini - cerința trebuia prevăzută prin asigurarea instalațiilor temporare din prima zi de la semnarea contractului cu câștigătorul licitației.

Pe de altă parte, precizează că printre motivele care au determinat anularea prezentei proceduri, acestea fiind omise în caietul de sarcini, sunt și următoarele:

1) Locația str. Victor Babeș nr.43- SCJU nu deține fundație (actuala platformă betonată este deținută de furnizorul actual de oxigen medicinal lichefiat);

2) Tranziția de la actualul furnizor la următorul, montarea stocatorului provizoriu se va face înaintea ridicării/demontării stocatorului actual, astfel încât comutarea fizică, de la sursa veche la cea nouă, să se facă fără întreruperea furnizării de oxigen.

3) Câștigătorul va executa fundație betonată și gard de împrejmuire, pentru locația str. Victor Babeș nr.43, cu proiect și avize necesare. După încheierea contractului, fundația și gardul de împrejmuire, vor rămâne în proprietatea beneficiarului, cu documentația tehnică aferentă. Dimensionarea fundației se va face pentru un stocator de minim 20.000 litri;

4) Pentru locația, str. Clinicilor 3-5, se va executa o expertiză la fundația existentă, iar dacă aceasta este neconformă viitorului stocator, se va executa una corespunzătoare, care după încetarea contractului, va rămâne în proprietatea beneficiarului cu documentația tehnică aferentă;

5) La încetarea contractului de furnizare a oxigenului medicinal lichefiat, furnizorul va înștiința beneficiarul cu cel puțin 30 zile înaintea ridicării stocatorului. Furnizarea de oxigen trebuie să fie continuă până la comutarea pe sursa nouă, indiferent dacă sursa nouă este stocator provizoriu sau final.

Subliniază faptul că motivele susmenționate reprezintă cerințe neformulate în caietul de sarcini, motiv pentru care, ofertele primite nu aveau reper de corespondență; de asemenea modalitatea de asigurare a oxigenului medicinal lichefiat, în perioada de tranzit, nu a fost prevăzută conform necesității spitalului; costurile lucrărilor cu amplasamentul nu au fost solicitate a fie prevăzute spre ofertare, motiv pentru care și evaluarea financiară ar fi fost în imposibilitatea de a fi realizată.

Prin adresa nr. 1345/23.12.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 83343/30.12.2024, ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210882494/1 din 20.12.2024, eliberată de CEC Bank sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 48.000,00 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Oxygen medicinal lichefiat 8”, cod CPV: 24111900-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1074430/17.10.2024 conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 5.600.000,00 lei. Potrivit cap.

II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Analizând criticile din contestația formulată de SRL, se reține că acesta este nemulțumit de decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire, apreciind că această decizie este nelegală și încalcă principiul proporționalității și asumării răspunderii, motiv pentru care, Consiliul va analiza motivele de anulare invocate în raport cu documentația de atribuire și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit deciziei nr. 47168/11.12.2024 de anulare procedură „oxigen medicinal lichefiat 8”, autoritatea contractantă invocă, în susținerea anulării procedurii de atribuire, prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și motivele incluse în Nota justificativă nr. 5556/24.12.2024, conform cărora:

„(...) motivele care au determinat anularea prezentei licitații, acestea fiind omise în caietul de sarcini inițial mai precizăm:

1) Locația str. Victor Babeș nr. 43 - SCJU nu deține fundație (actuala platformă betonată este deținută de furnizorul actual de oxigen medicinal lichefiat);

2) Tranziția de la actualul furnizor la următorul — montarea stocatorului provizoriu se va face înaintea ridicării/demontării stocatorului actual, astfel încât comutarea fizică, de la sursa veche la cea nouă, să se facă fără întreruperea furnizării de oxigen.

3) Câștigătorul va executa fundație betonată și gard de împrejmuire, pentru locația str. Victor Babeș nr. 43, cu proiect și avize necesare. După încheierea contractului, fundația și gardul de împrejmuire, vor rămâne în proprietatea beneficiarului SCJU-Napoca, cu documentația tehnică aferentă. Dimensionarea fundației se va face pentru un stocator de minim 20.000 litri;

4) Pentru locația, str. Clinicilor 3-5, se va executa o expertiză la fundația existentă, iar dacă aceasta este neconformă viitorului stocator, se va executa una corespunzătoare, care după încetarea contractului, va rămâne în proprietatea beneficiarului cu documentația tehnică aferentă;

5) La încetarea contractului de furnizare a oxigenului medicinal lichefiat, furnizorul va înștiința beneficiarul cu cel puțin 30 zile înaintea ridicării stocatorului. Furnizarea de oxigen trebuie să fie continuă până la comutarea pe sursa nouă, indiferent dacă sursa nouă este stocator provizoriu sau final”.

Potrivit punctului de vedere al autorității contractante: *„Motivele susmenționate reprezintă cerințe neformulate în caietul de sarcini, motiv pentru care ofertele primite nu aveau reper de corespondență; de asemenea modalitatea de asigurare a oxigenului medicinal lichefiat, în perioada de tranzit, nu a fost prevăzută conform necesității spitalului; costurile lucrărilor cu amplasamentul nu au fost solicitate a fie prevăzute*

spre ofertare, motiv pentru care și evaluarea financiară ar fi fost în imposibilitatea de a fi realizată”.

Or, această concluzie a autorității contractante a condus la incidența prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza I din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia: *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire”* coroborat cu alin. (2) al aceleiași norme juridice, potrivit căreia: *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin*

încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”.

Referitor la anularea în totalitate a procedurii de atribuire, Consiliul reține că procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016, care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/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.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 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 autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării, deoarece, pretinsa lipsă a unor aspecte cu privire la deținerea platformei betonate existente de către furnizorul actual de oxigen medicinal lichefiat, este consecința directă a modalității defectuoase de elaborare a documentației de atribuire, acest motiv având scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii. Este împotriva logicii a accepta justificarea autorității contractante, potrivit căreia se impune anularea procedurii pe argumentul că furnizorul actual de oxigen medicinal lichefiat deține, (fără precizarea sub ce formă, proprietate, comodat, locațiune etc.) platforma de beton, care prin natura ei reprezintă de fapt o lucrare/construcție executată pe terenul existent al autorității contractante din incinta curții spitalului din str. Victor Babeș nr. 43, aceste justificări fiind de natură a adăuga obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Autoritatea 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. 145 din HG nr. 395/2016) 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.

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 autorității contractante.

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 atunci când se hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire, și a publicat anunțul de participare simplificat și documentația de atribuire aferentă nu mai este permis ca, prin propria voință să realizeze alte priorități, chiar dacă justificate, prin anularea întregului demers de atribuire care apare, pe de-o parte, ca nelegală, în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

Față de aceste aspecte, Consiliul va reține incidența art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit căreia: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege”.*

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (elaborare documentație de atribuire, depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, solicitarea de clarificări și evaluarea ofertelor din punct de vedere tehnic). Conform art. 143 alin. (1) din HG 395/2016 se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui oferta 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 autoritatea contractantă care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în speță.

Prin urmare, anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci, este datorată doar culpei autorității 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. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece

actul normativ vorbește despre o imposibilitate, desigur că această imposibilitate nu se poate datora unor presupuse împrejurări fără fundament.

Potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SRL în

contradictoriu cu anulează decizia de anulare nr. 47168/11.12.2024 și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să dispună continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire aferente.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu anulează decizia de anulare a procedurii nr.47168/11.12.2024 și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să dispună continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire aferente.

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 practica deciziei

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini