

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. 512/C3/479

Data: 10.03.2022

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 10348/28.02.2022, înaintată de ALARM EXPRES SRL, cu sediul în Reghin, str. Duzilor nr. 1A, județul Mureș, înmatriculată în registrul comerțului sub nr. J26/729/2022, CUI 25851924, reprezentată legal de administrator Popa Mihai Dorin, formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de autoritatea contractantă CLUBUL SPORTIV MUNICIPAL TÂRGU MUREȘ, cu sediul în Târgu Mureș, str. Nicolae Grigorescu nr. 19, județul Mureș, în procedura proprie organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect *Servicii de pază*, inițiată cu anunțul de publicitate ADV1271965/18.02.2022, s-a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea măsurii de remediere constând în eliminarea cerinței ca ofertanții să facă dovada faptului că tot personalul care va presta serviciul de pază să dețină *certificate de absolvire a cursului de prim ajutor (Basic Life Support) emis de către un organ competent în formare profesională acreditată*.

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

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
cu majoritate de voturi a membrilor completului (conform
prevederilor art. 27 alin. 3 al Legii nr. 101/2016),

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția de tardivitate a contestației ALARM EXPRES SRL, invocată de autoritatea contractantă CLUBUL SPORTIV MUNICIPAL TÂRGU MUREȘ, privind documentația de atribuire aferentă procedurii proprii inițiate la 18.02.2022, ca nefondată.

Admite, în parte, contestația ALARM EXPRES SRL și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în 11 zile, prin acceptarea angajamentelor ofertanților că vor prezenta certificatele de absolvire a cursului de prim-ajutor (*Basic Life Support*), cel mai târziu, la semnarea contractului, conform motivării ce precede.

Respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de eliminare în tot a cerinței de certificare a agenților de pază, implicați în viitoarele servicii, privind absolvirea cursului de prim-ajutor (*Basic Life Support*).

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.

MEMBRU,

MEMBRU,

OPINIE SEPARATĂ,

Suntem de acord cu soluția – exprimată de majoritatea membrilor completului – de admitere a contestației Alarm Expres SRL, însă nu cu respingerea capătului de cerere de eliminare a cerinței de absolvire a cursului de prim-ajutor (*Basic Life Support*) de către agenții de pază implicați și nici cu măsurile dispuse în sarcina Clubului Sportiv Municipal Târgu Mureș, amendament care ne determină să apelăm la prezenta opinie divergentă.

Documentația de ofertare a fost postată în SEAP la 18.02.2022, în cadrul anunțului de invitare la competiție nr. ADV1271965. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că cerința ca personalul care va presta serviciul de pază să dețină certificate de absolvire a cursului de prim ajutor (*Basic Life Support*), emise de către un organ competent în formare profesională acreditată, impusă de autoritate, este restrictivă și contravine dispozițiilor legale, Alarm Expres SRL a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, se constată că, în cele 55 de pagini ale documentației de atribuire (caietul de sarcini) aferente procedurii de achiziție, autoritatea organizatoare a prevăzut, între altele, la pagina 7, că „prestatorul se obligă să asigure **personal** care:

[...]

- **deține** Certificate de absolvire a cursului de prim ajutor (Basic Life Support) emis de către un organ competent de formare profesională acreditată, **valabile la data depunerii ofertei.**"

La pagina 8, clubul a adăugat: „e.17) Prestatorul are obligația să aibă **personal calificat, autorizat, atestat și evaluat psihologic apt pentru executarea serviciului de pază și/sau monitorizare și intervenție (după caz), documente care vor fi prezentate achizitorului înainte de începerea activității. Toti agenții vor deține Certificate de absolvire a cursului de prim ajutor (Basic Life Support) emis de către un organ competent de formare profesională acreditată.**"

Totodată, a atras atenția:

„Orice ofertă de servicii, care **se abate** de la prevederile Caietului de sarcini sau prezintă servicii cu caracteristici tehnice inferioare celor prevăzute în acesta sau **care nu satisfac cerințele impuse în acesta, va fi respinsă ca neconformă.**

Nerespectarea cerințelor caietului de sarcini duce la descalificarea ofertei, aceasta considerându-se neconformă."

Este de notorietate că o documentație care nu a fost revocată sau infirmată își consolidează forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura competițională. „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv." – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Elocvente, prin analogie, sunt prescripțiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată *în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției*, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta *în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de eventualele clarificări postate în SEAP sau comunicate direct tuturor participanților, are aceeași valoare pentru părți, iar *niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti*

clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-a pronunțat și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017).

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile **în același fel pe parcursul întregii proceduri**. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, *Ingsteel și Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549), Curtea a reamintit că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și **nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant,**

de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul

egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, *Vanbreda Risk & Benefits/Comisia*, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, *Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy*, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și ofertant. Oferta

nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la aceea a ofertantului (Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358). În Hotărârea din 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca, C-243/89, EU:C:1993:257, la punctul 37, Curtea a considerat că respectarea principiului egalității de tratament în ceea ce privește ofertanții impune ca **toate ofertele să fie conforme cu prevederile caietului de sarcini**, pentru a asigura o comparație obiectivă între ele. Or, această cerință nu ar fi respectată în cazul în care ofertanții ar fi autorizați să formuleze rezerve în cadrul ofertelor, care le-ar permite să se îndepărteze de la prevederile fundamentale ale caietului de sarcini. A se vedea și Hotărârea din 28 februarie 2018, MA.T.I. SUD și Duemme SGR, C-523/16 și C-536/16, EU:C:2018:122, în ceea ce privește obligația autorității de respectare strictă a propriilor reguli.

În sensul că autoritatea este obligată să respecte cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, sunt de reținut și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494 (punctul 159), Hotărârea din 14 decembrie 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Hotărârea din 14 octombrie 2020, Close și Cegelec/Parlamentul, C-447/19 P, EU:C:2020:826, Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Hotărârea din 30 aprilie 2014, Euris Consult/Parlamentul, T-637/11, EU:T:2014:237, și Hotărârea din 6 octombrie 2021, Global Translation Solutions/Parlamentul, T-7/20, EU:T:2021:649 (în această cauză s-a pus problema respingerii unei oferte întrucât unul dintre documentele acesteia era în format Word „.doc”, în loc de „.docx”), cu titlu exemplificativ. Instanța a subliniat că autoritatea contractantă trebuie să respecte cu strictețe regulile pe care ea însăși le-a stabilit nu numai în timpul procedurii de licitație, ci, mai general, până la sfârșitul etapei executării contractului în cauză (Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 115, Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, punctul 159, și hotărârile din 31 ianuarie 2013, Spania/Comisia, T-235/11, EU:T:2013:49, punctul 52, și T-540/10, EU:T:2013:47, punctul 49).

În speță, Clubul Sportiv Municipal Târgu Mureș nu doar că a prevăzut, în caietul de sarcini, cerința constând în deținerea de „*certificate de absolvire a cursului de prim ajutor (Basic Life Support) emis de către un organ competent de formare profesională acreditată, valabile la data depunerii ofertei*”, dar a și atras atenția că menține această cerință, prin răspunsul nr. 385/23.02.2022, dat în urma solicitării de clarificare primită de la Alarm Expres SRL.

Depășind această introducere de subliniere a importanței vitale a conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de participare, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, *inclusiv în cazul procedurilor proprii*, asupra aspectelor sesizate este de notat că obiecțiile Alarm Expres SRL vizează cerința din caietul de sarcini citată mai sus, respectiv contestația sa este îndreptată împotriva caietului, acesta fiind actul atacat, nicidecum vreun document de evaluare a ofertelor sau modul cum urmează a fi efectuată evaluarea. Concluzia reiese și din petitul cererii introductive – eliminarea cerinței atacate din respectivul caiet, iar nu vreo anumită modalitate de evaluare a ofertelor.

Autoritatea achizitoare a primit și deschis ofertele pentru procedura organizată (conform procesului-verbal nr. 403/25.02.2022), la acest moment fiind în curs de evaluare a lor. Suntem de părere că soluția jurisdicțională nu poate depăși obiectul cu care a fost învestit Consiliul, respectiv trebuia să fie circumscrisă art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: „Cu respectarea **principiului disponibilității**, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei **actul atacat** și poate:

a) pronunța o decizie **prin care îl anulează** în tot sau **în parte**;

b) obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;

c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.”

coroborat cu alin. (3): „În cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire doar în condițiile în care nu poate lua nicio altă măsură de remediere sau măsura ar afecta principiile prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale sau concesiunilor.”

În atare context, primordială era pronunțarea Consiliului asupra legalității și temeiniciei actul atacat, respectiv asupra cerinței depunerii certificatelor de absolvire a cursului de prim ajutor, valabile la data depunerii ofertei, cerință atacată de contestatoare. Dacă aceasta este găsită a fi restrictivă și contrară dispozițiilor legale, soluția trebuie să fie de anulare a ei (de eliminare a ei, în redactarea Alarm Expres SRL). Motivarea din opinia majoritară reflectă faptul că actuala cerință este disproporționată și, în consecință, nelegală, motiv pentru care ea trebuia să fie îndepărtată complet din caietul de sarcini ori remediată în sensul că certificările nu ar trebui să fie valabile la data depunerii ofertei, cum se prevede expres în prezent, ci ar putea fi obținute și aduse de către ofertanți ulterior acestei date.

Apărarea autorității achizitoare nu semnifică defel o achiesare la pretențiile contestatoarei, nici directă și nici indirectă, mai ales că, în prealabil, i-a explicat că nu renunță la cerința atacată (răspunsul nr. 385/23.02.2022). Așadar, nu sunt îndeplinite condițiile achiesării, prin prisma art. 436 C. proc. civ.:

„(1) Când pârâtul a recunoscut în tot sau în parte pretențiile reclamantului, instanța, la cererea acestuia din urmă, va da o hotărâre în măsura recunoașterii.

(2) Dacă recunoașterea este parțială, judecata va continua cu privire la pretențiile rămase nerecunoscute, instanța urmând a pronunța o nouă hotărâre asupra acestora.”

În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, față de motivarea opiniei majoritare, care confirmă nelegalitatea actualei redactări a cerinței atacate, Consiliul era nevoit să admită contestația Alarm Expres SRL, în contradictoriu cu Clubul Sportiv Municipal Târgu Mureș, și să constate că cerința este disproporționată și restrictivă, după cum s-a demonstrat mai sus. Totodată, ținând seama că autoritatea a continuat procedura prin primirea și deschiderea de oferte, ceea ce face imposibilă luarea vreunei măsuri de remediere a caietului de sarcini pentru continuarea procedurii de atribuire, Consiliul urma a decide anularea ei, conform art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 (*„În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.”*). Consiliul a fost pus în imposibilitate de a dispune remedierea cerinței atacate a caietului procedurii de achiziție, în contextul în care autoritatea a continuat derularea acesteia, după etapa depunerii ofertelor fiind imposibilă rectificarea documentației de atribuire pentru a se intra în legalitate, astfel încât la procedură să participe și operatorul economic contestator, alături de alți operatori economici interesați.

Soluția obligării autorității la continuarea procedurii prin acceptarea unor eventuale angajamente viitoare ale ofertanților că vor prezenta certificatele de absolvire a cursului de prim-ajutor la semnarea contractului ignoră nu doar actuala cerință expresă din caietul de sarcini (ele trebuind a fi valabile la data ofertării), ci și caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, evidențiat mai sus. Pe de altă parte, acceptarea de certificate obținute ulterior încalcă flagrant principiul tratamentului egal între ofertanți, întrucât ofertanții care nu le-au deținut la data ofertării sunt avantajați în raport cu ofertanții care au fost diligenți și au prezentat asemenea certificate în cuprinsul ofertelor. În plus, este încălcat și principiul transparenței, întrucât puteau participa la procedură și alți ofertanți, dacă le era adusă la cunoștință reformularea cerinței în sensul permisiv reținut de către Consiliu.

Față de aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, opinăm că forul jurisdicțional ar fi trebuit să admită în întregime contestația Alarm Expres

SRL și să anuleze atât cerința atacată, cât și procedura de achiziție, această soluție fiind singura în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare.

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

PREȘEDINTE,

Redactată în 4 exemplare, conține 14 pagini.