



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 2408/C1/2667

Data: 23.12.2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 52760/02.11.2020, formulată de SC SRL cu sediul în, str., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin administrator, cu sediul ales pentru comunicarea corespondenței la Cabinet de Avocat în, ... jud., împotriva rezultatului procedurii emis de către, cu sediul, str. Dacia, nr. 140, ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Gel dezinfectant pentru mâini”, cod CPV 33741300-9, s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii nr. 101.1/4913/24.11.2020 privind anularea procedurii de atribuire, anularea notei justificative nr. 101.1/4864/24.11.2020 privind anularea procedurii de atribuire, anularea deciziei entității contractante și a tuturor actelor care stau la baza emiterii acestuia;

2. anularea adresei de comunicare a anulării procedurii de atribuire nr. 101.1/4942/24.11.2020 și actele subsecvente acesteia;

3. anularea notei interne nr. 101.1/4301/20.11.2020 privind reluarea fazei de licitație electronică;

4. continuarea procedurii de atribuire de la etapa de licitație electronică din data de 18.11.2020-19.11.2020 și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor cu consecința declarării câștigătoare a ofertei SC SRL pe baza criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” și a atribuirii contractului către SC SRL;

5. obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în decizia Consiliului;

6. obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

În fapt, SC SRL precizează că în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect achiziția de „Gel dezinfectant pentru mâini” entitatea contractantă a ales procedura de atribuire licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică - 1 rundă de 24 de ore.

Conform mențiunilor din raportul procedurii de atribuire, au depus oferte 15 operatori economici, iar în urma evaluării propunerilor tehnice și a propunerilor financiare au fost acceptate un număr de 10 oferte, printre care și cea depusă de SC SRL al cărei preț inițial a fost de 252.000 lei fără TVA.

După finalizarea etapei de evaluare financiară, cele 10 oferte care au fost declarate admisibile au fost invitate să participe la etapa finală de licitație electronică cu 1 rundă ce s-a derulat în perioada 18.11.2020 ora 16:00 - 19.11.2020 ora 16:00.

Contestatorul susține că, cu 3 secunde înainte de încheierea etapei de licitație electronică, respectiv în data de 19.11.2020 orele 15:59:57 a încărcat ultima și cea mai mică ofertă de preț de 100.000 lei + TVA, respectiv de 10 lei + TVA/1 l de gel dezinfectant, pentru o cantitate maximă de 10.000 l (5000 l care făceau obiectul contractului subsecvent 1, respectiv 5000 l care făceau obiectul contractului subsecvent 2).

Susține că oferta sa s-a clasat pe locul 1 la finalul etapei licitației electronice din 19.11.2020 orele 16:00, dovadă fiind listarea din contul său din SEAP din data de 19.11.2020, raportat la criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”. Potrivit pct. IV. 1.6 din fișa de date face precizarea că ofertanții au putut să vadă ofertele de preț în timpul derulării fazei finale de licitație electronică.

Contestatorul precizează că după finalizarea etapei de licitație electronică, entitatea contractantă a șters în mod deliberat din SEAP faza de licitație electronică din 18.11.2020-19.11.2020 în urma acțiunii de întoarcere la etapa de evaluare financiară (etapa anterior finalizată).

În susținere invocă raportul procedurii, emailul Autorității pentru Digitalizarea României din 20.11.2020 adresat entității contractante, și adresa nr. 17058/26.11.2020 transmisă de ADR contestatorului, în care se preciza: „autoritatea contractantă a acționat butonul de întoarcere la evaluarea financiară la nivel de lot și sistemul a întors lotul din etapa Deliberare în etapa de evaluare financiară după faza finală de LE. Autoritatea contractantă a acționat încă o dată butonul de întoarcere la evaluarea financiară din secțiunea Licitație Electronică, moment în care, în SEAP a fost afișat următorul mesaj de atenționare: „Licitația electronică va fi ștearsă. Continuați?”. După confirmare, faza finală a fost ștearsă”.

În data de 20.11.2020, în SEAP, entitatea contractantă a inițiat o nouă procedură de licitație electronică ce urma să aibă loc în 25.11.2020 orele 16:00-26.11.2020 orele 16:00.

De asemenea, arată că, în data de 25.11.2020 entitatea contractantă i-a transmis pe email adresa nr. 101.1/4942/24.11.2020 privind anularea procedurii de licitație electronică, iar ulterior, după transmiterea de către contestator a adresei nr. 292/662/25.11.2020, entitatea a postat în SEAP raportul procedurii nr. 101.1/4913/24.11.2020 privind anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 101.1/4967/26.11.2020 autoritatea contractantă i-a comunicat nota internă nr. 101.1/4960/25.11.2020 (întocmită ulterior raportului procedurii) prin care își recunoștea practic culpa, și anume că un angajat al acesteia, dl. Adrian Decu, la ora 16:05 (după finalizarea licitației electronice) a șters această etapă din SEAP, deși conform notei justificative nr. 101.1/4864/24.11.2020 privind anularea procedurii se menționează că în intervalul orar 16:00-16:30 persona desemnată pentru procedura de atribuire dna. a verificat în SEAP faza de licitație electronică.

Contestatorul arată că din raportul procedurii și din nota justificativă nr. 101.1/4864/24.11.2020 privind anularea procedurii rezultă că motivul de anulare, a procedurii de atribuire l-a constituit dispozițiile art. 225 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 99/2016, autoritatea contractantă susținând că faza finală de licitație electronică nu mai poate fi accesată pentru a finaliza procedura de atribuire, iar derularea unei alte faze finale de licitație electronică poate duce la un rezultat al clasamentului diferit față de rezultatul fazei finale de licitație electronică și la un preț diferit față de cel inițial, fapt ce ar vicia aplicarea procedurii de atribuire și rezultatul final al acesteia.

Contrar susținerilor entității contractante, contestatorul susține că în speță nu sunt întrunite condițiile de anulare a procedurii de atribuire prevăzute de art. 225 din Legea nr. 99/2016.

În susținere invocă jurisprudență a Curții de Apel și a CNSC.

Totodată, contestatorul solicită a se avea în vedere și considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 1/2009 în cuprinsul căreia s-a reținut faptul că „autoritatea publică contractantă nu poate invoca propria culpă de fiecare dată când aceasta dorește anularea procedurii”.

Contestatorul precizează că din contul său de SEAP a listat la finalizarea etapei de licitație electronică dovada că oferta depusă de el în 19.11.2020 orele 15:59:57 se afla pe locul 1 în clasament, document care i-a fost transmis pe email autorității contractante în data de 20.11.2020.

Consideră că era obligația membrilor comisiei de evaluare desemnați pentru această procedură de atribuire, sau a persoanei responsabile cu aplicarea procedurii de atribuire, dna. conform dispozițiilor art. 132 -133, art. 137-147 din HG nr. 394/2016, să

consulte etapa de licitație electronică în data de 19.11.2020 orele 16:00 și să treacă la etapa de deliberare, de stabilire a ofertei câștigătoare, și la întocmirea raportului procedurii, iar nu să permită accesul neautorizat în sistemul SEAP al oricărui angajat care nu era membru în comisia de evaluare (în speță al dlui.). Susține că autoritatea contractantă își invocă propria turpitudine pentru a justifica pretinsa imposibilitate de a finaliza procedura de atribuire și de a semna contractul cu contestatorul, contrar principiului de drept „nemo auditor propriam turpitudinem allegans”.

În acest context consideră că nu se află în ipoteza „imposibilității” de semnare a contractului datorită unor împrejurări independente de voința CN Posta Română SA, despre care face vorbire art. 225 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 99/2016, astfel încât anularea procedurii de atribuire pentru motivele invocate de entitatea contractantă este în mod evident netemeinică și nelegală.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că în speță entitatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, fiind inadmisibil ca după finalizarea etapei de licitație electronică, atunci când constată că nu este mulțumită de ofertantul câștigător să ștergă în mod deliberat etapa de licitație electronică, așa cum se reține în adresa ADR, fiind evident că nu a fost vorba de o culpă/neglijență, cât timp sistemul SEAP a avertizat de 2 ori autoritatea contractantă că se va șterge etapa licitației electronice, iar autoritatea contractantă derulează licitații de milioane de euro, astfel de erori fiind inadmisibile.

Totodată precizează că aceste aspecte vor fi cercetate în detaliu și de organele penale, ca urmare a plângerii penale pe care a formulat-o față de persoanele care se fac vinovate de ștergerea datelor informatice din SEAP, precum și împotriva persoanelor care sa fac vinovate de crearea condițiilor artificiale pentru anularea procedurii.

Contrar susținerilor entității contractante, contestatorul consideră că se poate relua procedura de atribuire de la etapa licitației electronice finalizată în 19.11.2020, și desemnarea ofertei sale ca ofertă câștigătoare, fiind posibilă adoptarea măsurilor de remediere, pe de-o parte el fiind în posesia extrasului SEAP din 19.11.2020 din care rezultă că oferta sa se clasa pe locul 1, iar pe de altă parte nu s-a solicitat CNSC să adopte măsurile de conservare și recuperare a datelor informatice aferente etapei de licitație electronică din 18.11.2019-19.11.2020 și să contacteze serviciul tehnic/societatea care asigură mentenanța serverului astfel încât aceste date informatice să poată fi puse la dispoziția entității contractante/ CNSC având în vedere obligațiile legale ale ADR prevăzute de dispozițiile art. 16 lit. b) din Legea nr. 135/2007.

În acest sens, solicită Consiliului să transmită o adresă la ADR prin care să îi pună în vedere să ia măsurile de conservare și recuperare a datelor informatice aferente etapei de licitație electronică din 18.11.2019-19.11.2020 și să contacteze serviciul tehnic/societatea care

asigură mentenanța serverului astfel încât aceste date informatice să poată fi puse la dispoziția CNSC și să comunice:

1. ora la care a fost ștearsă etapa de licitație electronică de către autoritatea contractantă;

2. dacă la finalizarea etapei de licitație electronică sistemul a transmis notificări/email către entitatea contractantă prin care a informat-o că s-a finalizat etapa de licitație electronică, și i-a transmis clasamentul rezultat în urma finalizării licitației electronice, conform dispozițiilor art. 128 alin. (1) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016;

3. desfășurătorul licitației electronice din 18.11.2020 orele 16:00-19.11.2020 orele 16:00 din care să rezulte momentele de reofertare în SEAP de către toți participanții, prețurile oferite, orele la care s-au încărcat ofertele.

În opinia sa, continuarea procedurii de atribuire de la etapa de licitație electronică din 19.11.2020 nu ar duce la încălcarea principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 privind nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii, cât timp ștergerea licitației electronice s-a efectuat după finalizarea acesteia, după ce toți ofertanții au fost notificați și au avut posibilitatea să participe și să ofereze în runda 1 a licitației electronice, fiind prevăzută conform pct. IV. 1.6 din fișa de date, posibilitatea că ofertanții să vadă ofertele de preț în timpul derulării fazei finale de licitație electronică și să liciteze.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 53510/04.12.2020, contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206681649/1 din data de 03.12.2020, tranzacția nr. 1034467728/1813096698, emisă de CEC Bank: sucursala, în valoare de 12.000,00 lei, aferentă dosarului în cauză, conform art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 101.1/5027/03.12.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 53065/03.12.2020, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Entitatea contractantă arată că, procedura de achiziție „Gel dezinfectant pentru mâini” inițiată prin anunțul de participare publicat în data de 14.08.2020, cu valoarea estimată totală fără TVA de 600.000,00 lei, a avut drept dată limită de depunere a ofertelor 21.09.2020 ora 15:00.

Faza finală de licitație electronică a fost creată, ca urmare a procesului verbal de evaluare nr. 101.1/4679/14.11.2020, astfel încât să înceapă în data de 18.11.2020 ora 16:00 și să fie finalizată în data de 19.11.2020 ora 16:00.

Entitatea contractantă susține că în data de 19.11.2020, după ora 16:00 persoana desemnată pentru procedura de atribuire, Georgeta

Popovici, nu a putut vedea clasamentul rezultat ca urmare a fazei finale de licitație electronică, întrucât licitația electronică apărea în stadiul „derulare”. Cu privire la acest aspect arată că de foarte multe ori platforma SEAP are întârzieri în afișarea paginilor, deschiderea ofertelor financiare, întârzieri care pot fi favorizate și de stațiile de lucru foarte vechi. Nu poate fi considerată culpa persoanei responsabile pentru procedura faptul că platforma nu a afișat clasamentul ofertelor ca urmare a fazei finale de licitație electronică, neputând fi printat și atașat la dosarul achiziției.

Totodată, menționează faptul că platforma SEAP nu permite restricționarea accesului la procedura de atribuire doar a persoanei responsabile pentru procedura, toți angajații Compartimentului Achiziții având acces la toate procedurile de atribuire. nu a știut faptul că un alt angajat a intrat pe procedura în discuție, respectiv pe faza finală de licitație electronică, în intervalul 19.11.2020, ora 16:00 - 20.11.2020, ora 16:30, ...făcând mențiunea că este responsabil cu ștergerea fazei finale de licitație electronică ulterior.

De asemenea, susține că în data de 20.11.2020, secțiunea specifică fazei finale de licitație electronică nu apărea în cadrul anunțului de participare.

Prin urmare, ...a solicitat, pe mail-ul ADR contact.autoritati@e-licitatie.ro, remedierea deficienței platformei, în așa fel încât să se poate vedea clasamentul prețurilor ofertate în faza finală de licitație electronică, pentru a continua derularea procedurii de atribuire (la acel moment se credea a fi o eroare tehnică faptul că nu mai există faza finală de licitație electronică).

Conținutul mail-ului este: „CN Poșta Română a organizat procedura de licitație deschisă, inițiată prin anunțul nr. CN1023773, cu fază finală de licitație electronică. În acest moment entitatea contractantă este în evaluare oferte. În data de 13.11.2020 entitatea contractantă a inițiat faza finală de licitație electronică, durata 1 rundă de 24 h. Conform prevederilor legale, derularea fazei finale a fost 18.11.2020 ora 16.00 - 19.11.2020 ora 16.00. Ieri, 19.11.2020 între orele 16.00-16.30 entitatea contractantă a încercat să vadă clasamentul, însă acesta nu apărea, faza finală fiind încă în stadiul „în desfășurare”. Astăzi, 20.11.2020, faza finală nu mai există în procedură! A dispărut, fără ca entitatea contractantă să fi putut vedea clasamentul prețurilor ofertate în faza finală. În dimineața de 20.11.2020, ora 10.00 a fost prelungit și termenul de evaluare, însă faza finală nu era vizibilă nici înainte, nici după prelungire.

Vă solicitam, prin prezenta, remedierea deficienței platformei, în așa fel încât să se poată vedea clasamentul prețurilor ofertate în faza finală de licitație electronică.”

Autoritatea pentru Digitalizarea României a răspuns, astfel:

„Autoritatea contractantă a acționat butonul de întoarcere la evaluarea financiară la nivel de lot și sistemul a întors lotul din etapa

Deliberare în etapa de Evaluare financiară după faza finală de LE. Autoritatea contractant a acționat încă o dată butonul de întoarcere la evaluare financiară din secțiunea Licitație Electronică, moment în care, în SEAP a fost afișat următorul mesaj de atenționare „Licitația electronică va fi ștearsă. Continuați?” După confirmare, faza finală a fost ștearsă. Pentru a ajunge la atribuire, vă recomandăm să reluați faza finală.”

Având în vedere faptul că nu exista altă opțiune tehnică, entitatea contractantă precizează că a reinițiat faza finală de licitație electronică în data de 20.11.2020 ora 14:41, la recomandarea Autorității pentru Digitalizarea României, în baza Notei interne nr. 101.1/4301/20.11.2020, cu avizul conducătorului unității.

Entitatea contractantă susține că cererea sa a fost clară, și anume remedierea în așa fel încât „să se poate vedea clasamentul prețurilor ofertate în faza finală de licitație electronică”, iar răspunsul Autorității pentru Digitalizarea României a fost de a relua faza finală de licitație electronică, pentru a ajunge la atribuire.

În aceeași zi, la ora 16:11, entitatea contractantă precizează că a primit mail de la ofertantul SC SRL care solicita clarificare cu privire la reluarea fazei finale de licitație electronică în intervalul 25.11.2020 ora 16:00-26.11.2020 ora 16:00, având în vedere faptul că ofertantul a participat deja la licitația electronică derulată în intervalul 18.11.2020 ora 16:00-19.11.2020 ora 16:00, și că s-a clasat pe primul loc în clasamentul licitației electronice. În sprijinul celor afirmate, ofertantul a atașat print de pe pagina SEAP în care apare la poziția 1 în clasament cu prețul de 100.000 lei.

Entitatea contractantă susține că nu putea accepta ca drept dovadă a rezultatului fazei finale de licitație electronică acel aparent print din SEAP, pagina neavând niciun element care să îi confere autenticitate, neputând demonstra fără dubiu ca acela era rezultatul fazei finale de licitație electronică, mai ales că ora afișată pe pagina este 15:59:57, iar în ultimele 3 secunde un alt ofertant putea oferta un preț mai mic.

Reiterează faptul că entitatea contractantă, prin persoana desemnată, Georgeta Popovici, pentru prezenta procedura de atribuire nu a putut accesa clasamentul rezultat ca urmare a derulării fazei finale de licitație electronică în data de 19.11.2020 intervalul orar 16:00 - 16:30, iar în data de 20.11.2020 faza finală nu se regăsea în procedură, și prin urmare, clasamentul rezultat ca urmare a derulării fazei finale de licitație electronică nu a putut fi printat pentru dosarul achiziției.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că a întocmit solicitarea nr. 101.1/4868/24.11.2020, în data de 23.11.2020, aprobată de către conducătorul unității în data de 24.11.2020, către Autoritatea pentru Digitalizarea României, pentru a fi comunicat user-ul persoanei care a șters faza finală de licitație electronică.

Autoritatea pentru Digitalizarea României a răspuns cu adresa nr. 17059/26.11.2020, înregistrată la entitatea contractantă cu nr.

101.1/4987/26.11.2020, precizând faptul că butonului de „întoarcere la evaluare financiară” a fost acționat de către utilizator „.....”.

În ceea ce privește nelegalitatea măsurii de anulare a procedurii de atribuire, invocată de contestator și crearea circumstanțelor artificiale de anulare a procedurii de atribuire, entitatea contractantă precizează că a întocmit Nota internă nr. 101.1/4960/25.11.2020, prin care stipulează faptul că «am accesat SEAP și am intrat pe procedura de „Gel dezinfectant pentru mâini” , mai exact pe faza finală de licitație electronică din dorința de a vedea cum arată o fază finală de licitație electronică. Necunoscând platforma, din greșeală, am șters faza finală de licitație electronică, fiind indus în eroare de termenul „întoarcere la evaluare financiară”. Am vrut să ies din faza finală de licitație electronică, nu să o șterg și am interpretat greșit termenul de „întoarcere”.”

Entitatea contractantă precizează că din punct de vedere tehnic, faza finală de licitație electronică derulată în intervalul 18.11.2020 ora 16:00-19.11.2020 ora 16:00, nu mai poate fi recuperată/accesată pentru a finaliza procedura de atribuire. Derularea unei alte faze finale de licitație electronică poate duce la un rezultat al clasamentului diferit față de rezultatul fazei finale de licitație electronică și la un preț diferit față de cel inițial, fapt care ar vicia aplicarea procedurii de atribuire și rezultatul final al acesteia.

Ștergerea fazei finale de licitație electronică a fost o eroare, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2), întrucât derularea unei alte faze finale de licitație electronică poate duce la un rezultat al clasamentului diferit față de rezultatul inițial, încălcându-se principiul tratamentului egal și al nediscriminării. Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru conform art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016 pe care le citează.

Dacă faza finală de licitație electronică ar fi putut fi recuperată, consideră că Autoritatea pentru Digitalizarea României ar fi trebuit să specifice acest lucru entității contractante în răspunsul la mail-ul din data de 20.11.2020, cât și modalitatea în care se poate recupera faza finală de licitație electronică.

Totodată, comunică Consiliului faptul că platforma SEAP nu transmite notificări/email către entitatea contractantă la momentul finalizării fazei finale de licitație electronică și nici nu transmite clasamentul rezultat ca urmare a fazei finale de licitație electronică. În cele 24 de ore cât se derulează faza finală de licitație electronică, entitatea contractantă nu poate vedea desfășurătorul licitației electronice.

La momentul închiderii fazei finale de licitație electronică, în speță după ora 16:00 (19.11.2020) entitatea contractantă accesează butonul denumit „Licitație electronică” din cadrul procedurii de atribuire, iar

sistemul afișează în pagina specifică licitației electronice clasamentul rezultat ca urmare a încheierii fazei finale de licitație electronică. În acest caz, conform celor stipulate în cadrul Notei interne nr. 101.1/4301/20.11.2020, după ora 16:00 persoana desemnată pentru procedura de atribuire, Georgeta Popovici, nu a putut vedea clasamentul rezultat ca urmare a fazei finale de licitație electronică, întrucât licitația electronică apărea în stadiul „derulare”. A doua zi s-a încercat accesarea fazei finale de licitație electronică, însă la acel moment nu mai apărea, fiind deja ștearsă.

Având în vedere cele relatate entitatea contractantă a considerat că se impunea anularea procedurii de atribuire a acordului-cadru de „Gel dezinfectant pentru mâini”, întrucât nu avea posibilitatea de a continua fără a încălca principiile de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Pe cale de consecință, solicita Consiliului respingerea contestației formulate de către SC SRL ca fiind nefondată.

Prin adresa nr. 56082/2667/C1/17.12.2020, Consiliul a solicitat Autorității pentru Digitalizarea României (fostă Agenția pentru Agenda Digitală a României) clasamentul rezultat în urma etapei finale de licitație electronică finalizată la data de 19.11.2020 ora 16.00.

Autoritatea pentru Digitalizarea României a răspuns prin adresa nr. 17518/22.12.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 57029/22.12.2020 precizând următoarele:

„- Autoritatea contractantă a efectuat în data de 19.11.2020 ora 16:14:24 acțiunea de întoarcere din licitație electronică în faza anterioară (evaluare financiară), care a condus la ștergerea fazei finale de licitație electronică. În această situație, sistemul a avertizat că licitația electronică va fi ștearsă, utilizatorul având opțiunea de a continua operațiunea sau de a renunța, conform regulilor prevăzute în capitolul „întoarcere la evaluarea financiară în procedura online din LE” din manualul de utilizare „Licitație electronică”.

- Conform prevederilor art. 121 alin. 1 din HG 96/2016, la finalizarea fazei finale de licitație electronică este accesibil autorității/entității contractante clasamentul rezultat urmare a procesului repetitiv de licitare. În cazul de față, autoritatea contractantă a decis anularea fazei finale de licitație electronică și intenția de reorganizare a acesteia revenind în faza de definire a unei potențiale noi licitații electronice. Având în vedere detaliile menționate anterior, acțiunile și logurile de procedură (cele din timpul derulării fazei finale de licitație electronică anulată) nu sunt stocate la nivelul bazei de date. Acest aspect trebuie înțeles ca nefiind necesar în contextul în care autoritatea contractantă decide în mod voluntar, din rațiuni pentru care poartă întreaga responsabilitate, anularea unei etape a procedurii și refacerea acesteia (după caz)”.

Menționează totodată că în perioada 18.11.2020 - 19.11.2020 aferentă derulării licitației electronice, sistemul a funcționat în parametri corespunzători.

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL reține următoarele:**

....., în calitate de entitate contractantă a organizat procedura licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „.....”, *cod CPV 33741300-9*, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr./14.08.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de: 600.000,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „*prețul cel mai scăzut*”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de faptul că, ulterior finalizării etapei finale de licitație electronică, unul dintre salariații entității contractante a șters faza finală de licitație electronică iar, ca urmare a acestei manevre eronate, 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) întrucât derularea unei alte faze finale de licitație electronică poate duce la un rezultat al clasamentului diferit față de rezultatul inițial, încălcându-se principiul tratamentului egal și al nediscriminării”.

Având în vedere criticile din contestația formulată de SC SRL, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- potrivit precizărilor de la secțiunea II din anunțul de participare, entitatea contractantă a organizat prezenta procedura de atribuire în scopul încheierii unui acord cadru de furnizare dezinfectant pentru mâini;

- la secțiunea IV.1.6) din anunțul de participare, se precizează faptul că entitatea contractantă a optat să organizeze în cadrul prezentei proceduri de atribuire o fază finală de licitație electronică, formată dintr-o singură rundă cu durata de 1 zi;

- conform notei nr. 101.1/4301/20.11.2020 (pag. 495 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei), faza finală de licitație electronică a început în data 18.11.2020 ora 16:00 și s-a finalizat în data 19.11.2020 ora 16:00;

- potrivit notei interne nr. 101.1/4960/25.11.2020 (pag. 494 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei), imediat după finalizarea etapei finale de licitație electronică, respectiv în data 19.11.2020 ora 16:05, unul dintre salariații entității contractante a vizualizat și ulterior a șters faza finală de licitație electronică;

- urmare a corespondenței cu Autoritatea pentru Digitizarea României (pag. 505 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei), entitatea contractantă a configurat o nouă fază finală de licitație electronică, care urma să se desfășoare între 25.11.2020 ora 16:00 și 26.11.2020 ora 16:00 conform capturilor după ecranul interfeței SEAP aflate la filele 493-491 din dosarul achiziției, în vol. 2 al dosarului cauzei;

- constatând lipsa din SEAP a etapei finale desfășurată anterior în perioada 18-19.11.2020 și organizarea unei noi etape de licitație electronică, SC SRL a solicitat entității contractante explicații prin corespondența din 20.11.2020 aflată la pag. 503 din dosarul achiziției (vol. 2 al dosarului cauzei);

- ulterior, în baza notei interne nr. 101.1/4864/24.11.2020 (filele 507-506 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei) entitatea contractantă a încheiat raportul procedurii nr. 101.1/4913/24.11.2020 (filele 522-521 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei) în care a decis anularea procedurii motivat de faptul că etapa finală de licitație electronică finalizată în 19.11.2020 nu mai poate fi recuperată iar derularea unei noi etape de licitație electronică ar avea ca rezultat prețuri și clasament diferite de cele anterioare.

Întrucât la dosarul cauzei nu se regăsește niciun listing al clasamentului și prețurilor rezultate în urma derulării etapei finale de licitație electronică din 18-19.11.2020, Consiliul, în exercitarea rolului său activ, a transmis Autorității pentru Digitalizarea României, adresa nr. 56082/2667/C1/17.12.2020 prin care a solicitat acesteia, în calitate sa de operator al Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), clasamentul rezultat în urma etapei finale de licitație electronică finalizată la 19.11.2020.

La această solicitare, Autoritatea pentru Digitalizarea României a răspuns prin corespondența nr. 17518/22.12.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 57029/22.12.2020, precizând că entitatea contractantă a decis anularea fazei finale de licitație electronică și intenția de reorganizare a acesteia revenind în faza de definire a unei potențiale noi licitații electronice motiv pentru care acțiunile și logurile de procedură cu privire la derularea fazei finale de licitație electronică anulată nu sunt stocate la nivelul bazei de date. Potrivit corespondenței anterior menționată, *„acest aspect trebuie înțeles ca nefiind necesar în contextul în care autoritatea contractantă decide în mod voluntar, din rațiuni pentru care poartă întreaga responsabilitate, anularea unei etape a procedurii și refacerea acesteia (după caz)”*.

Totodată, precizează că în perioada 18.11.2020 - 19.11.2020 aferentă derulării licitației electronice, sistemul a funcționat în parametri corespunzători.

Având în vedere faptul că în dosarul achiziției transmis de entitatea contractantă la dosarul cauzei nu se regăsește nicio dovadă/listing al clasamentului rezultat în urma etapei finale de licitație electronică iar Autoritatea pentru Digitalizarea României în calitate sa de operator al Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice a comunicat faptul că acțiunile și logurile de procedură cu privire la derularea fazei finale de licitație electronică anulată nu sunt stocate la nivelul bazei de date, nefiind în măsură să genereze o copie a clasamentului și prețurilor respective, Consiliul constată că nu este posibilă continuarea procedurii de atribuire

în baza rezultatului etapei finale de licitație electronică din 18-19.11.2020, astfel cum solicitase contestatorul.

Copia după ecranul SEAP transmisă de contestator la dosarul cauzei în anexa contestației despre care acesta susține că ar demonstra că s-a aflat pe locul 1 nu poate fi luată în considerare ca rezultat al aplicării etapei finale de licitație electronică deoarece este imprimată în timpul derulării etapei finale și nu după finalizarea acesteia, aspect care rezultă din mențiunea „în desfășurare” și „data ultimei oferte proprii: 19.11.2020 15:59:57”. Ori, în cele 3 secunde rămase până la expirarea termenului limită puteau fi depuse și alte oferte mai scăzute, astfel cum susține în mod corect entitatea contractantă în punctul de vedere.

Pe de altă parte, în ceea ce privește anularea în totalitate a procedurii de atribuire, 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 aceea că „derularea unei alte etape finale de licitație electronică poate duce la un rezultat al clasamentului diferit față de cel inițial”.

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 cu fază finală de licitație electronică, entitatea trebuie să aibă în vedere obligația prevăzută la art. 121 lit. a) din HG nr. 394/2016, potrivit căruia „Entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu licitația electronică astfel încât: a) să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența”. În măsura în care a decis să poată asigura achiziționarea produselor și a publicat anunțul de participare, nu mai este permis ca prin propria voință să revină la decizia adoptată inițial.

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 autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece anularea procedurii este consecința directă a acțiunilor salariatului care a șters etapa finală de licitație electronică și a inacțiunii celui care era responsabil cu derularea procedurii pentru omisiunea de a imprima la timp rezultatul etapei finale.

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. 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 încheiat procesul de evaluare și verificare a ofertelor iar unul dintre salariați (cel care a anulat în mod iremediabil etapa finală de licitație electronică) a fost în măsură să vizualizeze ierarhia și prețurile licitate.

Anularea eronată sau chiar voită a uneia dintre etapele derulării procedurii 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 în parte contestația formulată de către SC SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga entitatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire cu reluarea etapei finale de licitație electronică potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea contestatorului de continuare a

procedurii de atribuire în baza etapei finale de licitație electronică finalizată în 19.11.2020.

Referitor la solicitarea contestatorului privind „obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată”, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. **Cuquantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate** sunt prezentate în cerere, care **trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației**”.

Ori, întrucât contestatorul nu a depus documente doveditoare din care să rezulte natura și cuantumul cheltuielilor efectuate, Consiliul va respinge ca nedovedită solicitarea acestuia privind obligarea entității contractante la plata de cheltuieli de soluționare.

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de către SC SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă entitatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire cu reluarea etapei finale de licitație electronică potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Respinge ca nefondată solicitarea contestatorului de continuare a procedurii de atribuire în baza etapei finale de licitație electronică finalizată în 19.11.2020.

Respinge ca nedovedită solicitarea contestatorului de acordare a cheltuielilor de soluționare.

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 de decizii
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.