

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr

Prin contestația nr. 2529/20.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 15049/21.03.2023, formulată de ...SRL, cu sediul în ...înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin administrator .. și asistată și/sau reprezentată juridic prin „... împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 7310/08.03.2023 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 7469/09.03.2023, emise de ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect **„Achiziție produse antiseptice si dezinfectante pentru ...”**, s-a solicitat obligarea autorității contractante la acordarea consultării, în format electronic, a ofertei ...SRL depusă pentru lotul 8, la reevaluarea tehnică a ofertei depusă de ...SRL pentru lotul 8 în raport de criticile de neconformitate, anularea comunicării susmenționate, obligarea autorității contractante la modificarea corespunzătoare a rezultatului reevaluării solicitate, a raportului, cu întocmirea unui nou clasament al ofertelor admisibile, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, în cuantum de 2.200 lei, în temeiul art. 26 din lege și art. 453 alin. (1) C.pr.civ.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ...SRL critică raportul procedurii de atribuire nr. 7310/08.03.2023 și comunicarea rezultatului procedurii nr. 7469/09.03.2023, emise de ..., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În prealabil, ...SRL precizează că a constituit cauțiunea în conformitate cu prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2²) din lege, iar pe fondul cauzei susține că a solicitat consultarea, în format electronic, a ofertei depusă de ...SRL, însă autoritatea contractantă a

respins cererea cu motivarea că oferta este confidențială fiind probat acest caracter al acesteia.

Contestatorul prezintă, în continuare, argumente prin care combate refuzul nemotivat al autorității contractante de a-i pune la dispoziție oferta depusă de ...SRL, sens în care invocă practica CJUE și jurisprudența națională, în opinia sa, decizia autorității contractante fiind lovită de nulitate absolută.

Se apreciază că obligația motivării actului administrativ urmărește o dublă finalitate, în primul rând, o funcție de transparență în profitul beneficiarilor actului, care vor putea, astfel, să verifice dacă actul este sau nu întemeiat, iar, în secundar, permite instanței să realizeze controlul său jurisdicțional, lipsa motivării neputând fi complinită ulterior.

Contestatorul arată că motivarea unui act administrativ are menirea să ocrotească interesul public al informării cetățenilor și accesul acestora la justiție, de altfel, toate prevederile Legii nr. 98/2016 reglementează aspecte esențiale ale achizițiilor publice și ale dreptului de contestare a actelor autorităților contractante.

În situația în care CNSC va admite excepția nulității absolute, nemotivarea deciziei autorității contractante fiind evidentă, contestatorul solicită să i se acorde accesul la propunerea tehnică depusă de ...SRL.

Cu referire la confidențialitatea unei oferte, contestatorul precizează că avizele CNPB și temeiurile emiterii lor nu pot fi ascunse în spatele unei pretense confidențialități, fiind informații publice *„orice informație care privește activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice sau instituții publice, indiferent de suportul ori de forma sau de modul de exprimare a informației”* - art. 2 lit. b) Legea nr. 544/2001.

Regulamentul UE nr.528/2012 stabilește care sunt informațiile care pot fi considerate, în mod normal, confidențiale, astfel că, în opinia contestatorului, poziția autorității contractante reprezintă o încălcare a dreptului la o exercitare eficace a contestării deciziilor acesteia.

În condițiile de fapt expuse, necunoscând motivele pertinente ale deciziei autorității contractante de a considera oferta ...SRL drept o ofertă conformă, contestatorul precizează că formulează doar critici ipotetice referitoare la neconformitățile ofertei depusă de ...SRL pentru lotul 8.

Astfel, în opinia contestatorului, autoritatea contractantă a efectuat o evaluare tehnică greșită a ofertei depusă de ...SRL, încălcând prevederile art. 127 alin. (1) H.G. nr. 395/2016, deoarece produsul ofertat, estimat a fi OXIDICE AIR B, pentru care a fost emis aviz cu nr. 4592BIO/02/09.22/09.08.2022, ultimul care susține contestatorul a ajuns la cunoștința sa, nu respectă:

- cerința caietului de sarcini privind activitatea microbucidă, aceasta nefiind dovedită cu rapoarte de testare, iar dacă aceste rapoarte există

nu s-a făcut dovada acreditării laboratoarelor emitente ale acestor rapoarte.

În acest sens, contestatorul exemplifică faptul că efectul VIRUCID conform EN 17272 este de obicei dovedit de ...SRL prin raportul de testare nr. B 29037f din 18.03.2022, emis de HYGCEN AUSTRIA GMBH - entitate pentru care ALCARINA nu a prezentat niciodată dovada acreditării sale (acesta fiind probabil motivul pentru care activitatea virucidă conform EN 17272 pe tulpina Murine Norovirus nu este inclusă în avizul 4592BIO/02/09.22; conform EN 17272 activitatea virucidă în domeniul medical este realizată prin dovedirea eficacității asupra ambelor tulpini Adenovirus și Murine Norovirus).

- cerința de spectru Bactericid, Fungicid/Micobactericid, Virucid, Sporocid EN17272 conform prevederilor acestui standard.

Se arată că, potrivit standardului EN 17272:2020 (standard național din 30.06.2020), metodologia prevede efectuarea a două rânduri de testări (simultane sau independente): de eficacitate (care exprimă gradul de reducere a viabilității microorganismelor după aplicarea dezinfectantului, exprimat în decimale logaritmice) și de distribuție (care exprimă gradul de reducere a viabilității celulelor bacteriale în spațiul de difuzare a dezinfectantului, fiind utilizată tulpina bacterială *Staphylococcus aureus* ATCC 6538).

Ori, după cum se susține, oferta depusă de ...SRL nu prezintă testele de distribuție care trebuie să însoțească testele de eficacitate astfel încât dovedirea parcurgerii metodologiei standardului EN 17272 este doar parțială.

- cerința caietului de sarcini potrivit căreia „*produsul să nu decoloreze suprafețele, să nu albească, să nu păteze, să nu necesite clătire. Să poată fi utilizat pe următoarele categorii de materiale: covor PVC tip tarket, inox, plastic. Se vor prezenta rapoarte de testare a compatibilității cu materialele*”, întrucât, în litigiile anterioare, ...SRL a prezentat pentru a dovedi această cerință raportul de testare nr. L19/0221.1, emis la 16.06.2019 de DR BRILL STEINMAN cu 2 secțiuni separate (metale și materiale nemetalice), ale cărui rezultate sunt sintetizate în documentul intitulat "Expertiză" emis de același laborator, la aceeași dată, anexa nr. 8.

În concluzie, se solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Ca temei de drept, se invocă dispozițiile legale invocate în cuprinsul contestației.

În temeiul art. 19 din legea nr.101/2016, contestatorul solicită accesul al dosarului achiziției publice.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.10512/03.04.2023, înregistrat la CNSC sub nr.17962/03.04.2023, ... a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de ...SRL.

Autoritatea contractantă precizează că nu poate pune la dispoziția contestatorului datele cu caracter personal și informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care au fost declarate și probate de către ofertanți, în virtutea prevederilor art. 217 din Legea nr. 98/2016 și având în vedere jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

În concluzie, autoritatea contractantă menționează că nu adoptă măsuri de remediere pentru lotul 8, transmițând prezentul punct de vedere cu respectarea prevederilor art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente emise ulterior Deciziei CNSC nr. .../C2/.../23.02.2023.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ...SRL a depus concluzii scrise, înregistrate la CNSC sub nr. 18299/04.04.2023.

...SRL a constituit cauțiunea în quantum de 5.040,00 lei prin recipisa de consemnare nr.208994722/1 din 20.03.2023, eliberată de CEC BANK-SUCUSALA VICTORIA, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 719/23.03.2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe 18 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru cu maxim 3 operatori economici, având ca obiect ***„Achiziție produse antiseptice si dezinfectante pentru ...”***, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ../13.10.2022.

Valoarea estimată aferentă lotului 8 – *„Produce pentru dezinfecția de nivel înalt a suprafețelor generale, a dispozitivelor medicale pe cale aeriană”*, contestat, este de 1.512.000,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Au fost primite în cadrul procedurii, în ceea ce privește lotul menționat, 3 oferte, în urma evaluării cărora a fost încheiat raportul procedurii de atribuire nr. 2038/25.01.2023, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de ...SRL, cu o propunere financiară de 1.486.800 lei, în timp ce oferta ...SRL a fost respinsă, ca neconformă.

Nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale, despre care a fost încunoștințat prin adresa nr. 2074/25.01.2023, ...SRL a depus contestația soluționată prin Decizia nr. .../C2/.../23.02.2023, în sensul admiterii ei, cu consecința reevaluării ofertei acestuia.

Decizia Consiliului nu a fost atacată cu plângere.

Continuând procedura, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. 7310/08.03.2023, prin care a desemnat câștigătoare atât oferta depusă de ...SRL, care a fost clasată pe locul 1, cât și oferta depusă de ...SRL, dar care a fost clasată pe locul 2.

Nemulțumit și de acest rezultat al procedurii, despre care a fost încunoștințat prin adresa nr. 7469/09.03.2023, pentru motivele evocate în cele ce preced, ...SRL a depus contestația de față.

Examinând contestația, Consiliul ia act că, într-o primă critică, autorul acesteia reclamă refuzul autorității contractantă de a da curs solicitării sale de consultare în format electronic a ofertei ...SRL, susținând că este nelegal în raport cu dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, dar și cu jurisprudența europeană și națională,

Față de susținerile din contestație, Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor Legii nr. 98/2016, accesul la dosarul achiziției publice, la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6), potrivit cărora (5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii. (6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

De asemenea, sunt reținute și prevederile art. 57 din același act normativ, alin. (1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. **și alin. (4)** Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).

Din economia acestor prevederi legale, Consiliul reține că accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea

legislației privind liberul acces la informațiile de interes public, ceea ce conduce spre concluzia că situația nerespectării dispozițiilor art. 217 din Legea nr. 98/2016 cade sub incidența Legii nr. 544/2001. Conform dispozițiilor art. 22 alin. (1) din această lege, persoana care se consideră vătămată poate promova o acțiune la instanța de judecată competentă, astfel că CNSC nu este abilitat să se pronunțe cu privire la respectarea dispozițiilor actului normativ indicat.

Această interpretare este susținută de faptul că excepția indicată la art. 217 alin. (6), anterior citat, face referire la termenul în care ofertanților/candidaților în cadrul unei proceduri de achiziție publică li se asigură accesul și la tipul de documente la care le este permis accesul, iar nu la legislația în baza căreia se realizează acest demers.

În fața Consiliului aplicabilitate au însă dispozițiile art. 19 alin. (1) teza ultimă și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

(2) **Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă** potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

situație în care contestatorului ...SRL i-au fost puse la dispoziție documentele dosarului cauzei constând în documentele emise ulterior Deciziei CNSC nr. .../C2/.../23.02.2023.

Consiliul nu a asigurat accesul ...SRL la propunerea tehnică a ...SRL, deoarece respectiva propunere tehnică nu a fost transmisă la dosarul de față, ci la dosarul anterior (nr. .../2023) având ca obiect contestația ...SRL împotriva deciziei de respingere a ofertei sale.

Dincolo de aceasta, în dosarul anterior (nr. .../2023), față de cererea similară a ...SRL (care avea calitatea de intervenient), văzând că ...SRL a depus în cadrul ofertei „*Declarație de confidențialitate*”, Consiliul a solicitat acestuia, în raport cu dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016, să precizeze dacă permite consultarea documentelor declarate confidențiale, dar și să probeze și să prezinte justificarea caracterului confidențial al documentelor declarate astfel.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 8148/17.02.2023 (aflată la dosarul precedent), ...SRL s-a opus admiterii cererii de acces la documentele pe care a înțeles să le declare confidențiale, prezentând argumente în acest sens, precum și declarația producătorului.

Rațiunile pentru care Consiliul nu a permis accesul ...SRL în cadrul primului ciclu procesual la propunerea tehnică depusă de ...SRL subzistă și în actualul ciclu procesual, astfel că a fost asigurat accesul în condițiile menționate, anume la documentele emise ulterior Deciziei CNSC nr. .../C2/.../23.02.2023.

Trecând la analiza temeiniciei criticilor contestatorului, Consiliul reține că sunt îndreptate împotriva evaluării propunerii tehnice depusă de ...SRL, ofertă neconformă în opinia ...SRL, contrar celor stabilite de autoritatea contractantă.

În soluționare, Consiliul ia act că asupra evaluării propunerii tehnice a ...SRL s-a pronunțat și anterior, cu ocazia soluționării contestației depusă însă de ...SRL împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, ca neconformă, pentru neîndeplinirea unei cerințe a caietului de sarcini.

Astfel, prin Decizia nr. .../C2/.../23.02.2023, soluționând contestația depusă de ...SRL, Consiliul a pronunțat soluția:

Admite contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 2038/25.01.2023, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului în cazul lotului 8, precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de ...SRL, precum și cererea acestuia de obligare a contestatorului la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației. (...)

În argumentarea acestei soluții, Consiliul a avut în vedere următoarele considerente:

Trecând la cercetarea fondului contestației, Consiliul ia act că, în conformitate cu raportul procedurii nr. 2038/25.01.2023 și adresa nr. 2074/25.01.2023, oferta depusă de ...SRL a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece *nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*.

Motivul concret de respingere, potrivit aceluiași înscrisuri, constă în faptul că:

(...) în ceea ce privește cerința minimală „**Prezentarea perioadei de valabilitate de la deschidere – minim 30 de zile**” au fost solicitate clarificări prin adresa nr. 38188/13.12.2022, respectiv a fost solicitat ofertantului să indice/să depună documentele ofertei tehnice care dovedesc îndeplinirea tuturor cerințelor minimale. Ofertantul răspunde la solicitările de clarificări fără a demonstra îndeplinirea cerinței minimale/fără a depune documentele solicitate.

Având a se pronunța asupra legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului prin prisma motivului de respingere enunțat, Consiliul reține a avea relevanță specificațiile tehnice regăsite la nivelul caietului de sarcini, printre care, aferent produsului ce se dorește a fi achiziționat în cadrul lotului 8, se regăsesc și următoarele:

- **Să fie precizată valabilitatea soluției de la deschidere (stabilitate).**

(...)

La începutul contractului, firma câștigătoare va pune la dispoziția unității sanitare, gratuit, 18 aparate noi de nebulizare.

Având în vedere această solicitare de furnizare a aparatelor de nebulizare, soluția utilizată trebuie să aibă o stabilitate de minim 30 de zile de la deschidere.

Se impune precizarea că documentația de atribuire nu a fost contestată în cazul lotului 8, situație în care și-a consolidat forța obligatorie în forma elaborată, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă, care au devenit astfel debitorii obligației de ai respecta cu strictețe prescripțiile.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr. 38188/13.12.2022, prin care a solicitat:

În urma evaluării tehnice a ofertei depuse, comisia de evaluare vă solicită să clarificați următoarele:

La cerințele:

Prezentarea perioadei de valabilitate de la deschidere – minim 30 de zile

Declarație privind punerea la dispoziția unității sanitare a aparatelor de nebulizare
sunt necesare clarificări:

Vă rugăm să ne indicați pagina/paragraful unde se regăsește cerința minimală solicitată prin caietul de sarcini sau să ne transmiteți documentele și clarificările necesare îndeplinirii cerinței.

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 996/14.12.2022, după cum urmează:

- În ceea ce privește lotul 8 – „Produs pentru dezinfecția rapidă de nivel înalt a suprafețelor generale, a dispozitivelor medicale pe cale aeriană” vă transmitem faptul că „prezentarea perioadei de valabilitate de la deschidere – minim 30 zile” este prezentată în „documente aferente propunere tehnică lot 8” – încărcate în SICAP, la paginile 56-57.

- De asemenea, vă declarăm faptul că societatea noastră va pune la dispoziția autorității contractante, aparatele de nebulizare compatibile cu produsul oferit la acest lot – Oxidice Air b.

Verificând propunerea tehnică depusă de contestator, Consiliul constată că, la pag. 56-57, se regăsește înscrisul *Declarație* emis de producătorul L.C.PLIWA, în care se precizează următoarele:

- Produsul trebuie depozitat la temperaturi între 5 și 25°C.
- Produsul trebuie păstrat în recipientul original.
- Recipientul trebuie închis corespunzător după utilizare.
- Soluția trebuie curățată în condiții de igienă. Curățarea trebuie să se realizeze într-un mediu curat (fără murdărie).

Acest răspuns a fost analizat de membrii comisiei de evaluare care, prin procesul-verbal nr. 39434/22.12.2022, au concluzionat în sensul de mai sus.

Observă Consiliul, față de mențiunile regăsite în documentul comisiei de evaluare, dar și față de susținerile din punctul de vedere, că ceea ce a condus, în esență, la respingerea ofertei contestatorului este reprezentat de condiționările regăsite în declarația producătorului, în special de penultima, în legătură cu care autoritatea contractantă afirmă că „*acest lucru presupune că după efectuarea manoperei flaconul/bidonul să fie manevrat, scos după fiecare utilizare din aparatul de nebulizare și închis*”, dar și de ultima, pe care autoritatea contractantă o apreciază „*ambiguă și irelevantă pentru modul de utilizare a unei soluții de dezinfecție la nivel înalt, neputând fi «... curățat în condiții de igienă. Curățarea trebuie să se realizeze într-un mediu curat (fără murdărie)»*”

Așadar, autoritatea contractantă nu a respins oferta contestatorului pe motiv că acesta nu a dovedit faptul că produsul oferit îndeplinește cerința de a fi valabil minimum 30 de

zile de la deschidere, ci că nu îndeplinește această cerință în raport cu condiționările producătorului.

De altfel, în opinia Consiliului, este fără vreun dubiu, după cum nici autoritatea contractantă nu combate, că mențiunea din Declarația producătorului - „*termenul de valabilitate al produsului, după desfacere, corespunde cu data expirării menționată pe etichetă*”, face dovada îndeplinirii cerinței caietului de sarcini. Respectiv, conform mențiunii, deschiderea produsului cu mai mult de 30 de zile înainte de expirarea termenului său de valabilitate conduce la concluzia că este asigurată valabilitatea de minimum 30 de zile de la deschidere, solicitată prin caietul de sarcini, după cum deschiderea unui produs după împlinirea termenului de valabilitate nu mai poate fi considerat valabil/stabil.

Susține intervenientul că Declarația producătorului nu prezintă relevanță, pe de o parte, deoarece provine de la partea în litigiu, iar, pe de altă parte, deoarece face referire la VALABILITATEA produsului și nu la STABILITATEA sa.

Consiliul nu poate primi în soluționare aceste apărări prin care se încearcă înlăturarea forței probante a Declarației producătorului L.C. PLIWA, prima dintre acestea, deoarece este de notorietate că în materia achizițiilor publice, în special în procedurile vizând achiziționarea de dezinfectanți, în care intervenientul este profesionist, unul dintre documentele specifice cu care se face dovada îndeplinirii anumitor cerințe este declarația emisă de producător, entitate despre care nu se poate reține că este parte implicată în litigiu. În litigiu este implicat ...SRL, în calitate de ofertant/contestator, iar nu producătorul produsului oferat (L.C. PLIWA).

Cât privește condiționalitățile producătorului, Consiliul observă că cele legate de condițiile de păstrare (primele două) sunt unele uzuale, valabile în cadrul oricărui produs, nu numai al dezinfectanților. Oricare produs depozitat sau utilizat necorespunzător, inclusiv produsul intervenientului, își pierde proprietățile, ceea ce a subliniat și producătorul L.C. PLIWA în declarația referitoare la produsul său.

În ceea ce privește ultimele două condiționalități [*• Recipientul trebuie închis corespunzător după utilizare; • Soluția trebuie curățată în condiții de igienă. Curățarea trebuie să se realizeze într-un mediu curat (fără murdărie)*], Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a transmis nicio clarificare ofertantului în scopul de a se lămuri cu privire la înțelesul acestora, ci a preferat să procedeze la respingerea ofertei, în baza unor informații evident insuficiente/neclare. O dovadă certă în acest sens o reprezintă concluzia față de condiționalitatea Soluția trebuie curățată în condiții de igienă. Curățarea trebuie să se realizeze într-un mediu curat (fără murdărie), pe care autoritatea contractantă o apreciază ca una ambiguă.

Practica judiciară este constată în sensul în care echivocul nu poate constitui fundament valid al respingerii unei oferte, fiind de datoria autorității contractante, în lumina atribuțiilor sale din etape de evaluare a ofertelor, de a stabili situația reală a unei oferte.

Pe deplin aplicabile sunt dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2006, dar și cu principiul proporționalității conform căruia trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite „*înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproportionale în raport cu scopurile urmărite*” (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest aspect a fost afirmat și în Hotărârea Tribunalului T-211/2002 în cauza Tideland Signal vs. Comisia unde instanța a reținut că principiul proporționalității „*impune autorității contractante, atunci când aceasta*

se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens, pct. 43 din Hotărâre).”

Este adevărat că o ofertă poate fi acceptată doar dacă îndeplinește toate condițiile de formă și fond solicitate prin documentația de atribuire, însă legiuitorul nu a dispus o respingere automată atunci când sunt sesizate ambiguități, ci a instituit în sarcina comisiilor de evaluare obligația elaborării solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor (art. 127 alin. (1) lit. i) din H.G. nr. 395/2016), scopul fiind tocmai de a permite autorității contractante de a se edifica asupra situației reale a acestora.

Așadar, în raport cu condiționalitățile producătorului, apreciind că este nelămurită, concluzia la care trebuia să se oprească autoritatea contractantă era aceea a continuării demersului de clarificare cu ofertantul până la lămurirea completă asupra sensului respectivelor condiționalități, iar nu respingerea ofertei pe baza unor simple presupuneri/interpretări proprii.

Totodată, observă Consiliul că în punctul de vedere referitor la contestație, autoritatea contractantă face vorbire despre o soluție de lucru, ori ...SRL susține că a oferat un produs gata de utilizare, aspect ce denotă faptul că autoritatea contractantă nu s-a aplecat asupra evaluării ofertei contestatorului cu rigurozitatea impusă de lege.

În concluzie, Consiliul apreciază că, în evaluarea ofertei contestatorului, autoritatea contractantă nu a adoptat o atitudine diligentă, soluția la care s-a oprit, de respingere a ofertei, fiind una vădit disproporționată.

De asemenea, demersul menționat nu încalcă dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu este de natură a procura un avantaj contestatorului, ci i se dă posibilitatea acestuia de a lămuri ambiguitățile sesizate și, astfel, de a clarifica situația ofertei sale.

În acest context, stabilind că evaluarea ofertei contestatorului este viciată, criticile acestuia vor fi admise, cu consecința infirmării motivului de respingere și a actelor de evaluare întocmite, autoritatea contractantă urmând a se lămuri cu contestatorul, prin intermediul unei solicitări de clarificări, asupra tuturor aspectelor apreciate neclare în privința condiționalităților producătorului.

Din economia acestor considerente, rezultă că, în urma analizei criticilor ...SRL, Consiliul a infirmat motivul de respingere a ofertei acestuia contând în neîndeplinirea cerinței caietului de sarcini având conținutul **„Prezentarea perioadei de valabilitate de la deschidere – minim 30 de zile”** și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ...SRL, cu transmiterea, în prealabil, a unei clarificări întemeiată pe dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Reiterează Consiliul faptul că decizia sa nu a fost atacată cu plângere, astfel că a devenit obligatorie pentru părțile cauzei în integralitatea sa. Dispozitivul și considerentele decizie formează corp comun, fiind intrate deopotrivă în puterea lucrului judecat prevăzută la art. 431 alin. (2) C.proc.civ.

Ținând seama de limitele reevaluării astfel cum au fost fixate prin dispozitivul Deciziei nr. .../C2/.../23.02.2023, autoritatea contractantă a emis actualul rezultat al procedurii, pe care înțelege să-l conteste ...SRL.

Observă Consiliul că, prin contestația de față, ...SRL nu critică rezultatul procedurii prin prisma celor decise de organismul administrativ-jurisdicțional prin decizia precedentă, respectiv nu susține că cerința caietului de sarcini considerată inițial neîndeplinită de ...SRL este în continuare neîndeplinită de acesta în ciuda demersului trasat a fi îndeplinit în reevaluare, ci că propunerea tehnică a ...SRL este neconformă, deoarece nu îndeplinește cu totul alte cerințe ale caietului de sarcini.

Cele statuate însă de autoritatea contractantă în privința propunerii tehnice depusă de ...SRL, respectiv asupra îndeplinirii tuturor celorlalte cerințe ale caietului de sarcini cu excepția celei care a dus la respingerea ofertei, au dobândit caracter definitiv.

Îndeplinirea de către ...SRL a tuturor cerințelor caietului de sarcini, cu excepția celei care a condus la respingerea ofertei acestuia, a fost consemnată de autoritatea contractantă în *procesul-verbal nr. 39434/22.12.2022*, document premergător stabilirii primului rezultat al procedurii materializat în *raportul procedurii nr. 2038/25.01.2023*, și în conținutul căruia autoritatea contractantă a confirmat, expres, îndeplinirea fiecărei cerințe a caietului de sarcini (cu excepția menționată).

Prin raportul procedurii nr. **7310/08.03.2023**, dar și *procesul-verbal nr. 7202/07.03.2023*, emise ulterior reevaluării dispuse, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea propunerii tehnice a ...SRL doar sub aspectul indicat de Consiliu în decizia sa.

Astfel fiind, nu mai poate fi pusă în discuție, la acest moment, problema evaluării propunerii tehnice a ...SRL sub aspecte care nu au format obiectul reevaluării, așa cum dorește contestatorul să provoace.

...SRL, în calitate sa de câștigător inițial, a intervenit în litigiul în care ...SRL a avut calitatea de contestator, dar fără a formula pretenții proprii față de oferta ...SRL.

Or, dacă aprecia că evaluarea inițială a propunerii tehnice a ...SRL este nelegală, anume că propunerea tehnică a acestuia trebuia respinsă atât pentru motivul reținut de autoritatea contractantă, cât și pentru neîndeplinirea altor cerințe spre pildă a celor indicate în contestația de față, ...SRL era în drept să formuleze contestație sau să arate aceasta prin intermediul cererii de intervenție pe care a înțeles să o depună.

...SRL nu a procedat de maniera arătată, ci s-a limitat, prin cererea de intervenție depusă, doar la a susține poziția autorității

contractante, astfel că evaluarea propunerii tehnice a ...SRL în privința îndeplinirii celorlalte cerințe ale caietului de sarcini a devenit definitivă, situație nu mai poate fi pusă în discuție la acest moment, criticile contestației de față fiind evident tardive.

Situația se impune a fi analizată și prin prisma Deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privitoare la dezlegarea unei chestiuni de drept prin care s-a stabilit:

În interpretarea și aplicarea dispozițiilor [art. 65](#), art. 104 [alin. \(3\)](#), [art. 133](#) și art. 134 [alin. \(1\)](#) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea [nr. 98/2016](#) privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului [nr. 395/2016](#), cu modificările și completările ulterioare, raportat la dispozițiile art. 28 [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, cu modificările și completările ulterioare, **autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară.**

Potrivit pct. 76 din această decizie: Infirmarea deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de C.N.S.C. sau de instanța de contencios administrativ, **obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea ofertei**, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și care nu au fost cercetate la prima evaluare, **fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare**, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, **și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect.** Cu atât mai mult, în situația dată, **nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte oferte declarate ca admisibile sau inadmisibile și în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat, fiind contrar principiului securității juridice declararea ca neconformă sau inacceptabilă a unei oferte declarate anterior admisibilă sau invers**, conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.

Așa cum s-a reținut și la pct. 81 din decizie: Exercițarea controlului de legalitate administrativ - jurisdicțional sau jurisdicțional și invalidarea concluziei de inadmisibilitate a ofertei la care a ajuns comisia prin raportul de evaluare întocmit obligă autoritatea contractantă de a proceda la reluarea operațiunii de evaluare a acestei oferte de la etapa contestată, conform celor dispuse prin decizia C.N.S.C. sau hotărârea instanței, **comisia nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect.**

Prin urmare, în condițiile în care există o verificare anterioară a unei oferte, în speță a ...SRL cu privire la propunerea tehnică, comisia de evaluare nu mai putea face o reevaluare a acesteia sub aspecte necontestate.

De aceste rigori este ținută nu numai comisia de evaluare, ci și organismul administrativ - jurisdicțional care nu poate fi investit cu alte aspecte decât cele pe care autoritatea contractantă a avut a le reevalua. Or, autoritatea contractantă avea obligația de a reevalua oferta ...SRL doar sub aspectul îndeplinirii cerinței caietului de sarcini referitoare la „Prezentarea perioadei de valabilitate de la deschidere – minim 30 de zile”.

O poziție contrară, ar însemna că organismul administrativ – jurisdicțional poate obliga autoritatea contractantă să reevalueze propunerea tehnică a ...SRL pentru aspecte ce țin de prima reevaluare, ceea ce încalcă tocmai raționamentul exprimat de ÎCCJ în Decizia nr. 66/2018.

Relevante sunt și cele concluzionate în Minuta întâlnirii *președinților secțiilor specializate ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel dedicate unificării practicii judiciare în domeniul contencios administrativ și fiscal*, disponibilă pe site-ul INM, întâlnire desfășurată la Cluj-Napoca, în perioada 5-6 mai 2022, încheiată cu prilejul dezbaterii, printre altele, a problemei de drept: ***tardivitatea criticilor formulate în cadrul unei proceduri de achiziție publică de către ofertantul inițial, declarat câștigător, împotriva ofertei unui alt operator economic care a fost reintrodus în procedură în urma admiterii unei contestații, dar pentru aspecte ce nu au făcut obiectul reevaluării.***

S-a reținut în cadrul Minutei arătate, că:

Astfel, remediul eficient și efectiv este formularea unei cereri de intervenție voluntară, de către ofertantul declarat câștigător, în condițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 până la soluționarea contestației de către Consiliu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației, sau în cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicarea în SEAP, în termen de 10 zile de la data comunicării contestației. (...)

Prin urmare, în raport de soluția pronunțată în Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privitoare la dezlegarea unei chestiuni de drept, în concordanță cu principiile stabilite de Directiva de remedii și cu ansamblul reglementării interne analizate, apreciem că în situația în care ofertantul declarat câștigător nu a formulat la rândul său contestație față de soluția comisiei de evaluare cu privire la oferta clasată pe locul 2 și nu a formulat nici cerere de intervenție în condițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, după ce a luat cunoștință de contestația formulată de acesta din urmă, ulterior reevaluării, nu mai poate formula pe calea contestației critici cu privire la aspectele supuse evaluării comisiei în faza inițială și necontestate.

Recunoașterea interesului ...SRL de a ataca primul rezultat al procedurii dată fiind calitatea sa de ofertant câștigător de la acel moment, rezidă și din jurisprudența europeană, respectiv din Hotărârea Curții (Camera a noua), din 24 februarie 2022, în cauza C-532/20 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Curtea de Apel București, prin decizia din 12 iunie 2020, primită de Curte la 20 octombrie 2020, în procedura Alstom Transport SA împotriva Companiei Naționale de Căi Ferate CFR SA, în care se arată:

27. În această privință, trebuie amintit că **articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 impune statelor membre să asigure accesul la căile de atac**, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, **cel puțin oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare**.

28. **Această dispoziție are vocația de a se aplica în special situației oricărui ofertant care apreciază că o decizie de admitere a unui concurent la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice este nelegal și riscă să îi cauzeze un prejudiciu, acest risc fiind suficient pentru a întemeia un interes imediat pentru formularea unei căi de atac împotriva deciziei menționate**, făcând abstracție de prejudiciul care poate, pe de o parte, să decurgă din atribuirea respectivului contract unui alt candidat.

Așadar, în momentul în care ...SRL a promovat contestație împotriva evaluării ofertei sale, ...SRL, în calitate de câștigător, i s-a născut un interes care îndeplinea toate condițiile prevăzute de lege, de a critica oferta ...SRL.

Or, ...SRL nu a înțeles să acționeze în consecință, spre a-și consolida poziția ocupată, ci a depus (în cadrul primului ciclu procesual) doar o cerere de intervenție în interesul autorității contractante, după cum s-a arătat, prin care a înțeles să susțină temeinicia motivului de respingere reținut de autoritatea contractantă.

În concluzie, Consiliul apreciază ca fiind tardive criticile contestatorului cu privire la îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini, altele decât cea asupra căreia autoritatea contractantă a fost obligată a se aplica în reevaluare dispusă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația, ca nefondată.

Cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației (onorariu avocat), va fi respinsă, în considerarea alin. (9) al articolului de mai sus, având în vedere că nu s-a stabilit culpa procesuală a autorității contractante în evaluarea ofertei ...SRL.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Respinge cererea ...SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației (onorariu avocat).

Obligatorie.

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.

...