



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ... SRL, reprezentată prin asociat-lider societatea ...SA, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., CUI ..., formulată împotriva deciziei de atribuire, a raportului procedurii precum și a răspunsului la notificarea prealabilă emise de către ... SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „...”- ..., s-a solicitat:

- *în principal, anularea procedurii;*
- *în subsidiar, anularea deciziei de atribuire, a raportului procedurii de atribuire, a actelor de comunicare a rezultatului și reluarea procedurii de achiziție publică de la momentul evaluării ofertelor.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... SRL reclamă comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. ..., solicitând Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să dispună: în principal, anularea procedurii de achiziție publică întrucât, în opinia sa, viciile grave de procedură apărute în desfășurarea acesteia fac imposibilă adoptarea unor măsuri de remediere adecvate; în subsidiar, anularea deciziei de atribuire, a raportului procedurii de atribuire, a actelor de comunicare a rezultatului precum și a actelor care au stat la baza sau au fost emise ca o consecință a acestora, reluarea procedurii de achiziție publică de la momentul

evaluării ofertelor din punctul de vedere al acceptabilității și conformității ofertei acesteia.

În fapt, în data ..., ... a transmis comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. ... prin care oferta ... a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. a) și alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006. Oferta declarată câștigătoare pentru Lotul 2 aparține ..., pentru un preț total de ... EUR fără TVA.

1. Motivele reținute de ... pentru respingerea ofertei ... ca inacceptabilă au fost următoarele:

- ... nu a prelungit perioada de valabilitate a ofertei depuse până la data de 30 septembrie 2016, astfel cum i s-a solicitat prin adresa ... nr. ...;
- Scrisoarea de garanție bancară în forma inițială, a fost constituită în numele liderului de ... SA, și nu în numele ..., astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire.
- ... a dispus băncii emitente alte modificări pe lângă cea solicitată explicit de autoritate privind prelungirea termenului de valabilitate, respectiv a dispus operarea unor modificări care s-au concretizat în corectarea erorii materiale din forma inițială a scrisorii de garanție privind menționarea greșită a denumirii ofertantului ca fiind ... SA, în loc de

2. Motivele reținute de ... pentru respingerea ofertei ... ca neconformă au fost următoarele:

- grosimea propusă de ... pentru cardurile contactless ultralight termosensibile era de $0,25 \pm 0,03$ mm, în loc de 0,35-0,50 mm, astfel cum a fost stabilit prin clarificările postate de autoritate în SEAP sub nr. De asemenea, ... a mai reținut că mostrele prezentate de ... aveau grosimea de 0,22 mm, neîncadrându-se în intervalul stabilit prin clarificarea postată.

În data de 3 octombrie 2016, ... a formulat notificare prealabilă împotriva deciziei de atribuire, a raportului procedurii, a actelor de comunicare a rezultatului procedurii, precum și a actelor care au stat la baza sau au fost emise ca o consecință a acestora. Aceasta a solicitat în principal anularea procedurii, iar în subsidiar reluarea procedurii de atribuire cu considerarea ofertei contestatoarei ca fiind acceptabilă și conformă.

Răspunsul ... s-a concretizat în comunicarea din 6 octombrie 2016 privind notificarea prealabilă, prin care a respins notificarea, cu reluarea în esență a argumentelor din decizia de atribuire. Petenta acuză autoritatea că nu a efectuat o analiză reală a motivelor de nelegalitate invocate, mulțumindu-se să invoce Decizia CNSC nr. ..., susținând că, sensul clarificării postate este „evident”, precum și faptul că jurisprudența CJUE citată de contestatoare nu este aplicabilă în cauză.

Pentru demonstrarea nelegalității deciziei de atribuire, contestatoarea aduce următoarele argumente:

1. ... a prelungit valabilitatea ofertei depuse până la 30 septembrie 2016. Prin scrisoarea emisă sub nr. ..., ... și-a exprimat acordul de prelungire a valabilității ofertei depuse până la data de 30 septembrie

2016. Astfel, spune aceasta, contrar celor reținute prin decizia de atribuire, a răspuns solicitării adresate de autoritate prin adresa nr. ..., fapt ce face ca excluderea sa pentru acest motiv să fie lipsită de temei legal și abuzivă.

2. Scrisoarea de garanție este constituită cu respectarea documentației de atribuire.

2.1 Indicarea în forma inițială a scrisorii numai a ..., nu a ambilor asociați, a fost o eroare materială corectată chiar de bancă. Scrisoarea de garanție bancară în forma inițială avea în vedere ..., și nu pe ...în nume propriu. Banca, prin precizarea potrivit căreia ofertantul este reprezentat de ..., arată că știa de la început calitatea în care ...îi solicitase emiterea instrumentului de garantare (respectiv de lider al ...). Doar dintr-o eroare materială, susține petenta, ...a fost denumit „ofertant”, în locul ..., în cuprinsul textului inițial al scrisorii.

2.2 Legea nu interzice aducerea unor modificări nesolicitate de autoritate la scrisoarea de garanție. *„Argumentul că oferta ar trebui respinsă pentru că include elemente nesolicitate de autoritatea contractantă este lipsit de temei legal. Potrivit art. 36 alin. (1) lit. a) raportat la art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, respingerea ofertelor este permisă în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor doar în situația în care «nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire», „legea nu interzice aducerea altor modificări/precizări de natură a corecta erori materiale, cu atât mai mult cu cât, în cazul de față respingerea nu a avut loc în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, iar rectificarea erorii materiale inițiale nu a fost realizată de ofertant ci chiar de bancă”.*

2.3 Nicio modificare nu a fost adusă scrisorii de garanție, în afară de cea solicitată expres de Prin indicarea expresă a faptului că „ofertantul” este reprezentat de ..., scrisoarea fiind emisă pe numele ...în calitate de lider al acestei asocieri, nu se aduce o modificare a condițiilor scrisorii de garanție, ci banca face o simplă precizare, îndreptând o eroare materială strecurată în textul inițial al scrisorii. Aceasta rămâne pe fond același act juridic ce produce aceleași efecte și clarifică doar faptul că prin ofertantul în procedură, banca a avut în vedere ... în întregul său.

2.4 Scrisoare de garanție trebuie interpretată în funcție de voința reală a emitentului. În susținerea celor anterior expuse, petenta invocă un principiu general de drept, statuat prin art. 1266 C.civ., actele se interpretează după voința reală a părților, iar nu după sensul literal al termenilor. Pentru determinarea voinței reale a părților trebuie avut în vedere și comportamentul subsecvent al acestora după încheierea actului juridic. Astfel, faptul că banca emitentă și-a recunoscut eroarea materială cu privire la indicarea ofertantului prin emiterea unei erate, confirmă faptul că intenția reală a băncii a fost să emită scrisoarea pentru garantarea obligațiilor

- 2.5 Jurisprudența CNSC și a instanțelor de judecată, în opinia petentei, confirmă că existența unei erori materiale privind denumirea ofertantului în textul instrumentului de garantare nu poate atrage respingerea ofertei. Spre exemplificare face trimitere la Decizia nr. ... unde Curtea de Apel ... a menținut ca legală și temeinică soluția CNSC prin care a fost respinsă contestația introdusă de ofertantul clasat pe locul 2, care susținea că „...oferta câștigătoare ar fi trebuit respinsă ca inadmisibilă deoarece instrumentul de garantare prezentat de către acest ofertant, respectiv scrisoarea de garanție bancară nr. (...), prevedea asigurarea doar a unuia dintre membrii ... - SC ... SRL, nerespectând solicitarea privind modul de prezentare a garanției de participare specificat prin fișa de date a achiziției...”. În mod identic, spune ea, ofertantul clasat pe locul 2 în speța citată invocă faptul că „C.N.SC nu a ținut seama de prevederile extrem de clare din documentația de atribuire privitor la garanția de participare și nici de prevederile legale aplicabile, încălcând principiile tratamentului egal și transparenței (...)”. Atât CNSC (prin Decizia nr. ...), cât și Curtea de Apel ... au respins aceste argumente, Curtea de Apel reținând că: “(...)faptul că în scrisoarea de garanție bancară nu a fost trecută de prima dată (...) ceea ce s-a întâmplat ulterior cu ocazia clarificărilor, nu reprezintă decât un simplu viciu de formă (...)”.
- 2.6 Autoritatea avea obligația de a solicita clarificări în cazul în care considera ca existau ambiguități cu privire la documentele depuse de ofertant. Ulterior ședinței de deschidere a ofertelor, dacă ... avea neclarități cu privire la condițiile scrisorii de garanție și la corectarea de către bancă a erorii inițiale, avea obligația de a solicita clarificări, fără să respingă direct oferta. ... apreciază că oferta a fost respinsă dintr-o pretinsă ambiguitate, fără a da șansa ofertantului de a clarifica aspectele sesizate. Procedând în acest mod, opinia acesteia este că ... a încălcat principiul proporționalității și pe cel al eficienței utilizării fondurilor publice, întrucât a condus la eliminarea unei oferte competitive.
- 2.7 Jurisprudența CJUE cu privire la situațiile în care autoritatea contractantă are obligația de a solicita clarificări ofertanților arată că: „ (...)în toate cazurile în care o ofertă este redactată ambiguu ele (autoritățile) au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are, probabil, o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu este contrară cerințelor de bună-administrare pentru o comisie de evaluare să respingă oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri(...).
- 2.8 Cu privire la vocația generală a jurisprudenței CJUE vizând principiile bunei administrări și proporționalității în materia

achizițiilor publice contestatoarea spune că: „din jurisprudența CJUE ... rezultă că principiile bunei administrări și utilizării eficiente a fondurilor impune autorităților contractante să nu elimine din competiție ofertanți pe motive strict formale, care nu riscă să producă autorităților contractante vreo vătămare...”.

- 2.9 ... este reprezentată în relațiile cu terții de liderul de În ceea ce privește emiterea scrisorii de garanție, petenta afirmă că era firesc ca ... să apară reprezentată de liderul de ..., societatea ..., pe al cărei nume a fost eliberată scrisoarea de garanție. Motivația acestei afirmații rezidă din art. 44 din OUG nr. 34/2006 și din prevederile art. 1951, 1953 C.civ. de unde reiese că ... în participație nu poate dobândi personalitate juridică, iar raporturile juridice se stabilesc, ca regulă, între asociatul-reprezentant (liderul de ...) și terțul cocontractant.
- 2.10 Regimul juridic al răspunderii față de terți. Potrivit art. 1953 alin. (2) C.civ, în raporturile cu autoritatea contractantă, membrii ... sunt ținuti solidar, chiar dacă un act anume ar fi încheiat doar de unul dintre ei (forma inițială a scrisorii fiind consecința unei erori rectificate ulterior de bancă).
- 2.11 Autoritatea contractantă nu a suferit nicio vătămare ca urmare a erorii materiale din textul inițial al scrisorii de garanție. Inclusiv prin forma inițială a scrisorii de garanție, banca emitentă s-a angajat irevocabil să plătească ... la prima cerere
- 2.12 Jurisprudența CNSC cu privire la absența oricărui prejudiciu ca urmare a emiterii scrisorii de garanție doar pe numele liderului de ...: decizia CNSC nr... *anexa 7.1* și decizia ... *anexa 7.2*.
- 2.13 Încercarea ... de a influența comportamentul ... în afara cadrului legal. Contestatoarea afirmă că reprezentanții ... au contactat telefonic reprezentanții ...și le-au „sugerat” să nu prelungească valabilitatea ofertei, întrucât aceasta urma să fie respinsă oricum.
- 2.14 Necesitatea asigurării unei practici unitare reclamă admiterea contestației subscrisei.
- 2.15 Decizia autorității încalcă principiul relativității hotărârilor jurisdicționale. Atât în decizia de atribuire, cât și în răspunsul la notificarea prealabilă, ... subliniază în repetate rânduri că excluderea ... se întemeiază pe considerentele Deciziei CNSC, invocând această hotărâre ca autoritate de lucru judecat.
- 2.16 Decizia de atribuire încalcă dreptul la apărare al Ofertantul parte în litigiul finalizat prin Decizia CNSC a fost exclus la momentul deschiderii ofertelor, în baza unui text de lege ce reglementează special obligațiile autorității în cadrul ședinței de deschidere și în urma unui litigiu în care a avut posibilitatea de a-și prezenta apărările, dar în care aparent nu ar fi probat că ar fi fost vorba de o simplă eroare materială.
- 2.17 Jurisprudența CJUE cu privire la necesitatea respectării dreptului la apărare. Petenta invocă că CJUE a statuat că unei părți într-o procedură contradictorie trebuie să îi fie garantat dreptul de a fi

ascultată atunci când procedura inițiată împotriva sa este susceptibilă a rezulta într-o măsură cu efect negative.

2.18 Nerespingerea ofertei ... nu conduce la încălcarea principiului tratamentului egal. Oferta ... nu a fost respinsă la momentul deschiderii ofertelor, similar cu cea a ofertanților care au fost părți în cauza ce a făcut obiectul deciziei CNSC, ci la momentul evaluării ofertelor, după ce chiar ... solicitase ... prelungirea valabilității scrisorii inițiale, după ce banca emitentă rectificase eroarea și clarificase faptul că scrisoarea de garanție a fost solicitată de ... în numele și pentru ..., moment la care ... nu putea reclama nicio ambiguitate cu privire la textul scrisorii de garanție.

2.19 Elementele de diferență între situația ... și situația ofertantului parte în cauza finalizată prin decizia Consiliului, în opinia petentei sunt:

- chiar autoritatea a solicitat ... prelungirea duratei de valabilitate a garanției inițiale, ceea ce nu a fost cazul în privința celui alt participant a cărui ofertă a fost respinsă în cadrul ședinței de deschidere.
- Contrar celor afirmate de autoritate există o diferență clară între respingerea unei oferte la momentul ședinței de deschidere a ofertelor și respingerea la un moment ulterior.
- ... a indicat în mod clar că realizează o clarificare a erorii materiale din scrisoarea inițială. Diferența față de situația celui alt ofertant exclus pentru același motiv este că, pe când acesta din urmă a afirmat în fața CNSC existența unei erori materiale în propria scrisoare de garanție, dar nu a probat niciodată o astfel de eroare, în cazul ... eroarea a fost recunoscută și chiar rectificată de banca emitentă anterior luării de către autoritate a deciziei de respingere a ofertei.
- Autoritatea ignoră cu bună-știință documentul pe care chiar ea îl solicitase și care era în vigoare la momentul respingerii ofertei ... și se întemeiază pe un document anterior, care nu mai era în vigoare.

3. Conformitatea ofertei depuse de ... este argumentată de petentă după cum urmează:

3.1 Prin întrebarea nr. 13 din clarificările postate de ... sub nr. ..., ofertantul a apreciat că grosimea specificată prin caietul de sarcini pentru cardurile contactless ultralight termosensibile ($0,25 \pm 0,03$ mm) nu este realistă. În acest sens a întrebat dacă poate fi mărită grosimea, cu alte cuvinte, dacă este conformă și o propunere tehnică cuprinzând o specificație diferită cu privire la grosime, decât cea prevăzută în caietul de sarcini.

3.2 Autoritatea a răspuns prin modificarea specificației tehnice inițiale, prevăzând pentru cardurile contactless ultralight termosensibile o grosime de 0,35-0,50 mm. ... nu a indicat însă expres că specificația tehnică inițială se înlocuiește cu noua specificație tehnică.

- 3.3 Interpretarea dată de autoritate în răspunsul la notificarea prealabilă este aceea că, prin clarificările aduse ca răspuns la întrebarea nr. 13 a operat înlocuirea dimensiunii solicitate inițial cu altă dimensiune. Această modificare însă răspunde exclusiv nevoilor unui singur potențial ofertant, în dauna celorlalți, conchide petenta.
- 3.4 Sintagma „se modifică” nu presupune în mod obligatoriu înlocuirea specificației tehnice. Singura interpretare rezonabilă și conformă cu principiile în materia achizițiilor publice este că modificarea extinde cerințele inițiale, pentru a permite participarea a cât mai mult operatori, și nu că le modifică.
- 3.5 ... avea capacitatea de a oferi dimensiunile solicitate inițial. ... nu numai că a oferit o grosime de $0,25 \pm 0,03$ mm, ci chiar a prezentat mostre având grosimea de 0,22 mm.
- 3.6 Discriminarea realizată de autoritate. Potrivit art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, *„Specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici”*.
- 3.7 Respectarea principiului tratamentului egal și non-discriminării presupune o interpretare în sensul extinderii plajei dimensiunilor acceptate. Potrivit art. 2 alin. (1) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, scopul îl reprezintă promovarea concurenței între operatorii economici, precum și garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor.
- 3.8 Autoritatea nu poate opta pentru o interpretare nelegală sub pretextul că un operator economic nu a solicitat clarificarea.
- 3.9 Menținerea valorii estimate a contractului nu poate decât să implice o extindere a plajei dimensiunilor acceptate, iar nu o înlocuire a acestora.
4. Remediile solicitate de ... sunt:
- 4.1 Anularea procedurii, pentru că potrivit prevederilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 și art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere, Consiliul va dispune anularea acesteia.
- 4.2 Reluarea procedurii de la momentul evaluării ofertelor. În situația în care Consiliul va considera că procedura nu este viciată până la punctul la care să fie necesară anularea sa, petenta solicită anularea deciziei de respingere a ofertei, anularea raportului procedurii, anularea actelor de comunicare a rezultatului procedurii, împreună cu toate actele care au stat la bază sau au fost emise ca o consecință a acestora.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestație și documente relevante din dosarul achiziției publice.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație și documentele relevante în soluționarea cauzei atașat

adresei nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., prin care solicită Consiliului respingerea contestației ca fiind neîntemeiată.

În fapt, ... a organizat, în conformitate cu prevederile OUG nr. 34/2006, procedura de licitație deschisă, cu faza finală de licitație electronică, pentru atribuirea acordului-cadru având ca obiect "Cartele magnetice și cartele contactless".

Această procedură a fost demarată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare cu nr. ..., în data de ..., criteriul de atribuire aplicat: *„prețul cel mai scăzut”*. Ședința de deschidere a ofertelor a avut loc în data de 11.04.2016, fiind încheiat procesul verbal nr....

În data de ..., SC ...SRL a depus o contestație împotriva rezultatului procedurii, prin care a solicitat *"anularea procedurii de atribuire"*.

În data de 09.05.2016, a fost primită contestația înregistrată la autoritate cu nr. ..., depusă de ..., prin care s-a solicitat să se constate nelegalitatea și netemeinicia deciziei de anulare a procedurii de atribuire comunicată prin adresa nr. ... din ... (referitoare la Lotul ...) și să se dispună măsuri de remediere constând în obligarea autorității la anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

În data de 01.06.2016, Consiliul a emis Decizia nr. ..., înregistrată la ... cu nr. ..., prin care se dispunea respingerea ca nefondată a contestației formulată de SC ...SRL și admiterea contestației formulate de ..., dispunând *"anularea raportului procedurii nr. ..., încheiat pentru lotul al doilea, precum și finalizarea procedurii prin evaluarea ofertelor pentru acest lot"*.

În urma Deciziei Consiliului, ... a stabilit și adoptat măsurile menite să pună în aplicare decizia acestuia, reluând procesul de evaluare în cadrul Lotului 2 - ... Autoritatea a finalizat procedura de achiziție pentru atribuirea acordului-cadru având ca obiect ..." (Lotul 1 și Lotul 2), în data de ..., întocmind raportul procedurii nr. ...iar, în data ...a transmis comunicările privind rezultatul procedurii mai sus menționate către toți ofertanții implicați.

La data de 04.10.2016, a fost primită ... depusă de ... SA - ...SRL, prin care s-a solicitat remedierea presupuselor încălcări ale legislației aplicabile sesizate de aceasta. În data de 06.10.2016, autoritatea a transmis punctul său de vedere nr. ... față de notificarea mai sus menționată, către ..., prin care s-au promovat explicații suplimentare, menite să asigure o înțelegere mai clară a elementelor pe baza cărora au fost adoptate deciziile în cadrul procedurii.

Prin comunicarea transmisă către ..., autoritatea întărește ideea că nu pot fi adoptate măsurile de remediere solicitate, decizia prin care oferta depusă de aceasta a fost declarată ca fiind inacceptabilă și neconformă, în conformitate cu prevederile art. 36, alin. (1), lit. a) și alin. (2), lit. a) din H.G. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, este temeinică și legal adoptată.

Pe cale de excepție, invocând prevederile art. 245 și art. 430 și următoarele din codul de procedură civilă, autoritatea ridică excepția autorității de lucru judecat în ceea ce privește soluția Curții de Apel București - Secția a VIII - a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul

nr. ... cu privire la legalitatea deciziei acesteia în ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertei SC ...SRL (evaluare similară cu cea a ...SA).

Astfel, autoritatea face trimitere la decizia nr. ... cu obiect dedus judecății, plângere împotriva deciziei Consiliului nr. ... în care Curtea de Apel București s-a pronunțat ca fiind corecte considerentele Consiliului și deci, ca fiind legală și temeinică soluția autorității contractante.

Prin urmare, a fost investită cu putere de lucru judecat de către instanța Curții de Apel București, cauza SC ...SRL versus ... și ... (nn. litigiu provenit din aceeași procedură, respectiv ..."), faptul că scrisoarea de garanție bancară prezentată nu întrunea condițiile necesare pentru a asigura respectarea dispozițiilor art. 84 din HG nr. 925/ 2006 și ale art. 431.

Ca o concluzie preliminară, față de toate considerentele anterior expuse, autoritatea consideră că nu a încălcat principiul bunei credințe în derularea procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică, în ceea ce privește oferta ..., masura fiind legală și temeinică. Pentru acest motiv solicită Consiliului admiterea excepției mai sus menționate așa cum a fost ea formulată.

Pe fond, cu referire la motivarea contestației, în Capitolul III „Nelegalitatea deciziei de atribuire”, autoritatea consideră că aceasta este neîntemeiată și prezintă în continuare argumente privind caracterul nesusținut al motivelor invocate punctual de contestatoare, după cum urmează:

1. Autoritatea susține că a constatat o serie de elemente care dovedesc neînțelegerea motivelor care au determinat respingerea ofertei contestatoarei. Așadar, consideră necesar să revină și să le sublinieze așa cum au fost ele comunicate prin adresa nr. ..., din care citează în continuare: *„...oferta dvs. depusă ..., a fost declarată inacceptabilă și neconformă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit a) și alin. (2) lit a) din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, din următoarele considerente: scrisoarea de garanție bancară ..., în sumă de ... lei, valabilitate până la 10.08.2016 ..., depusă de ofertantul ... SA - ...SRL a fost constituită în numele SA și nu în numele ..., așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire la Capitolul III. 1.La (i) Garanție pentru participare / Quantum garanție de participare, punctul 6. În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii ..., aspect care nu a fost sesizat în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor”*. Drept urmare, autoritatea declară oferta ... depusă pentru Lotul 2 - ..., ca fiind inacceptabilă.

... precizează în continuare că în cadrul propunerii tehnice grosimea cardurilor propusă este $0,25 \pm 0,03\text{mm}$, dimensiune care nu respectă cerința obligatorie stabilită, astfel cum a fost aceasta prevăzută prin clarificarea nr. ... și erata nr. 86095/03.03.2016, publicate în SEAP. Mostrele prezentate au grosimea de 0,22 mm, aspect care se constituie deasemenea ca abatere de la cerința stabilită (62,8% din grosimea minimă de 0,35 mm solicitată de ...).

Prin urmare, cu privire la elementul de neconformitate, privind dimensiunea cardurilor contactless, autoritatea spune că aceasta nu poate fi încadrată în categoria viciilor de formă, iar solicitarea unei clarificări ar fi determinat, fie modificarea propunerii tehnice, fie recunoașterea neconformității, în ambele situații, decizia fiind de respingere a ofertei ca fiind neconformă.

În ceea ce privește textul comunicării privind rezultatul procedurii, transmisă prin adresa nr. susține că a inclus, pe lângă motivele concrete și prevederile legale incidente. Astfel, în textul comunicării, se regăsesc elemente care au drept scop clarificarea cu privire la contextul adoptării deciziei, elemente dintre care cităm în continuare câteva considerate relevante: *„...comisia de evaluare a avut în vedere elementele ce rezultă din Decizia CNSC nr. ..., ca măsuri ce urmează a fi aplicate în procesul de evaluare cu privire la oferta depusă de, măsuri care asigură tratamentul egal în cadrul procedurii, respectiv respingerea ofertei depusă de și comunicarea ... privind rezultatul procedurii «Autoritatea sesizând că și ofertanta SA - ...SRL se află în aceeași situație cu ofertanta SRL- SC ... SA, trebuia să o respingă pe aceasta, tocmai pentru egalitate de tratament...».*

Autoritatea concluzionează: comisia de evaluare a stabilit că modificarea dispusă de ofertant la nivelul scrisorii de garanție bancară nu poate fi luată în considerare în sensul revenirii asupra deciziei privind declararea ofertei ca fiind inacceptabilă (art. 36 alin. 1 lit. a din HG 925/2006) pentru următoarele motive:

- în cadrul procesului de evaluare, reluat conform celor dispuse prin Decizia CNSC nr. ... *„autoritatea ... trebuia să o respingă pe aceasta, tocmai pentru egalitate de tratament, nefiind nici o diferență de statut dacă o oferta este respinsă prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, sau prin procesul verbal de deschidere a ofertelor”.*

- autoritatea precizează că a acționat în sensul instrucțiunilor ce decurg din textul Deciziei, având în vedere calitatea ofertantului de operator economic implicat în procedură conform art. 206 alin. (V) din OUG 34/2006 precum și ținând seama de obligația prevăzută de art. 6 alin. (2) din HG 925/2006, solicitând prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei depuse și a scrisorii de garanție bancară fără alte modificări la scrisoarea de garanție.

Pe de altă parte, față de afirmațiile contestatoarei „decizia de atribuire încalcă dreptul la apărare” autoritatea evidențiază o serie de aspecte care, în opinia ei, sunt de natură să le infirme. Astfel, contestatoarea invocă faptul că *„nu și-a putut prezenta argumentele, nedându-i-se dreptul la apărare”*, autoritatea argumentează: *„în conformitate cu obligația clar prevăzută la art. 271 alin. (2) din OUG 34/2006, ... contestatoarea a fost informată cu privire la contestația depusă de ofertantul - SC ...SRL (primind o copie a documentului), legiutorul având în vedere prin această obligație dispusă imperativ pe seama autorității contractante, asigurarea unei informări transparente pentru toți operatorii economici implicați în procedură, menită să permită posibilitatea de intervenție”*

Astfel, ... spune că adresa nr. ..., era menită să elucideze motivele concrete, determinate de situația constatată cu privire la oferta sa, motive care au stat la baza adoptării deciziei de anulare a procedurii pentru Lotul 2. Așadar, contestația a fost informată cu privire la contestația depusă de ... (primind o copie a documentului), având în mod legal dreptul de intervenție. Mai mult, autoritatea menționează că a asigurat publicarea în SEAP a deciziei pronunțate de CNSC în cadrul procedurii asigurând astfel prin informarea transparentă prevăzută de legiuitor ca obligație pe seama autorității contractante, opozabilitatea și aplicabilitatea acestor decizii față de toți operatorii economici implicați în procedură.

Față de aspectele evidențiate mai sus, autoritatea consideră că prin comunicările și informările asigurate în mod transparent, ... a avut la dispoziție toate informațiile de natură să-i permită exercitarea dreptului prevăzut de lege.

Față de afirmația contestatoarei că scrisoarea de garanție a fost constituită cu respectarea documentației de atribuire, ... o consideră neîntemeiată. Astfel, analizând instrumentul de garantare depus de ..., autoritatea susține că se constată evidențierea denumirii ofertantului SC ...SA. Așa cum rezultă din conținutul scrisorii de garanție bancară, toate condițiile de executare a garanției bancare privesc exclusiv un comportament necorespunzător al ofertantului SC ...SA, ofertant care nu există în cadrul procedurii rezultând în mod evident faptul că scrisoarea de garanție bancară prezentată, nu întrunea condițiile necesare pentru a asigura respectarea dispozițiilor art. 84 din H.G. nr. 925/2006 și ale art. 431 din O.U.G. nr. 34/2006.

Totodată, precizează autoritatea, afirmațiile contestatoarei privind corectarea de către bancă, din proprie inițiativă, a erorii materiale inițiale, corectare menită să clarifice că *„prin ofertantul în procedura de atribuire, banca a avut în vedere ... în întregul său”*, sunt contrazise de textul amendamentului la scrisoare nr. ... prezentat de ofertant, prin care se precizează explicit: *„urmarea instrucțiunilor ordonatorului, vă informăm că scrisoarea de garanție se modifică în sensul următor...”*.

Autoritatea susține în continuare că:

- contestația recurge la negarea unor aspecte cum ar fi faptul că a solicitat băncii emitente modificarea/corectarea scrisorii de garanție, în condițiile în care contestația luase la cunoștință de deciziile pronunțate de CNSC în cadrul procedurii (decizii opozabile tuturor operatorilor economici implicați în procedură).
- în repetate rânduri în cuprinsul contestației, contestația invocă solicitarea formulată de autoritate nr. ..., ca temei al acțiunilor sale referitoare la instructarea expresă a băncii, acțiuni pe care ulterior nu le recunoaște ca aparținându-i, tot în cuprinsul contestației afirmând că banca, din proprie inițiativă a clarificat, faptul că înțelege prin ofertantă, ...
- solicitarea ... nu putea fi interpretată în nici un caz ca fiind formulată în sensul de a crea un avantaj ofertantului SA
- ...SRL prin aplicarea unui tratament diferențiat față de ceilalți

oferanți aflați în situații similare/identice, cu încălcarea evidentă a aspectelor de raționament care se regăsesc în motivarea Deciziei Consiliului nr. ...

3. Cu referire la aspectele invocate de ..., în susținerea obligației instituită de legiuitor pe seama autorității de a clarifica orice aspect legat de oferte, înainte de a dispune respingerea acestora, opinia autorității este că aceste considerații nu sunt susținute, având în vedere faptul că din prevederile legislației aplicabile se desprinde o abordare diferențiată:

-pe de o parte, documentele de calificare și oferta (documente față de care într-adevar legiuitorul prevede, în repetate rânduri, obligația autorității contractante de a clarifica orice element de neclaritate).

-pe de altă parte, pentru documentul privind constituirea garanției, legiuitorul a prevăzut expres la art. 33 alin. (3) litera b) permisiunea respingerii, chiar din ședința de deschidere, a ofertelor care nu sunt însoțite de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire.

Astfel, interpretează autoritatea, intenția legiuitorului rezultă foarte clar și din faptul că, prin HG 834/2009 au fost aduse modificări prevederilor 33 alin. (3) litera b). Așadar, este evident că în accepțiunea acestuia, garanția pentru participare la procedură este singurul document care se depune împreună cu oferta și față de care este permisă adoptarea deciziei de sancționare cu respingerea ofertei.

4. În raport de aspectele ce decurg din prevederile legislației aplicabile, ... consideră că extrasele citate din jurisprudenta CJUE, nu prezintă relevanță în situația dată, având în vedere că acestea fac referire în principal la documentele ofertei, nu la documentul privind constituirea garanției de participare la procedură, față de care legiuitorul a instituit reguli particulare.

5. Cu referire la cel de-al doilea motiv care a stat la baza respingerii ofertei, autoritatea subliniază: *„în cadrul propunerii tehnice pag. 16, grosimea propusă este 0,25 ±0,03mm, dimensiune care nu respectă cerința obligatorie stabilită, astfel cum a fost aceasta prevăzută prin clarificarea nr. ... și erata nr. ..., publicate în SEAP. Deasemenea, mostrele de carduri contactless ultralight termosensibile nu îndeplinesc cerința stabilită cu privire la dimensiuni, respectiv grosimea acestora nu respectă cerința obligatorie, astfel cum a fost aceasta amendată prin clarificarea nr. ... și erata nr. ..., publicate”*.

Într-o argumentare finală, autoritatea menționează că: afirmațiile ... cum că a interpretat răspunsul la clarificare în sensul *„extinderii plajei dimensiunilor acceptate de autoritate ca fiind conforme, iar nu a excluderii conformității dimensiunilor solicitate inițial”* sunt nesusținute. Operatorii economici aveau posibilitatea, conform art. 78, alin (1) din OUG 34/ 2006 cu modificările și completările ulterioare, de a clarifica orice aspecte legate de cerințele documentației de atribuire, anterior depunerii ofertelor, astfel încât să poată elabora oferta în bune condiții și nu pe baza propriilor interpretări.

Având în vedere răspunsul la întrebarea nr. 13 din clarificarea nr. ... în care se menționează clar că *„Capitolul XXIV- Condiții tehnice se modifică astfel: Cardurile contactless ultralight termosensibile se vor livra sub formă de șir pliant „fan-fold” cu următoarele caracteristici tehnice: grosime - 0,35- 0,50 mm”*, autoritatea consideră că, în situația în care răspunsul conținea, în opinia contestatorului, elemente de ambiguitate, o soluție simplă și corectă era aceea de a solicita clarificări suplimentare, nu de a face interpretari. Mai mult decât atât, autoritatea crede că aceasta se constituie din partea contestatoarei ca invocare a propriei culpe de a nu fi respectat, prin oferta depusă, o cerință stabilită în cadrul procedurii (prin clarificare și erată), motivând această nerespectare prin invocarea unui aspect de neclaritate în răspunsul autorității contractante.

Față de toate considerentele arătate mai sus, ... solicită Consiliului: să respingă ca neîntemeiată contestația depusă cu privire la procedura „...”- Lotul 2 - ...”.

Prin adresa nr., transmisă contestatoarei SC ... SRL Consiliul a solicitat ca, până la data de ..., ora ..., să transmită punctul de vedere cu privire la excepția lipsei de interes a înaintării prezentei contestații.

Contestatoare a transmis note scrise prin adresa fără număr înregistrată la Consiliul sub nr. 35231/17.11.2016 prin care răspunde după cum urmează:

1. Excepția lipsei de interes.

1.1. Excepția este inadmisibilă/ tardivă

Contestatoare afirmă că nu are cunoștință ca excepția lipsei de interes să fi fost ridicată de către autoritatea contractantă. În cazul în care excepția a fost ridicată din oficiu de CNSC, spune că aceasta este inadmisibilă, întrucât excepția lipsei de interes este o excepție de ordine privată, care nu poate fi ridicată din oficiu de instanța de judecată.

Pe de alta parte, în cazul în care a fost ridicată de ... ulterior formularii punctului de vedere asupra contestației, excepția este ridicată tardiv.

Făcând referire art. 26 alin. (1) și (6) din legea 101/2016 *”Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond... Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond”*, petenta spune că aceste dispoziții se referă în mod expres la soluțiile pe care le poate pronunța CNSC pe excepțiile procesuale, *dar nu și la cazurile în care și procedura cu care pot fi ridicate excepțiile, completează acesta.*

În opinia contestatoarei scopul acestui text este de a acorda CNSC aceleași puteri procedurale pe care le are și instanța de judecată, iar nu puteri mai largi decât ale instanței. Procedura de invocare a excepțiilor, inclusiv din perspectiva persoanelor îndreptățite a le invoca, este cea stabilită de dreptul comun, cu care legea 101/2016 se completează, potrivit art. 68 din aceasta.

În completarea punctului de vedere contestatoarea spune:

- Art. 246 din Codul de procedură civilă clasifică excepțiile procesuale în excepții absolute, prin care se invocă încălcarea unor norme de ordine publică, și excepții relative, prin care se invocă încălcarea unor norme ce ocrotesc cu precădere interesele părților.
- Art. 247 C. proc. civ. prevede ca excepțiile absolute pot fi invocate de parte sau de instanța în orice stare a procesului. Dimpotrivă, excepțiile relative pot fi invocate numai de partea care justifică un interes.
- Excepția lipsei de interes este o excepție relativă, ce nu poate fi invocată din oficiu de instanță (sau de organismul administrativ-jurisdicțional), iar de ... ar fi putut fi formulată numai odată cu punctul de vedere asupra contestației.

În consecință, spune petenta, în cazul în care a fost invocată din oficiu de CNSC, excepția este inadmisibilă. În cazul în care a fost ridicată de ... ulterior formulării punctului de vedere, excepția este tardiv formulată.

1.2. Excepția este neintemeiată

În situația în care CNSC va trece la analiza pe fond a excepției, aceasta este neintemeiată din perspectiva dreptului comun aplicabil (art. 33 C. proc. civ.), interesul procesual se referă fie la avantajul urmărit prin promovarea acțiunii, fie la vătămarea concretă pe care partea dorește să o evite astfel.

Astfel, petenta spune că a atacat actelor autorității contractante, acte despre existența cărora a luat cunoștință prin comunicarea ... din data de 22 septembrie 2016. Contestatoarea apreciază că interesul de a acționa este evident și rezultă tocmai din eliminarea din procedura a ofertei acesteia. Admiterea excepției lipsei de interes ar însemna să se considere că actele atacate nu produc niciun prejudiciu, ceea ce, în opinia acesteia, este în mod evident eronat.

Ca o consecință a aspectelor de drept comun arătate mai sus, petenta precizează că textul legii speciale care reglementează problema interesului nu este art. 206 alin. 11 din OUG 34/2006, ci art. 2 din legea 101/2016 care leagă în mod firesc cerința interesului. Actele pe care le atacă, aceasta apreciază că sunt în mod incontestabil de natură să o prejudicieze, drept urmare interesul de a acționa există, iar excepția trebuie respinsă.

În continuarea contestatoarea face următoarele afirmații:

- noțiunea de „operator implicat” are legătură cu destinatarul informării, nu cu interesul acestora în a ataca acte ale autorității contractante.
- Asocierea este operator implicat, de vreme ce autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul evaluării ofertei sale.
- interesul procesual al ... ar trebui analizat nu prin raportare la actele pe care le atacă prin care se consideră vătămăți, ci la un act anterior, raportul procedurii ..., act care nu mai poate produce nici un efect juridic întrucât a fost anulat de CNSC.

Referindu-se la decizia pronunțată în legatura cu raportul din data de 27.04.2016, petenta spune că CNSC a anulat acest act, a obligat autoritatea contractantă să finalizeze procedura *"prin evaluare ofertelor depuse"*, formulare care poate fi interpretată doar în sensul de a include oferta Asocierii, de vreme ce la acel moment mai erau doar două oferte în procedură și deci era firesc ca procedura să fie reluată de la momentul anterior actului anulat, iar la acel moment aceasta participa la procedură cu ofertă, având calitatea de operator implicat, și de persoană interesată.

În încheiere contestatoare afirmă că a avut la dispoziție numai o versiune incompletă a deciziei CNSC în legătură cu raportul ..., din care informațiile referitoare la numele părților au fost șterse. Cu toate acestea, aceasta apreciază că din ultimul paragraf de la pagina 36, pare să rezulte că CNSC s-a pronunțat în sensul că autoritatea contractantă ar fi avut obligația să respingă oferta ..., deși aceasta nu a fost parte în contestația respectivă, iar obiectul contestației nu includea analiza conformității ofertei contestatoarei.

Cu privire la componența completului, contestatoarea consideră că sunt incidente prevederile art. 42 alin. (1) pet. 1 și 13 din Codul de procedură civilă, motiv pentru care invocă incompatibilitatea în soluționarea prezentei contestații.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „...”, SC ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, pe loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...din ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Valoarea estimată a procedurii este situată între ... lei și ... lei.

La termenul limită de depunere a ofertelor, au fost depuse 5 oferte, astfel cum rezultă din procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ..., două dintre oferte fiind respinse în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor pentru nereguli în ceea ce privește garanția de participare (... - ... SA și ...), pentru lotul I fiind depuse două oferte, respectiv ... și ..., iar pentru lotul al doilea, au fost depuse, de asemenea, două oferte, respectiv ... și ... SA - ...S.R.L.

Potrivit raportului procedurii nr. ..., încheiat pentru lotul al doilea, procedura a fost anulată, autoritatea contractantă reținând că s-a descoperit în cazul ... SA - ...SRL o situație "similară" cu cea pentru care oferta ... - ... SA, respectiv faptul că garanția de participare era pe numele unui asociat, nefiind menționat ofertantul, respectiv ... SA - ...SRL.

... - ... SA a depus contestație în urma respingerii ofertei sale în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, solicitând anularea întregii proceduri de atribuire. Ulterior, autoritatea contractantă a luat decizia anulării procedurii de atribuire pentru lotul al doilea, pentru motivul arătat mai sus, fapt ce a generat depunerea unei contestații din partea ..., solicitând anularea deciziei de anulare a procedurii pentru lotul al doilea.

Contestațiile în cauză au fost soluționate de Consiliu prin decizia nr. ..., potrivit căreia „În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu SC ... SA și dispune anularea raportului procedurii nr. ..., încheiat pentru lotul al doilea, precum și finalizarea procedurii prin evaluarea ofertelor depuse pentru acest lot.

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu SC ... SA, iar în temeiul alin. (6) al aceluiași articol, dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză”.

În motivarea acestei decizii, Consiliul a reținut următoarele:

„Din analiza acestor motive, Consiliul constată că decizia de anulare a procedurii în partea dedicată lotului 2 este nefondată. Autoritatea sesizând că și ofertanta ... SA - ...SRL se află în aceeași situație cu ofertanta ... SC ...SRL – SC ... SA, trebuia să o respingă pe aceasta, tocmai pentru egalitate de tratament, nefiind nicio diferență de statut dacă o ofertă este respinsă prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii sau prin procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor. Astfel cum a procedat autoritatea contractantă, aceasta a nedreptățit, practic, pe ofertanta ..., punând-o pe același plan cu ofertanta ... SA - ...SRL, deși garanția sa era legal constituită. Argumentele autorității contractante în sprijinul măsurii de anulare a procedurii de atribuire au la bază susțineri referitoare la o abordare interesată a ofertantei ..., care, rămânând singură în competiție, dorește să i se atribue contractul. În realitate, dorința de a i se atribui contractul îi conduce pe toți participanții la procedură, iar legislația achizițiilor publice este certă în ceea ce privește continuarea procedurii cu un singur ofertant, în situația în care oferta sa este singura admisibilă.

Prin urmare, încălcarea tratamentului egal în situația ofertelor depuse de ... SC ...SRL – SC ... SA și ... SC ...SA – SC ...SRL pe motiv că ar fi respinse în etape diferite nu este considerată de Consiliu drept un temei valabil pentru anularea procedurii de atribuire, prin urmare, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, va admite contestația ..., în contradictoriu cu SC ... SA și va dispune anularea raportului procedurii nr. ..., încheiat pentru lotul al doilea, precum și finalizarea procedurii prin evaluarea ofertelor depuse pentru acest lot”.

Decizia în cauză a fost atacată cu plângere de SC ...SRL, fiind respinsă prin decizia nr. ... de către Curtea de Apel București, pronunțată în dosarul nr. ..., contestatoarea ... SRL nefiind parte în acel dosar.

În motivarea deciziei sale, Curtea de apel a reținut următoarele: *„În ceea ce privește critica pe care petenta o formulează împotriva deciziei Consiliului, solicitând explicit menținerea măsurii dispusă de autoritatea contractantă privind anularea procedurii de atribuire, deci și, indirect, anularea deciziei Consiliului, Curtea reține că aceasta nu este întemeiată. Astfel, în mod corect a reținut Consiliul faptul că autoritatea, sesizând că și ofertanta ... SRL se află în aceeași situație cu ... SC ...SRL – SC ... SA trebuie să o respingă pe aceasta, tocmai pentru egalitate de tratament, neexistând niciun text normativ care să interzică autorității să repare o eroare pe care a realizat-o în ședința de*

deschidere a ofertelor, cu privire la garanția de participare. Astfel cum corect remarcă CNSC, soluția autorității contractante a nedreptățit pe ofertantul ..., punându-l pe același plan cu un ofertant care nu avea garanția legal constituită, deși ... avea legal constituită o atare garanție".

În urma Deciziei Consiliului, ... a stabilit și adoptat măsurile menite să pună în aplicare decizia acestuia, reluând procesul de evaluare în cadrul Lotului 2 - Autoritatea a finalizat procedura de achiziție pentru atribuirea acordului-cadru având ca obiect ..." (Lotul 1 și Lotul 2), în data de 22.09.2016, întocmind raportul procedurii nr. ...iar, în data 22.09.2016 a transmis comunicările privind rezultatul procedurii mai sus menționate către toți ofertanții implicați.

Potrivit acestui ultim raport, oferta contestatoarei ... SRL a fost declarată inacceptabilă, fiindu-i comunicată adresa nr. ..., în care se menționează următoarele: *"...oferta dvs. depusă pentru LOTUL 2 - ..., a fost declarată inacceptabilă și neconformă, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) lit a) și alin. (2) lit a) din H. G. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, din următoarele considerente: scrisoarea de garanție bancară ..., în sumă de ... lei, valabilitate până la 10.08.2016 ..., depusă de ofertantul ... SA - ...SRL a fost constituită în numele ...SA și nu în numele ..., așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire la Capitolul III. 1.La (i) Garanție pentru participare / Quantum garanție de participare, punctul 6. În cazul unei asocieri, instrumentul de garantare trebuie să nominalizeze toți membrii ..., aspect care nu a fost sesizat în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor".*

Cu referire la cel de-al doilea motiv care a stat la baza respingerii ofertei ca neconformă, autoritatea menționează în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, următoarele: *"în cadrul propunerii tehnice pag. 16, grosimea propusă este $0,25 \pm 0,03\text{mm}$, dimensiune care nu respectă cerința obligatorie stabilită, astfel cum a fost aceasta prevăzută prin clarificarea nr. ... și erata nr. 86095/03.03.2016, publicate în SEAP. De asemenea, mostrele de carduri contactless ultralight termosensibile nu îndeplinesc cerința stabilită cu privire la dimensiuni, respectiv grosimea acestora nu respectă cerința obligatorie, astfel cum a fost aceasta amendată prin clarificarea nr. ... și erata nr. ..., publicate".*

Ca urmare a acestui rezultat al procedurii, a depus contestația în analiză SC ...SA, solicitând anularea acestui rezultat.

Analizând cu precădere excepția autorității de lucru judecat invocată de autoritatea contractantă, motivat de faptul că decizia de respingere a ofertei depuse de ... contestatoare a fost investită cu putere de lucru judecat de către instanța Curții de Apel București, cauza SC ...SRL versus ... și ... (litigiu provenit din aceeași procedură, respectiv "..."), faptul că scrisoarea de garanție bancară prezentată nu întrunea condițiile necesare pentru a asigura respectarea dispozițiilor art. 84 din HG nr. 925/ 2006 și ale art. 431 din codul de procedură civilă,

Astfel, invocând prevederile art. 245 și art. 430 și următoarele din codul de procedură civilă, autoritatea ridică excepția autorității de lucru

judecat în ceea ce privește soluția Curții de Apel București - Secția a VIII - a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. ... cu privire la legalitatea deciziei acesteia în ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertei SC ...SRL (evaluare similară cu cea a ...SA). Autoritatea face trimitere la decizia nr. ... cu obiect dedus judecății, plângere împotriva deciziei Consiliului nr. ... în care Curtea de Apel București s-a pronunțat ca fiind corecte considerentele Consiliului și deci, ca fiind legală și temeinică soluția autorității contractante.

După cum s-a afătat mai sus, ... SRL nu a fost parte în respective cauză.

Potrivit art. 430 din Codul de procedură civilă, „(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”.

De asemenea, dispozițiile art. 431 alin. (2) din același act normativ arată că **oricare dintre părți** poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă, iar dispozițiile art. 435 alin. (2) din codul de procedură civilă stabilesc că hotărârea judecătorească **este opozabilă unei terțe persoane** atâta timp cât aceasta din urmă nu face dovada contrară.

Întrucât ... SRL nu a fost parte în dosarul anterior, nu se poate invoca autoritatea de lucru judecat față de aceasta, dispozițiile art. 431 alin. (2) referindu-se la invocarea acesteia în relațiile dintre părți. Cu toate acestea, hotărârea îi este opozabilă contestatoarei, deși nu a participat la proces, așa cum este opozabilă tuturor terților. În situația specială a unei proceduri de achiziție publică, deciziile Consiliului și ale curților de apel se aduc la cunoștința tuturor operatorilor participanți în procedură prin comunicări sau publicare pe SEAP, deci hotărârea instanței și decizia Consiliului era cunoscută operatorului economic, deci autoritatea contractantă o poate invoca în relațiile cu partea, deși nu are autoritate de lucru judecat față de aceasta. Având în vedere cele expuse, Consiliul va respinge ca nefondată excepția autorității de lucru judecat, stabilind că deciziile în cauză pot fi invocate ca probe în sprijinul deciziei autorității contractante. În acest sens a decis Înalta Curte de Casație și Justiție *Secția civilă și de proprietate intelectuală, în decizia nr. ... „Actul jurisdicțional, (ca orice act juridic, în general) **produce pe lângă efecte obligatorii între părți, întemeiate pe principiul relativității, și efecte de opozabilitate față de terți.** Ca element nou apărut în ordinea juridică și în cea socială, hotărârea nu poate fi ignorată de terți, sub motiv că nu au participat în procesul finalizat prin adoptarea ei. **Față de aceștia însă, hotărârea se va opune cu valoarea unui fapt juridic și cu valoarea unui mijloc de probă, (respectiv, de prezumție relativă).** În ce privește susținerea reclamantului, potrivit căreia hotărârile nu i-ar fi opozabile, întrucât nu a fost parte în proces, a fost înlăturată cu motivarea că, fără a se impune terțelor persoane, efectele obligatorii ale hotărârii, în același timp, acestea nu pot să ignore ceea ce s-a statuat judecătorește irevocabil. Aceste hotărâri irevocabile, intrate în puterea lucrului judecat, îi sunt opozabile reclamantului chiar dacă nu a fost parte*

în proces, întrucât potrivit art. 1200 pct. 4 Cod civil, statuările instanțelor judecătorești au valoarea unor prezumții legale, provin de la o putere publică și se răsfrâng indirect și asupra terților. În privința efectelor recunoscute de instanță hotărârile judecătorești pronunțate în procese anterioare, critica este de asemenea nefondată. Este ceea ce a reținut și instanța de apel, atunci când a făcut referire la dispozițiile art. 1200 pct. 4 Cod civil și la faptul că statuările unor hotărâri irevocabile, cu valoare de prezumții legale, se răsfrâng în mod indirect și asupra terților. În același timp, pentru că terțul (în speță, recurentul-reclamant), nu a participat la dezbaterea judiciară finalizată prin hotărârea judecătorească ce i se opune (și astfel, nu și-a putut face propriile apărări), el are posibilitatea ca în cadrul procesului ulterior, prin administrare de probe, să răstoarne prezumția invocată de parte și care față de el are doar valoare relativă, (caracterul absolut al prezumției legale funcționând, în condițiile art. 1202 alin. 2 Cod civil, doar în relațiile dintre părți). De asemenea, recurentul face confuzie între principiul relativității efectelor hotărârii judecătorești (care presupuse într-adevăr, ca obligativitatea acestor efecte și autoritatea lucrului judecat să se impună numai părților) și principiul opozabilității aceluiași efecte se manifestă în relația cu terții, interzicând acestora să le ignore și să le încalce, câtu fac dovada unei alte realități juridice)".

Prin urmare, contestatoarea trebuia să dovedească faptul că în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor avea garanția legal constituită, respective pe numele ..., și nu pe numele asociatului ...SA, fapt care nu s-a produs.

În același timp, după cum rezultă din expunerea cronologică de mai sus, ... SRL nu a contestat primul raport al procedurii potrivit căruia s-a reținut nelegalitatea garanției sale, autoritatea contractantă luând decizia anulării întregii proceduri de atribuire, deși exista o ofertă cu garanția legal constituită. Contestatoarea ...SA vine în această etapă procedurală, *ommissio medio*, contestând cel de-al doilea raport al procedurii, deși situația ofertei sale este neschimbată față de primul raport al procedurii. Întrucât procedura în analiză este guvernată de dispozițiile OUG nr. 34/2006, Consiliul constată că acest operator economic nu mai este operator economic implicat în procedura de atribuire, astfel cum este acesta definit de art. 206 alin. (1¹) din OUG nr. 34/2006 „În sensul prevederilor alin. (1), se consideră operator economic implicat în procedura de atribuire orice candidat/ofertant pe care autoritatea contractantă nu l-a informat încă despre decizii care îi vizează direct candidatura/oferta proprie sau orice candidat/ofertant a cărei candidatură/ofertă nu a fost încă respinsă definitiv de autoritatea contractantă. O respingere este considerată definitivă dacă a fost comunicată operatorului economic în cauză și fie a fost considerată legală de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sesizat în legătură cu acest aspect, fie nu a făcut ori nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Necontestând primul rezultat al procedurii stabilit în baza raportului procedurii nr. ..., încheiat pentru lotul al doilea, conform căruia procedura a fost anulată, pe motiv că și în cazul ... SA - ...SRL s-a descoperit o situație "similară" cu cea pentru care oferta ... - ... SA, respectiv faptul că garanția de participare era pe numele unui asociat, nefiind menționat ofertantul, respectiv ... SA - ...SRL, ... nu poate contesta acum noul raport al procedurii, identic în ceea ce privește situația ofertei sale, dar

diferit în ceea ce privește soarta procedurii, respectiv finalizarea acesteia prin desemnarea unui câștigător.

Întrucât a dovedit că soarta procedurii nu o interesează, necontestând măsura respingerii ofertei sale și anularea procedurii, contestatoarea s-a dovedit interesată abia în momentul în care a primit un rezultat referitor la desemnarea drept câștigătoare a unui alt operator economic, ceea ce conduce la concluzia că aceasta nu are un interes legitim și personal în cauză.

Astfel, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității excepției lipsei de interes, invocată de contestatoare, legitimarea procesuală activă fiind una dintre condițiile de admisibilitate a oricărei cereri în justiție. Astfel, chiar dacă autoritatea contractantă nu a invocat excepția lipsei de interes, fiind o excepție de ordine publică, atât instanța, cât și Consiliul o pot invoca oricând, în acest sens este și decizia Curții de apel București nr. ..., care într-o speță similară a decis următoarele: „În condițiile în care ... SC ... SA - SC ... SRL nu a formulat contestație la CNSC cu privire la decizia autorității contractante de a declara oferta sa neconforma și inacceptabilă inacceptabila, nu se poate considera că, ulterior reluării procedurii de achiziție publică, după pronunțarea Deciziei CNSC nr. x/x/xxx/.2015 și respingerea de către instanță a plângerii formulate împotriva acesteia de către autoritatea contractantă, această ... are calitatea de operator economic implicat în procedura de atribuire.

Potrivit dispozițiilor legale sus menționate (art. 206 alin. (1¹) din OUG nr. 34/2006), respingerea ofertei depusă de ... SC ... SA - SC ... SRL este definitivă, întrucât a fost comunicată operatorului economic în cauză nu a făcut obiectul unei căi de atac, astfel că la reluarea procedurii de achiziție publică autoritatea contractantă nu mai putea proceda la reevaluarea acesteia”.

În acest sens, sunt și alte opinii ale curților de apel din întreaga țară. Prin urmare, ceea ce se consfințește prin practica cvasiunanimă a instanțelor, este faptul că din moment ce operatorul economic nu a contestat un rezultat al procedurii care îi era defavorabil, nu își poate îmbunătăți situația profitând de calea de atac exercitată de alt operator economic. Cu atât mai mult cu cât contestatoarea avea cunoștință de existența procesului anterior, fiind mulțumită la acel moment, de altfel singurul la care își putea exercita calea de atac, cu soluția autorității contractante de anulare a procedurii pe motiv că însăși ea, contestatoarea din prezenta cauză, nu își constituise garanția în condiții legale, acest aspect fiind consemnat și în raportul anterior al procedurii, și în adresa de comunicare, în decizia Consiliului și a Curții de Apel.

Codul de procedură civilă stabilește:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;*
- b) are calitate procesuală;*
- c) formulează o pretenție;*
- d) justifică un interes.*

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33. - *Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual*”.

În analiza criticilor la adresa noului raport al procedurii este necesară identificarea existenței interesului determinat, legitim, personal, născut și actual al autoarei. Consiliul constată că aceasta nu are un interes în promovarea lor, deoarece interesul său nu este legitim, din moment ce oferta sa a fost stabilită ca inacceptabilă pentru constituirea nelegală a garanției de participare încă din etapa anterioară a evaluării ofertelor, în baza raportului procedurii nr. ..., act necontestat de

În etapa actuală se verifică dacă măsurile adoptate de autoritatea contractantă sunt de natură să o prejudicieze pe contestatoare. Or, dacă oferta ei a fost în considerată inacceptabilă, neatacând-o la momentul stabilirii acestui rezultat, orice demers al acesteia la acest moment nu îi aduce vreun folos practice, autoritatea contractantă nefăcând altceva în ceea ce o privește, decât să preia mențiunile din vechiul raport al procedurii cu privire la nelegala constituire a garanției de participare.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca lipsită de interes contestația formulate de SC ...SA în contradictoriu cu SC ... SA.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca lipsită de interes contestația formulate de SC ...SA în contradictoriu cu SC ... SA.

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

Redactată în 4 exemplare, conține 23 file.