

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 10.01.2022, depusă în original la serviciul registratură din cadrul Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, înregistrată fiind cu nr. 1313 din data de 10.01.2022, formulată de ..., cu sediul social în bulevardul O..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București cu nr., având Cod de Identificare Fiscală ... atribut fiscal RO, reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în splaiul, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică pentru lotul 1 comunicat prin adresa nr. 15010/MC din data de 03.01.2022, emisă de către ... cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de achiziție publică, cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – „Teste rapide de determinare a antigenului SARS-CoV-2 efectuate din probă de salivă,- LOT 1”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea comunicării rezultatului procedurii transmis de autoritatea contractantă prin adresa nr. 15010/MC din data de 03.01.2022;

- anularea deciziei prin care oferta asocierii ... – ... au fost declarate admisibile și câștigătoare;

- anularea raportului procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la anularea deciziei de respingere a ofertei, ofertă care în mod nelegal a fost declarată neconformă și reluarea evaluării acesteia în cadrul procedurii de atribuire.

- obligarea autorității contractante la respingerea ofertei asocierii ca inadmisibile.

Prin cererea de intervenție principală înregistrată la Consiliu cu nr. 2564/17.01.2022, (precizată prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 3111/19.01.2022) formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, lider al asocierii reprezentată legal de ... – administrator, s-a solicitat încuviințarea în principiu a cererii de intervenție principală, precum și admiterea ei, în considerarea prevederilor art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 1313/10.01.2022, ... critică, pe de o parte, decizia autorității contractante de a-i respinge, ca neconformă, oferta depusă în cadrul Lotului 1, iar, pe de altă parte, decizia de a declara câștigătoare ofertele depuse de asocierea

Cu privire la propria ofertă, contestatoarea arată că autoritatea contractantă, în susținerea deciziei de respingere a ofertei, a invocat faptul că, din răspunsul la solicitarea de clarificări care a vizat mostrele depuse în cadrul ofertei a rezultat faptul că ambalajul kiturilor de testare nu corespunde cerințelor, în sensul că nu este sigilat și că nu asigură integritatea conținutului la manipulări frecvente.

Făcând referire la cerințele de la pct. 3.5.2.7, 3.5.2.8, 3.5.2.9, 3.5.2.10, 3.5.2.11 din caietul de sarcini, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a solicitat, printre altele, ca trusa/kitul să fie ambalat individual sau cel mult, să fie ambalate câte două teste/ ambalaj.

De asemenea, arată că, în data de 22.12.2021, cu doar o zi înainte de depunerea ofertelor, autoritatea contractantă a publicat un răspuns consolidat la o solicitare de clarificări, în care, referitor la ambalarea produselor, a precizat:

a. „(...) Eticheta conform Directivei 98/97/EC, Anexa I partea B pct. 8.4 se poate aplica pe ambalajul care conține testele ambalate individual, ambalaj care va conține și instrucțiunile de folosire în limba română”;

b. „(...) se acceptă ca modalitate de ambalare individuală a kiturilor/kit-urilor – ambalaj sigilat din material plastic, aluminiu, carton, cu condiția ca ambalajul să respecte cerințele de etichetare prevăzute în Directiva 98/79/EC, Anexa I, partea B, pct. 8.4. Conform Anexa 1 pct.2 se acceptă kitul ambalat individual, cel mult ambalate câte două kituri de testare pe ambalaj”;

c. nu este necesară etichetarea suplimentară a ambalajului inscripționat cu informațiile privind etichetarea conform cerințelor Directivei 98/79/EC, Anexa I, partea B, pct. 8.4.

Mai arată contestatoarea că, în data de 28.12.2021, a primit din partea autorității contractante o solicitare de clarificări cu privire la modalitatea de ambalare deoarece „(...) cele două kituri sunt ambalate într-o pungă de plastic care nu se închide ermetic și pe care este aplicată o etichetă în care denumirea dispozitivului medical este diferită față de denumirea din declarația de conformitate sau instrucțiuni de utilizare.

Potrivit contestatoarei, aceasta a învederat autorității contractante că ambalajul de plastic în care sunt ambalate cele două teste este închis ermetic (etanș) prin intermediul unui dispozitiv de tip ziplock (fermoare) și că a fost aleasă această variantă deoarece această închidere ermetică

este superioară celei oferite de ambalajul de carton. Rolul dispozitivului ziplock este tocmai acela de a închide perfect de a nu lăsa nimic din afară să pătrundă în interior și nimic din interior să iasă afară.

Făcând trimitere la motivul invocat de autoritatea contractantă în decizia de respingere a ofertei, contestatoarea precizează că nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire nu s-a solicitat ca ambalajul să asigure integritatea conținutului la manipulări frecvente, ci doar la manipulări accidentale, prin urmare, declararea ca neconformă a ofertei cu invocarea acestui motiv este nelegală.

Afirmația autorității contractante privind faptul că ambalajul nu este sigilat este apreciată de contestatoare ca fiind falsă, soluția de sigilare cu ziplock fiind superioară unei cutii de carton ce se încheie doar prin pliere. Sistemul ziplock nu se desface accidental și nu se pot pierde componente la manipulări frecvente, astfel cum, în mod eronat, susține autoritatea contractantă.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatoarea atașează mostra de produs despre care susține că este identică cu mostrele prezentate împreună cu oferta depusă. De asemenea, susține că mostrele au fost închise manual deoarece răspunsul consolidat la solicitările de clarificări a fost publicat de autoritatea contractantă cu doar o zi înainte de depunerea ofertelor, produsele urmând a fi ambalate în procesul de producție. Produsele ambalate în procesul de producție, în plus față de sistemul ziplock, ambalajul este etanșat suplimentar în partea superioară a fermoarului, fapt ce asigură o protecție sporită, ambalajul neputând fi deschis fără a tăia partea superioară.

În finalul contestației, contestatoarea face trimitere la biblioteca de spețe a ANAP, respectiv la spețele 154 și 244 din anul 2017, conform cărora prezentarea unui eșantion nu are drept scop stabilirea conformității propunerii tehnice, conformitatea ofertelor urmând a fi stabilită prin raportare la specificațiile tehnice și cerințele speciale care fac obiectul caietului de sarcini, cerințe în raport cu care ofertanții trebuie să prezinte dovezi de conformitate în cuprinsul propunerilor tehnice.

În ceea ce privește ofertele depuse de asocierea, contestatoarea susține că acestea trebuia să fie excluse din procedură motivat de denaturarea concurenței și de furnizarea de informații false.

Contestatoarea atrage atenția că cele două societăți declarate câștigătoare poartă același nume, una fiind din România, iar cealaltă din Serbia. De asemenea, prezintă structura grupului de firme din care face parte și precizează că în structura acționariatului se regăsește un cetățean de naționalitate sârbă.

Potrivit contestatoarei aceste indicii trebuiau avute în vedere de autoritatea contractantă în legătură cu denaturarea concurenței, ofertele

în cauză trebuind a fi excluse din procedură și nu declarate câștigătoare ale procedurii.

Contestatoarea consideră că, prin participarea la această procedură, cele două societăți menționate au denaturat competiția, încercând să vândă același produs prin două entități (una fără activitate desfășurată în ultimii 3 ani iar cealaltă înființată de doar 3 luni de zile), la prețuri diferite: 7,9 lei/buc, respectiv 8,2 lei/buc. Autoritatea contractantă a avut suficiente indicii pentru a considera că cei doi operatori economici au între ei un acord care denaturează concurența în cadrul acestei proceduri, astfel că, în baza art. 167 alin. (1) lit. d), ar fi trebuit să solicite clarificări cu privire la acest aspect.

Cu privire la ..., lider al asocierii ..., contestatoarea consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a analiza situația personală a acestuia, respectiv capacitatea profesională a acestuia de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Potrivit Modelului de contract subsecvent de furnizare, liderul de asociere trebuie să factureze și să încaseze sumele aferente livrărilor, activitate obligatorie și netransferabilă către asociat. În aceste condiții, autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice în ce mod reiese din certificatul ONRC capacitatea acestuia de a factura și încasa, adică dacă are autorizat obiectul de activitate cu codul CAEN – 4646 – comerț cu ridicata a produselor farmaceutice. Existența codului CAEN în cadrul actului constitutiv nu presupune în mod automat că operatorul economic este și autorizat pentru desfășurarea unei anumite activități, pentru aceasta fiind obligatorie autorizarea activității.

În cazul facturării unor mărfuri care nu se regăsesc în obiectul de activitate autorizat la ONRC, veniturile facturate pot fi considerate ilicite și, eventual, confiscate, conform Legii nr. 12/1990.

Contestatoarea arată că potrivit Certificatului constatator eliberat de ONRC la solicitarea sa, pe care îl atașează contestației, ... nu poate desfășura activitatea pentru care este derulată prezenta procedură, niciunul din codurile autorizate nepermițându-i să facă acest lucru.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că ... este în situația de a fi dizolvată conform legii, astfel cum rezultă din verificarea certificatului ONRC. Acest operator economic nu a depus situația financiară aferentă anului 2020, în timp ce pentru anii 2018 și 2019, a avut cifră de afaceri 0 și niciun angajat.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că nu este legal din perspectiva pieței concurențiale din România ca o firmă care nu a avut vreo activitate, care este în situația de a fi dizolvată, care nu are vreun angajat, care nu a plătit vreun impozit către bugetul de stat și care nu are dreptul legal de a desfășura activitatea pentru care urmează să factureze, să încaseze 32.800.000 lei + TVA.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 215 alin. (4) și art. 137 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, oferta depusă de asocierea trebuia respinsă, ca inacceptabilă.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 1929/12.01.2022, autoritatea contractantă a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației ..., motivat de următoarele aspecte:

a. referitor la oferta depusă de:

- oferta a fost respinsă, ca neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice, deoarece nu satisface, în mod corespunzător, cerințele Caietului de sarcini, în sensul că ambalajul celor două kit-uri de testare nu corespunde cerințelor, deoarece nu este ambalaj sigilat și nu asigură integritatea conținutului la manipulări frecvente, acceptându-se doar ambalaj sigilat din material plastic, aluminiu, carton cu condiția ca ambalajul să respecte cerințele de etichetare prevăzute de Directiva 98/79/EC, Anexa I, partea B, pct. 8.4 (...), *conform Răspunsului consolidat nr. 18184/MC/22.12.2021;*

- la solicitarea de a se clarifica dacă ambalajul poate fi prezentat și de punga de plastic sau este necesar să fie cutie, i s-a comunicat acesteia: „Se acceptă ca modalitate de ambalare individuală a kit-ului/kiturilor - ambalaj sigilat din material plastic, aluminiu, carton cu condiția ca ambalajul să respecte cerințele de etichetare prevăzute de Directiva 98/79/EC, Anexa I, partea B, pct. 8.4. Conform Anexa 1 punctul 2 se acceptă kitul ambalat individual, sau cel mult ambalate câte două kituri de testare pe ambalaj”;

- în aceste condiții, decizia de a respinge ca neconformă oferta depusă de către, însoțită de o "Mostră închisă manual (Resigilabilă)" și "promisiunea" ca produsele ce ar urma să fie livrate să fie conform cerințelor din documentația de atribuire, este legală și susținută de cerințele documentației de atribuire, inclusiv Răspunsul Consolidat la Clarificări, care sunt obligatorii pentru toți ofertanții participanți, fiind respectate întru-totul, normele legale în vigoare și principiile statuate la art. 2 din Legea nr. 98/2016, nefiind "aplicabile" cele afirmate de către DOCTOR SWISS SRL în "promisiune".

b. referitor la oferta asocierii

- cu privire la asemănările semnificative constatate între cele două oferte, au fost solicitate clarificări iar în baza documentelor existente la dosar și a răspunsurilor primite la solicitarea de clarificări s-a constatat că nu sunt incidente situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016;

- referitor la afirmațiile legate de o înțelegere existentă între cei doi ofertanți, se precizează că autoritatea contractantă nu a fost în situația concretă prevăzută de lege pentru a aplica excluderea din procedura de

atribuire a operatorilor economici de mai sus, deoarece nicio prevedere legală nu a fost încălcată;

- afirmațiile cu privire la faptul că nu are capacitatea de exercitare a activității profesionale nu reflectă realitatea, sunt doar afirmații personale false, sunt menite să blocheze procedura și exced cadrului legal și condițiilor solicitate prin documentația de atribuire tuturor operatorilor economici participanți la procedură;

- afirmațiile cu privire la faptul că este în stare de dizolvare nu sunt confirmate la această dată de nicio instituție a statului român; în plus, la prezenta procedură, pentru respectarea principiilor tratamentului egal, proporționalității și nediscriminării a avut posibilitatea de a participa orice operator economic interesat.

Prin concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 2197/14.01.2022, ... și-a menținut criticile și solicitările formulate prin contestație. De asemenea, a formulat o serie de susțineri cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, precizând, în esență, că:

- nu a avut ca scop blocarea procedurii;

- toate ofertele depuse în cadrul unei proceduri reprezintă „promisiuni” ale ofertanților; cu privire la livrarea produselor, nu doar a promis, ci, a și demonstrat că produsele se află pe stoc în România și că pot fi livrate de urgență;

- criticile formulate cu privire la ofertele depuse de asocieria nu au fost combătute de autoritatea contractantă, pe de o parte, recunoscând că între cele două oferte au existat asemănări dar, pe de altă parte, nu a precizat care sunt acele asemănări și nici cum a clarificat că cei doi ofertanți nu au denaturat concurența. Astfel cum reiese din dosarul achiziției, cei doi ofertanți au răspuns identic și la solicitările de clarificări ale autorității contractante, precizând că au apelat la serviciile aceleiași firme de consultanță, care le-a întocmit și ofertele;

- situația în care un consultant întocmește oferta tehnică și financiară pentru două companii care participă la aceeași procedură, aflându-se în competiție, este de natură a denatura competiția, autoritatea având suficiente indicii cu privire la un acord anterior între cei doi ofertanți cu privire la denaturarea concurenței;

- autoritatea contractantă nu a formulat nicio apărare cu privire la criticile legate de situația astfel cum reiese din certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului și din informațiile existente pe site-ul Ministrului de Finanțe, limitându-se la a afirma că respectivele critici nu reflectă realitatea;

- nicăieri în documentația de atribuire nu apare vreo referire sau vreun mod de măsurare a manipulărilor frecvente;

- autoritatea contractantă nu face nicio referire la faptul că produsele care vor fi livrate din fabrică vor fi sigilate în procesul de

producție și nici la faptul că ANAP susține că nu se poate face o evaluare în baza mostrelor prezentate;

- autoritatea contractantă nu face nicio referire la faptul că nu are obiectul de activitate autorizat, neavând dreptul de a factura și încasa 32.800.000 lei și nici că este înființată cu 3 luni în urmă;

- nu este clarificat de către autoritatea contractantă motivul pentru care punga de plastic nu este un ambalaj din plastic.

În final, atrage atenția că autoritatea contractantă nu face nicio referire la calitatea produselor prezentate de ci se limitează la a susține că mostra nr. 1 nu a fost sigilată. Odată cu contestația, a fost prezentată Mostra 2, sigilată, în concluzie, testele din Mostra 2 sunt conforme.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 2564/17.01.2022, formulat de cu privire la contestația se arată următoarele:

1. cu privire la existența vreunui conflict de interese privind participarea la procedură de către asocierea:

- companiile din cadrul asocierii nu au persoane comune în cadrul organelor de conducere, organelor de administrare sau organelor de reprezentare, fapt care reiese din certificatele constatatoare depuse în cadrul ofertei;

- prețurile ofertanților nu prezintă nicio relevanță în ceea ce privește un presupus aranjament între cei doi, putând fi constatate similarități și cu privire la prețurile oferite și de alți participanți la procedură;

- documentele achiziției prezintă un grad mare de standardizare, ofertele tehnice fiind elaborate prin completarea formularului de propunere tehnică pus la dispoziție de autoritatea contractantă; în mod similar, declarațiile ofertantului sunt cele furnizate împreună cu documentația de atribuire, neexistând posibilitatea modificării acestora; astfel, ofertele pot fi similare, obiectul procedurii fiind de furnizare de produse și nu de prestări de servicii, situație în care ofertele tehnice ar fi fost elaborate diferit.

2. cu privire la criticile privind lipsa capacității de exercitare a activității profesionale de către

- raportat la cerința de la pct. 3.3 din documentația de atribuire, un operator economic demonstrează capacitatea de exercitare a activității profesionale prin deținerea unei forme de înregistrare în condițiile legii din care să reiasă că acesta este legal constituit și nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul acordului-cadru;

- ca document constatator, ... a depus certificatul constatator nr. 244022 emis la data de 20.12.2021 de Oficiul Național al Registrului Comerțului din care reiese că firma este în funcțiune, în care se

precizează care este obiectul principal de activitate autorizat și care sunt cele secundare, care sunt sediile și activitățile autorizate, etc;

- autoritatea contractantă nu a impus, pentru admiterea în procedură, ca operatorii economici să dețină un anumit cod CAEN și, cu atât mai puțin, autorizarea funcționării pentru a fi desfășurate activitățile aferente aceluși cod CAEN la terți.

3. cu privire la afirmațiile privind faptul că nu a avut nicio activitate, că nu are niciun angajat și că nu a plătit vreun impozit statului român

- afirmațiile sunt incorecte, deoarece bilanțul pentru anul 2020 cuprinde o cifră de afaceri de 1.100.034 lei, profitul pentru anul 2020 înscris în bilanțul contabil pentru anul 2020 este de 253.287 lei iar numărul mediu de salariați este de 1 la 31.12.2020;

- din balanța de verificare pentru perioada 01.12.2020 – 31.12.2020, respectiv pentru perioada 01.11.2021 – 30.11.2021, reiese că a avut activitate comercială și că a plătit taxe statului român.

Răspunzând punctului de vedere formulat de ... a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 2727/18.01.2022, prin care atrage atenția asupra faptului că, în dosarul 61/2022, ... nu are calitatea de parte, prin urmare, toate apărările acesteia nu pot fi luate în considerare; singura posibilitate legală ca să formuleze apărări ar fi prin intermediul unei cereri de intervenție voluntară accesorie, în sprijinul autorității contractante, posibilitate de care nu a uzat. Prin punctul de vedere formulat și prin documentele atașate acestuia, se încearcă depunerea de documente noi, care nu au fost depuse în cadrul procedurii, motiv pentru care nu pot fi luate în considerare.

Contestatoarea își menține criticile din cuprinsul contestației, precizând că documentele depuse de asocieria și L nu prezintă doar similitudini, ci sunt chiar identice, că, practic, recunoaște că nu are autorizat obiectul de activitate necesar derulării contractului, respectiv codul CAEN 4646 – comerț cu ridicata al produselor farmaceutice și că plata impozitelor către bugetul de stat a fost făcută abia după depunerea contestației, respectiv la data de 11.01.2022 (astfel cum reiese din OP-ul depus chiar de).

Prin adresa nr. 2923/61/C8/18.01.2021, Consiliul a solicitat să precizeze dacă „punctul de vedere” înregistrat la Consiliu cu nr. 2564/17.01.2022 este o cerere de intervenție și care este temeiul legal în baza căruia a formulat-o.

.... a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 3111/19.01.2022, prin care a precizat că documentul în discuție este o cerere de intervenție principală formulată în temeiul art. 61 alin. (2) din codul de procedură civilă și solicită încuviințarea în principiu a acesteia, dat fiind faptul că există un drept propriu (oferta sa fiind declarată

admisibilă de către autoritatea contractantă) și admiterea acesteia în considerarea prevederilor art. 61 alin. (2) din codul de procedură civilă.

Preliminar, Consiliul reține că, în prezenta cauză, ...a formulat o cerere de intervenție voluntară, cu respectarea termenului precizat la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Privitor la cererea de intervenție voluntară depusă de ..., văzând că această societate a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, fiind un liderul unui operator economic participant la procedura de achiziție publică [art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare], în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție voluntară a acesteia, și dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a societății

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „ACHIZIȚIA DE PRODUSE PENTRU ASIGURAREA STOCURILOR DE URGENȚĂ MEDICALĂ – TESTE RAPIDE DE DETERMINARE A ANTIGENULUI SARS-COV-2 EFECTUATE DIN PROBĂ DE SALIVĂ – LOT 1”, prin transmiterea invitației de participare nr.

Potrivit invitației de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate preț”, valoarea estimată a acordului-cadru fiind de 550.000.000 lei, fără TVA, în timp ce valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent care urmează a fi atribuit în cadrul Lotului 1 care face obiectul prezentei contestații este de 18.500.000 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. din data de 11.01.2022, eliberată de CEC Bank, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de 2.000.000 lei.

Nemulțumită de rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr., la lotul 1, potrivit căruia oferta sa a fost respinsă, ca neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv „ambalajul kiturilor de testare nu corespunde cerințelor deoarece nu este sigilat și nu asigură integritatea conținutului la manipulări frecvente”, ... a formulat prezenta contestație, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Analizând motivul de neconformitate, la lotul 1, al ofertei, Consiliul reține următoarele:

- În caietul de sarcini, Anexa 1 Specificații tehnice autoritatea contractantă a solicitat, ca și cerință minimă: „2 (...)Trusa/kitul trebuie

să includă pentru fiecare test: instrucțiuni de utilizare în limba română, dispozitiv de colectare confecționat dintr-un material neabsorbant; pipeta/capac cu picurător pentru tub, după caz; tub cu soluție tampon (buffer) pentru extracție, după caz. Notă: soluția poate să fie prezentată și separat de tub. Trusă/kitul ambalat individual, sau cel mult ambalate câte două teste/ambalaj"; (...)Mostra – Se vor prezenta 2 mostre sigilate pentru a asigura veridicitatea documentelor depuse

- în Caietul de sarcini, la pct. XI. Condiții de participare și depunerea ofertei:"1. Oferta preliminară(...) se depune în plic închis, însoțită de mostre (2 buc.)(...);2. Ofertanții vor depune mostre de produs astfel: (...)NOTĂ: Riscurile transmiterii ofertei și a mostrelor de produs, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă".

- La solicitarea de clarificări a unui operator economic: „Solicitare nr. 6: Se acceptă ca modalitate de ambalare individuală a kit-ului punga sigilată din plastic cu informațiile tipărite pe aceasta? Se acceptă și 2 kit-uri/modalitatea de ambalare sau doar individual? (atașat poză a produsului ambalat în pungi) kit-urile astfel ambalate pot fi ambalate suplimentar câte 20, 30 sau 50 kituri, în cutii (middle boxes), și ulterior acestea în baxuri. Aceste variante de ambalare ne permit o producție sporită, mai rapidă și costuri logistice mai reduse”,

- Autoritatea contractantă a oferit răspunsul nr. 18184/MC/22.12.2021, în care a precizat: „răspuns pt. solicitarea nr. 6: Se acceptă ca modalitate de ambalare individuală a kit-ului/kit-urilor-ambalaj sigilat din material plastic, aluminiu, carton cu condiția ca ambalajul să respecte cerințele de etichetare prevăzute de Directiva 98/79/EC, Anexa 1, partea B, pct. 8.4. Conform Anexa 1 punctul 2 se acceptă kitul ambalat individual, sau cel mult ambalate câte două kituri de testare pe ambalaj";

- Prin adresa nr. 18198/MC/28.12.2021, adresată contestatoarei, autoritatea contractantă a solicitat următoarele: „întrebarea nr. 1 (...) avem rugămintea să clarificați modul de ambalare deoarece cele două kituri sunt ambalate într-o pungă din plastic care nu se închide ermetic și pe care este aplicată o etichetă în care denumirea dispozitivului medical este diferită față de denumirea din declarația de conformitate sau instrucțiuni de utilizare” ;

- răspunsul contestatoarei: „ambalajul de plastic în care sunt ambalate cele 2 teste este închis ermetic (etanș) prin intermediul unui dispozitiv tip ziplock (fermoar) și am ales această metodă de ambalare deoarece această închidere ermetică este superioară celei oferite de ambalajul de carton (anexa 3) conform definiției, ermetic înseamnă care închide perfect sau care este perfect închis; care nu lasă să pătrundă nimic sau să iasă nimic, acesta fiind rolul dispozitivului de tip ziplock amintit. (...) Aceasta este o caracteristică superioară deoarece după

desigilare și folosirea unui test, al doilea test, cel rămas în ambalaj, nu se va împrăștia deoarece ambalajul se poate resigila. Ambalajul oferat de noi este atât ermetic, cum s-a detaliat suplimentar față de cerințele din documentație în solicitarea de clarificări a autorității contractante, cât și sigilabil, așa cum prevede în răspunsul consolidat la clarificări, parte a documentației de atribuire”.

Consiliul reține că, ... a depus două mostre ale produsului care face obiectul procedurii, ambalate în pungă de plastic, cu închidere de tip ziplock, etichetată conform cerințelor legale. În interiorul respectivului ambalaj, se regăsesc: două kit-uri test, fiecare având, în componență, pe de-o parte, pipetă, tub cu capac-picurător și pahar de recoltare salivă –componente care sunt neambalate, nesigilate și, pe de altă parte, soluție-tampon (buffer) și casetă de reacție – sigilate individual (mostre de produs identice au fost depuse la Consiliu de către contestatoare și autoritatea contractantă).

Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, trebuie ținut cont de principiul bunei administrări, ca principiu de drept al Uniunii Europene, reglementat cu titlu general de art. 41 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Omului (Carta DFUE) la care se adaugă jurisprudența instanței europene. Carta DFUE este privită în doctrina de drept european în domeniul achizițiilor publice ca o sursă suplimentară de obligații specifice, plecând de la necesitatea respectării principiului bunei administrări. Concret, principiul bunei administrări își poate găsi o aplicație particulară în domeniul achizițiilor publice, ca un principiu-umbrelă al principiului transparenței și care-l completează.

În legislația română o referire a principiului european al bunei administrări poate fi întâlnită în Legea nr. 571/2004 privind protecția personalului din autoritățile publice, instituțiile publice și din alte unități care semnalează încălcări ale legii, care, la art. 4 lit. e), prevede: „autoritățile publice, instituțiile publice și celelalte unități prevăzute la art. 2 sunt datorare să își desfășoare activitatea în realizarea interesului general, cu un grad ridicat de profesionalism, în condiții de eficiență, eficacitate și economicitate a folosirii resurselor”.

Concret, acest principiu presupune *inter alia* și o atitudine diligentă în realizarea procedurii de atribuire. O astfel de atitudine diligentă implică un rol activ nu doar prin redactarea într-o manieră profesionistă a documentației de atribuire, prin punerea la dispoziție în timp util a răspunsului la solicitările de clarificări transmise de către operatorii economici, dar și prin solicitarea de clarificări pentru lămurirea diferitelor situații, cât și prin derularea unei evaluări a ofertelor cu respectarea tuturor principiilor aplicabile în domeniul achizițiilor, cât și a documentației de atribuire.

În concluzie, principiul bunei administrări implică în materia achizițiilor publice ca autoritățile contractante să aibă un rol corect,

obiectiv și echidistant în evaluarea ofertelor. Omisiunea autorității contractante de a verifica ofertele potrivit cerințelor din documentația de atribuire aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, cu referire directă la principiile tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii.

Având în vedere că principiul asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, reprezintă unul dintre principiile fundamentale care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a-și asuma o evaluare lacunară și superficială a ofertelor și fără respectarea propriei documentații de atribuire.

În speța de față, autoritatea contractantă avea obligația de a proceda la verificarea temeinică a ofertelor depuse și a argumentelor prezentate de ofertanți, pentru a evita situațiile în care decizia sa să fie catalogată drept arbitrară.

Însăși, în contestația formulată, susține că urmează a fi stabilită conformitatea ofertelor prin raportare la specificațiile tehnice și cerințele speciale care fac obiectul caietului de sarcini, cerințe în raport cu care ofertanții trebuie să prezinte dovezi de conformitate în cuprinsul propunerilor tehnice.

În ceea ce privește această condiție de sigilare a mostrelor depuse, trebuie precizat că, potrivit art. 3 din Legea nr. 95/2006: *„Protecția sănătății publice constituie o obligație a autorităților administrației publice centrale și locale, precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice”* fiind o sarcină fundamentală a statului astfel cum prevede Constituția României la art. 34 alin. (1) și (2) *„Dreptul la ocrotirea sănătății este garantat. (2) Statul este obligat să ia măsuri pentru asigurarea igienei și a sănătății publice.”*

În absența unor explicații concludente pe care să se fundamenteze specificațiile tehnice minime obligatorii, Consiliul apreciază că respectivele specificații ar fi de natură să îngreuneze participarea la achiziție a operatorilor economici furnizori de teste de salivă. Însă, în speță, autoritatea contractantă și-a stabilit corect necesitatea, aspect care rezultă, pe de o parte din faptul că documentația de atribuire nu a fost contestată, aceasta dobândind forța juridică obligatorie atât pentru operatorii economici participanți în elaborarea ofertelor, cât și pentru autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor, iar, pe de altă parte, prin raportare la situația pandemică prin care trece întreaga lume, coroborat cu faptul că aceste teste vor fi folosite de persoane fără pregătire medicală (părinții elevilor), pentru prelevarea de salivă în vederea depistării sau nu a infectării cu SAR COV 2 a elevilor, situație în care riscul de contaminare al testelor în situația în care acestea nu sunt sigilate ar fi foarte mare.

Cerința cu privire la sigilarea mostrelor trebuie raportată la necesitatea autorității în condițiile pandemice și interesul public urmărit.

Așa cum s-a arătat mai sus, ... a depus două mostre ale produsului care face obiectul procedurii, ambalate împreună, în pungă de plastic, cu închidere de tip ziplock, etichetată conform cerințelor legale. În interiorul respectivului ambalaj, se regăsesc: două kit-uri test, fiecare având, în componență, pe de-o parte, pipetă, tub cu capac-picurător și pahar de recoltare salivă –componente care sunt neambalate, nesigilate și, pe de altă parte, soluție-tampon (buffer) și casetă de reacție – sigilate individual

Or, "semi-sigilarea" componentelor celor două mostre și, ulterior, "sigilarea" celor două kit-uri, nu asigură igiena manipulării corecte a acestora, fie că vorbim de o manipulare frecventă sau de una accidentală. Odată "desigilată" punga de plastic în care se află cele două kit-uri, nu se mai asigură igiena nici unuia dintre acestea. Un kit este compus, pe de-o parte, din pipetă, tub cu capac-picurător și pahar de recoltare salivă –componente care sunt neambalate, nesigilate și, pe de altă parte, soluție-tampon (buffer) și casetă de reacție – sigilate individual.

În concluzie, interpretarea că ambalarea celor două kit-uri test, împreună, în pungă cu ziplock, etichetată potrivit dispozițiilor legale, fără ca toate elementele componente ale kit-urilor să fie sigilate - indiferent că este vorba despre pungi de plastic, cutii de carton sau alte ambalaje acceptate de autoritatea contractantă, astfel cum s-a arătat pe parcursul considerentelor – conduce la lipsa de igienă minimă a manipulării respectivelor kit-uri test, mai ales, așa cum s-a arătat mai sus, prin raportare la situația pandemică prin care trece întreaga omenire, coroborat cu faptul că aceste teste vor fi folosite de persoane fără pregătire medicală (părinții elevilor), pentru prelevarea de salivă în vederea depistării sau nu a infectării cu SAR COV 2 a elevilor, situație în care riscul de contaminare al testelor este foarte mare.

Prin raportare la considerentele anterior expuse, Consiliul constată că analiza autorității contractante, în ceea ce privește oferta depusă de, este temeinică, completă, în litera și spiritului prevederilor legale aplicabile.

Argumentații similare se regăsesc și în Decizia nr. 1099/2021 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara.

Mai mult practica CJUE referitor la respectarea, de către autoritatea contractantă, cu strictețe a cerințelor din documentația de atribuire este constantă, astfel:

- la punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care

ea însăși le- a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie

2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din

6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345,

punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că

„astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea

contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea

însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât

■

mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

- La punctul 40 din Hotărârea pronunțată în cauza C-336/12, CJUE a reținut „Cu toate acestea, trebuie precizat că situația ar fi diferită dacă documentele contractului ar impune comunicarea înscrisului sau a informației care lipsește sub sancțiunea excluderii. Astfel, revine autorității contractante sarcina de a respecta cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 aprilie

2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C- 496/99 P, Rec., p. I- 3801,

punctul 115)”.

- La punctul 42-43 din Hotărârea pronunțată în cauza C-42/13, CJUE a reținut „42. Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care

ea însăși le- a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă

■

de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea

Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40). 43. Această obligație

strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18”.

Consiliul reține, în soluționare, cele argumentate, în cadrul punctului de vedere, de către autoritatea contractantă, care revine asupra necesității și justifică impunerea depunerii de mostre sigilate, astfel cum a fost stabilit prin caietul de sarcini, cum a fost modificat prin răspunsurile la solicitările la clarificări, parte a documentației de atribuire. Evident, identificarea greșită a necesității la momentul inițierii unei proceduri, ar fi putut conduce la stabilirea greșită a specificațiilor tehnice, la elaborarea unui caiet de sarcini eronat și, implicit, la achiziționarea unui produs inefficient și o cheltuie a banului public neoportună.

După cum a statuat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

În cauza C-417/17 CJUE a declarat că „Articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice, în ansamblul lor, să respecte

principiile egalității de tratament și proporționalității. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe” având în vedere considerentele: „35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.

Trebuie, de asemenea, subliniat faptul că Legea nr. 101/2016 se completează, potrivit prevederilor art. 68, cu prevederile Legii nr. 554/2004, astfel încât, nu poate fi ignorată nici „ideea că în raporturile de drept administrativ primează interesul public, ce vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, precum și realizarea competențelor autorităților publice” (astfel cum rezultă din Decizia ICCJ s. cont. adm. fisc., dec. nr. 3800 din 2 noiembrie 2006).

Curtea de Apel Oradea în decizia nr. 979/2017 a arătat că „Oportunitatea constituie o condiție de valabilitate a actului administrativ și vizează criterii precum momentul adoptării actului, locul și condițiile concrete în care urmează a fi aplicat, mijloacele pe care le angajează decizia administrativă, durata de aplicare, conformitatea lui cu condițiile de viață și de cultură a comunității, precum și cu interesul public urmărit” și „în raporturile de drept administrativ primează interesul public, satisfacerea nevoilor comunitare, ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale tuturor cetățenilor. În acest context, a ținut să sublinieze Curtea, ”trebuie menținut un echilibru rezonabil între interesul public și drepturile subiective sau interesele private.”

În contextul arătat, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, în mod corect, a respins, caneconformă, oferta ..., aceasta neîndeplinind cerințele caietului de sarcini, în ceea ce privește modul de ambalare al produsului care face obiectul procedurii în speță, criticile contestatoarei, în acest sens, urmând a fi respinse, ca neîntemeiate.

Trecând la cea de-a doua parte a contestației, în care sunt criticate ofertele depuse de asocierea N.... și de ..., este necesar a se stabili, prioritar, interesul în a formula astfel de critici.

Consiliul reține că, în conformitate cu hotărârea CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, petenta, în calitatea sa de ofertant exclus, care a formulat o cale de atac împotriva adresei de excludere a ofertei sale și a raportului procedurii, are interesul să solicite excluderea ofertei ofertantului câștigător, deoarece noțiunea „un anumit contract” în sensul

articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

S-au avut în vedere considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost

prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013,

Fastweb, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie

2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea

din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische

Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C- 355/15, EU:C:2016:988,

punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie

2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într- o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte

legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 *Desigur*, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C- 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr- o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr- o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca

instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

58 În schimb, în cauza principală, *Archus* și *Gama* au formulat o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de

atribuire a contractului de achiziții publice. Într- o asemenea situație,

noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13

trebuie să fie interpretată în sensul că, într- o situație precum cea în

discuție în cauza principală – în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

De asemenea, sunt relevante cele reținute în Hotărârea CJUE în cauza C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich:

27 Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat, în raport cu Hotărârea din 4

iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), în sensul că se opune

ca unui ofertant care a fost exclus dintr- o procedură de atribuire a unui

contract de achiziții publice printr- o decizie a autorității contractante

care a rămas definitivă și care, prin urmare, nu este un ofertant

interesat în sensul articolului 2a din această directivă să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28 În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau

riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5

aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29 La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că

Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448),

constitua o concretizare a cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care

urmăresc excluderea lor reciprocă. Astfel, într-o asemenea situație,

fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

30 Cu toate acestea, situația în discuție în cauza principală se distinge foarte clar de situațiile în discuție în cele două cauze în care au

fost pronunțate Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12,

EU:C:2013:448), și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13,

EU:C:2016:199).

31 Pe de o parte, ofertele depuse de ofertanții interesați în cauzele în care au fost pronunțate acele două hotărâri nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de grup în cauza principală.

32 Pe de altă parte, în aceste două cauze, fiecare ofertant contesta legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4

iulie 2013, Fastweb, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, și

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul

24). În schimb, în prezenta cauză principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei adjudecatului.

33 Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din

5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil

situației procedurale și contencioase în discuție în litigiul principal.

34 Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor

nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la soluționarea

acestei contestații, deciziile ulterioare care i- ar aduce prejudicii în

ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.

35 În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36 Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul că nu se opune ca

unui ofertant care a fost exclus dintr- o procedură de atribuire a unui

■

contract de achiziții publice printr- o decizie rămasă definitivă a

■

autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

În soluționarea excepției lipsei de interes a contestației ... față de solicitările în referire la ofertele depuse de asocierea ..., trebuie avută în vedere, prioritar, situația ofertei contestatoarei.

Astfel, pe de o parte, cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă a luat decizia de respingere a ofertei ... la data încheierii raportului procedurii de atribuire. Societatea contestatoare a criticat, prin contestație, decizia de respingere a ofertei sale, urmărind și eliminarea din competiție a ofertelor depuse de asocierea

Totodată, față de cele de mai sus, se constată că în mod corect a fost respinsă oferta contestatoarei. Or, dacă s-ar analiza criticile aduse ofertantelor câștigătoare și s-ar constata temeinicia lor, petenta nu va

obține niciun folos, în procedură rămânând în continuare oferte admisibile, care nu au fost criticate în prezenta cauză.

Așadar, respingerea ofertelor câștigătoare nu va produce niciun folos, neputându-se decide în cauză anularea procedurii și inițierea unei alte proceduri.

Cauzele CJUE citate acordă un drept ofertantului respins de a critica simultan decizia de respingere a ofertei sale și decizia de desemnare a câștigătorului în situația în care sunt depuse două oferte în procedură, considerându-se că, dacă se constată legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, dar și nelegalitatea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, petenta are în continuare un interes rezultat din anularea procedurii și inițierea unei noi proceduri.

Or, în speță, acest interes nu mai subzistă, întrucât s-a constatat legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, iar aceasta nu a criticat toate oferte admisibile, pentru a obține o eventuală anulare a procedurii, ci doar ofertele depuse de asocierea

Prin urmare, în procedură rămân ofertele admisibile, decizia autorității contractante de declarare a admisibilității acestora nefiind atacată.

Astfel fiind, Consiliul constată a fi lipsite de interes criticile față de ofertele depuse de asocierea, în condițiile în care s-a stabilit a fi corectă decizia de respingere a ofertei contestatoarei, iar restul ofertelor admisibile nu au fost atacate.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge, ca nefondate, capetele de cerere vizând oferta contestatoarei și reevaluarea acesteia și, ca lipsite de interes, pe cele referitoare la ofertele depuse de asocierea și reevaluarea acestora.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în forma în vigoare la momentul depunerii contestației, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de DOCTOR SWISS SRL în contradictoriu cu

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție voluntară formulată de, lider al asocierii

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție voluntară formulată de ..., lider al asocierii

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 5 exemplare, conține 24 (douăzecișipatru) pagini.