

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

DECIZIE

Nr. 2163/C1/2282

Data: 15.09.2023

Prin contestația nr. 1786/11.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 44294/16.08.2023, formulată de SRL, cu sediul în, sectorul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și asistată/sau reprezentată de „.....- Cabinet de avocat”, împotriva raportului procedurii de reevaluare nr. 13780/08.08.2023, întocmit de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Dezinfectanți”, cod CPV: 33631600-8, s-a solicitat:

- anularea raportului și a deciziei autorității contractante de anulare a procedurii;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la faza stabilirii clasamentului ofertelor admisibile și a ofertei câștigătoare, cu luarea în considerare a statutului definitiv de admisibilitate a ofertei societății sale.

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

Contestatorul arată că emiterea raportului procedurii este urmarea pronunțării deciziei CNSC nr. 1701/C1/1571/21.07.2023 care stabilește obligația autorității contractante de a reevalua oferta prezentată de SC SRL, respectiv:

p.18 -

„Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL începând cu propunerea tehnică, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale, a Deciziei nr. 43/C1/2911 din data 09.01.2023, Deciziei nr. 541/C1/302 din data

10.03.2023, Deciziei nr. 1039/C1/863 din data de 08.05.2023 și a celor reținute în motivarea aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare".

Menționează că, procedând conform art. 26 (10¹) din Legea nr. 101/2016, CNSC a stabilit în motivarea deciziei măsurile concrete care trebuie adoptate de autoritatea contractantă în cadrul reevaluării:

p. 16:

«Având în vedere caracterul definitiv și irevocabil, al celor trei decizii anterioare, care au dobândit putere de lucru judecat, aspect care semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res

iudicata pro veritate habetur), Consiliul constată că în prezenta procedură de atribuire autoritatea contractantă nu avea dreptul să desemneze câștigătoare oferta SC SRL câtă vreme prin considerentele Deciziei nr. 541/C1/302 din data 10.03.2023, Consiliul s-a pronunțat în sensul că „nu ar fi trebuit să declare drept admisibilă și câștigătoare oferta acestuia ci ar fi trebuit să o respingă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 deoarece respectivul ofertant nu a demonstrat îndeplinirea cerinței cu privire la compatibilitatea cu suprafețele astfel cum a fost aceasta formulată prin caietul de sarcini”, considerent față de care există în prezent putere de lucru judecat și care a fost preluat și în cadrul considerentelor Deciziei nr. 1039/863/08.05.2023».

Contestatorul arată că, prin raportul procedurii, p. 4, autoritatea contractantă stabilește următorul rezultat al (re)evaluării ofertelor prezentate în procedură:

„Oferta depusă de SC SRL pentru produsul Oxidice AIR B este declarată neconforma deoarece din raportul de testare a compatibilității produsului ofertat efectuat printr-o metodă standardizată EN ISO 175:2015 și din 50905:1987 reiese că afectează metalele cupru, alamă și aluminiu.

Oferta depusă de SC SRL pentru produsul ASEPTANIOS AD este declarată neconformă deoarece din raportul de testare a compatibilității produsului ofertat, efectuat în Laboratoarele ANIOS reiese că afectează metalele cupru și alamă, iar aluminiu este netestat”.

Contestatorul arată că, din nou, autoritatea contractantă, împotriva celor decise de CNSC pe parcursul a 4 decizii (doar reevaluarea propunerii tehnice a), procedează (și) la efectuarea evaluării tehnice a ofertei societății sale.

Pe parcursul celorlalte evaluări ale ofertei sale - consemnate în rapoarte care, la rândul lor, au fost, fie anulate integral, fie păstrate doar în parte cu motivarea iregularității evaluării tehnice a ofertei ALCARINA – autoritatea contractantă a considerat oferta sa drept admisibilă - citează din:

- raportul procedurii nr. 1520/30.01.2023, p.5:

„3.2.4. Rezultatul evaluării ofertelor

Rezultatul evaluării ofertelor prezentate de ofertanți sunt prezentate în tabelul de mai jos:

Oferta admisibilă:

..... - DA

..... - DA.

- raportul procedurii nr. 5078/23.03.2023, p.2:

„Referitor la fondul și soluționarea problemei adusă în analiză de CNSC arătăm cu cele învederate mai sus rigurozitatea evaluării

înscrisurilor depuse pentru ambii ofertanți și făcând abstracție de incompatibilitatea ambelor produse cu suprafețele din cupru, aluminiu și alamă materiale nesolicitate în mod expres în caietul de sarcini, am hotărât conformitatea celor două produse oferite”.

- raportul procedurii nr. 9464/31.05.2023, p.2:

„Făcând abstracție de incompatibilitatea ambelor produse oferite, atât a operatorul, cât și de operatorul SRL cu suprafețele din cupru, aluminiu și alamă, cerință/material nesolicitate în mod expres în caietul de sarcini al prezentei proceduri, am hotărât conformitatea celor două produse oferite”.

Cu privire la acest aspect arată că nu a existat nicio contestare a acestei evaluări (care, indiferent de scopul cu care a fost emisă de

autoritatea contractantă, s-a definitivat), astfel încât, consideră că trebuie respectate principiul disponibilității și principiul securității juridice;

Ca urmare, existând o ofertă admisibilă - cea a sa, stabilită ca atare de către chiar autoritatea contractantă pe parcursul a 4 evaluări succesive anterioare și definitivă prin lipsa oricărei contestări a acestui statut, consideră că se impune și anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii, publicată în SEAP la data de 09.08.2023, întrucât nu subzistă motivul invocat de autoritatea contractantă și prevăzut de art.212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016: „dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă”.

Având în vedere cele prezentate, contestatorul solicită anularea raportului, care este contrar prevederilor deciziei (obligatorii, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016) - care prevede doar reevaluarea tehnică a ofertei - și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa stabilirii clasamentului ofertelor admisibile și a ofertei câștigătoare, cu luarea în considerare a statutului definitiv de admisibilitate a ofertei societății sale.

Pentru motivele arătate solicită admiterea contestației.

În drept - își sprijină contestația pe textele legale menționate în cuprinsul său.

Prin adresa nr. 15339/04.09.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48272/04.09.2023 autoritatea contractantă transmite documentele întocmite ca urmare a punerii în aplicare a deciziei CNSC nr. 1701/C1/1571/21.07.2023.

Prin adresa nr. 49405/2282/C1/11.09.2023 Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită la dosarul cauzei propunerea tehnică depusă de SRL.

Prin adresa nr. 16276/14.09.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 50219/14.09.2023 autoritatea contractantă a transmis propunerea tehnică a ofertantului SRL.

Prin adresa nr. 1825/17.08.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 44808/17.08.2023, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209400241/1, tranzacția nr. 1360833183/101609851 din 11.08.2023, eliberată de CEC Bank, sucursala Victoria, în cuantum de 4.480,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Dezinfectanți”, cod CPV: 33631600-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. CN1047062/14.09.2022, conform căruia valoarea

estimată a procedurii este 1.008.000,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „Prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, ... SRL este nemulțumit de modalitatea în care a pus în aplicare autoritatea contractantă măsurile dispuse de CNSC prin Decizia nr. 1701/C1/1571/21.07.2023, susținând că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să reevalueze ambele oferte aflate în procedură (oferta SRL și oferta contestatorului SRL), ci ar fi trebuit să se limiteze la reevaluarea ofertei SRL.

Având în vedere criticile din contestația care face obiectul prezentei, Consiliul reține că, anterior, în cadrul aceleiași proceduri de

atribuire SRL a formulat contestația nr. 2269/24.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 58081/25.11.2022, solicitând obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnică a ofertei „.....” SRL.

Urmare a soluționării contestației anterior menționată, Consiliul a pronunțat Decizia nr. 43/C1/2911 din data 09.01.2023, prin care a dispus astfel: „Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, cu privire la punctul 2.2. din aceasta, anulează în parte raportul procedurii și actele subsecvente inclusiv comunicările transmise privind rezultatul procedurii, și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL, începând cu propunerea tehnică, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate criticile de la punctul 2.1. din contestația formulată de SC SRL.

Obligatorie.

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

Ulterior reevaluării dispusă prin decizia anterior menționată, tot SRL a formulat contestația nr. 338/07.02.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 6209/07.02.2023, solicitând obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnică a ofertei SRL.

Urmare a soluționării celei de a doua contestații formulate de SRL, Consiliul a pronunțat Decizia nr. 541/C1/302 din data 10.03.2023 prin care a dispus astfel: „Admite contestația formulată de SC SRL și, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL, începând cu propunerea tehnică, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale, a Deciziei nr. 43/C1/2911/09.01.2023 și a celor reținute în motivarea aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator în cuantum de 2.200 lei.

Obligatorie.

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

Ulterior comunicării rezultatului reevaluării dispusă prin Decizia nr. 541/C1/302 din data 10.03.2023, ... SRL a formulat cea de a 3-a contestație având nr. 800/30.03.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 17407/31.03.2023, solicitând anularea raportului procedurii de reevaluare nr. 5078/23.03.2023; în principal, desemnarea ofertei sale ca fiind cea câștigătoare a procedurii

de atribuire și stabilirea unui termen pentru semnarea acordului cadru; în subsidiar, obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnica a ofertei SRL în raport de dispozițiile deciziei CNSC nr. 541/C1/302/10.03.2023 și obligarea autorității contractante la întocmirea unui nou raport al procedurii, consemnând rezultatul reevaluării.

Urmare a soluționării celei de a treia contestații formulate de SRL, Consiliul a pronunțat Decizia nr. 1039/C1/863 din data de 08.05.2023, prin care a dispus astfel: „Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL

începând cu propunerea tehnică, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale, a Deciziei nr. 43/C1/2911 din data 09.01.2023, Deciziei nr. 541/C1/302 din data 10.03.2023 și a celor reținute în motivarea aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondată solicitarea contestatorului SC SRL privind desemnarea ofertei sale drept câștigătoare.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator în cuantum de 1.100 lei."

Ulterior comunicării rezultatului reevaluării dispusă prin Decizia nr. 1039/C1/863 din data 08.05.2023, ... SRL a formulat cea de a 4-a contestație, care a făcut obiectul dosarului CNSC nr. 1571/2023.

Prin Decizia nr. 1701/C1/1571/21.07.2023, Consiliul a soluționat cea de a 4-a contestație a SRL, sens în care a dispus astfel: „Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL începând cu propunerea tehnică, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale, a Deciziei nr. 43/C1/2911 din data 09.01.2023, Deciziei nr. 541/C1/302 din data 10.03.2023, Deciziei nr. 1039/C1/863 din data de 08.05.2023 și a celor reținute în motivarea aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator în cuantum de 2.200 lei.

Obligatorie.

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

Analizând contestația care face obiectul prezentei, raportat la considerentele celor 4 decizii pronunțate anterior în cadrul prezentei proceduri de atribuire se reține că, prin prima contestație formulată, ... SRL a solicitat reevaluarea ofertei contracandidatului său SRL sub aspectul lipsei, din propunerea tehnică a acestuia, a rapoartelor de testare privind compatibilitatea produsului oferat cu suprafețele tratate.

În acest sens, Consiliul a reținut în considerentele Deciziei nr. 43/C1/2911 din data 09.01.2023 următoarele aspecte:

«În ceea ce privește criticile formulate de SC SRL, la punctul 2.2. din contestația sa, Consiliul va admite ca fiind fondate aceste critici.

Mai precis, conform clarificării care se regăsește în documentul publicat în SEAP în data de 19.09.2022, sub identificatorul „[CN1047062/00010] adresa gb indco - răspuns.pdf”, **document care a devenit parte a documentației de atribuire**, „Ref: cererile de informații și/sau de modificare

a caietului de sarcini al lotului achiziției - procedura licitație deschisă având ca obiect „dezinfecțanți”, cod CPV 33631600-8 cu anunțul de participare nr. CN 1047062/14.09.2022 - PRODUS BIOCID PENTRU DEZINFECȚIE DE NIVEL ÎNALT A AERULUI PRIN NEBULIZARE, vă comunicăm următoarele:

(...)

*- Produsul să nu decoloreze suprafețele, să nu albească, să nu păteze **cu precizarea obligativității de a prezenta rapoarte de testare privind compatibilitatea produsului oferat cu suprafețele tratate.***

Or, ofertantul SRL, prin propunerea tehnică depusă în cadrul prezentei proceduri, nu a făcut dovada îndeplinirii acestei cerințe exprese, respectiv nu a depus un raport de testare privind compatibilitatea produsului oferat cu suprafețele tratate, prezentând în schimb o declarație emisă de BonaDea Biotehnologie, inventatorul și dezvoltatorul produsului **OXIDICE**

AIR B, în numele SC SRL (pag. 527, vol. 2/2 al dosarului cauzei), fapt confirmat de autoritatea contractantă prin susținerile sale din cadrul punctului de vedere transmis ca urmare a formulării contestației în discuție.

Mai precis, potrivit acestor susțineri, „Ofertantul SRL **a prezentat o declarație** din care reiese că „produsul nu decolorează, nu înălbeste, nu pătează și nu creează pelicule aderente pe suprafețele întâlnite în mod curent în spitale și alte spații de îngrijire a sănătății” .

Consiliul subliniază că orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică, sub toate aspectele acesteia, având certitudinea că documentele prezentate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și de cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în respectiva documentație.

Pornind de la aceste considerente, Consiliul reține că declararea ca fiind admisibilă și ulterior câștigătoare, de către comisia de evaluare, a ofertei asocierii SC SRL, în baza informațiilor și documentelor comunicate de aceasta, nu a fost de natură să respecte, în faza de evaluare a propunerilor tehnice, propriile reguli stabilite de autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire, care stabileau expres, în sarcina ofertanților, obligația **„de a prezenta rapoarte de testare privind compatibilitatea produsului ofertat cu suprafețele tratate”**.

Astfel, raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de verificare **a conformității propunerilor tehnice** ale ofertanților **cu prevederile caietului de sarcini**, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că verificarea ofertei depusă de SC SRL nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă atât de cerințele exprese din caietul de sarcini cât și de legislația în domeniu, comisia de evaluare dând dovadă atât de superficialitate în evaluarea propunerii tehnice în discuție cât și de un formalism excesiv».

În etapa de reevaluare dispusă prin Decizia nr. 43/C1/2911 din data de 09.01.2023, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SRL, acesta depunând, potrivit considerentelor Deciziei nr. 541/C1/302 din data 10.03.2023, un raport de testare din care rezultă că produsul ofertat corodează anumite tipuri de materiale.

În acest sens, Consiliul reține următoarele considerente din Decizia nr. 43/C1/2911 din data 09.01.2023:

«„(...) reevaluarea dispusă prin Decizia CNSC nr. 43/C1/2911/09.01.2023 a avut ca motiv faptul că autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta SC SRL fără ca acesta să fi demonstrat prin depunerea rapoartelor de testare compatibilitatea produsului ofertat cu suprafețele care urmează a fi tratate.

Totodată, Consiliul reține că în etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a transmis SC SRL adresa nr.

1277/25.01.2023, prin care i-a solicitat acestuia următoarele clarificări: „(...) să trimiteți rapoartele care au stat la baza declarației depuse în cadrul ofertei tehnice cu privire la compatibilitatea produsului ofertat cu suprafețele tratate conform cerinței din caietul de sarcini (...)”.

La această solicitare de clarificări, SC SRL a răspuns prin adresa nr. 57/27.01.2023 la care a anexat o serie de înscrisuri.

Ulterior, autoritatea contractantă a încheiat raportul procedurii de atribuire nr. 1520/23.01.2023 în care a desemnat câștigătoare oferta SC SRL, apreciind că înscrisurile transmise în anexa adresei nr. 57/27.01.2023 demonstrează îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini privind compatibilitatea cu suprafețele.

Verificând, la rândul său, oferta SC SRL și răspunsul la solicitarea de clarificări din etapa de reevaluare dispusă prin decizia anterioară,

Consiliul reține că în anexa adresei nr. 57/27.01.2023, respectivul ofertant a depus o expertiză din 11.06.2019 în care este evaluat de către un specialist rezultatul testelor efectuate pe produsul oferit de SC SRL, fiind menționat că în timpul testelor a fost utilizată substanță concentrată 100% în care au fost scufundate probe din diferite materiale iar, în urma verificării efectului asupra acestor materiale, s-a constatat **afectarea vizibilă a obiectelor din cupru, alamă și aluminiu după expunere scurtă** în sensul că suprafețele din cupru și alamă au fost afectate vizibil iar aluminiul și-a pierdut luciul.

Se menționează că latexul și-a pierdut o parte din elasticitate și colorarea a fost modificată.

Totodată expertul precizează că dispozitivele din sticlă erau ușor corodate pe margini însă apreciază că este puțin probabil să apară schimbări notabile în condiții normale de utilizare.

Concluzionează că produsul oferit de SRL „(...) este compatibil cu instrumentele din domeniul medical uman, compuse din materialele menționate anterior, cu limitările menționate mai sus, dacă este utilizat conform recomandărilor producătorului. Trebuie acordată atenție aplicării pe suprafețele din cupru, alamă și aluminiu”.

Având în vedere mențiunile din expertiza anterior menționată, potrivit cărora produsul oferit de SC SRL afectează în mod vizibil suprafețele din cupru, alamă și aluminiu, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să declare drept admisibilă și câștigătoare oferta acestuia **ci ar fi trebuit să o respingă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016** deoarece respectivul ofertant nu a demonstrat îndeplinirea cerinței cu privire la compatibilitatea cu suprafețele astfel cum a fost aceasta formulată prin caietul de sarcini.

Referitor la acest aspect, Consiliul reține că înscrisurile depuse de SC SRL în anexa răspunsului la solicitarea de clarificări reprezintă rezultatul testării substanței concentrate 100% asupra diferitelor materiale, scufundate în această substanță concentrată.

Totodată, Consiliul reține că obiectul prezentei proceduri de atribuire îl reprezintă achiziționarea unui produs aplicat prin nebulizare iar, potrivit avizului Comisiei Naționale pentru Produse Biocide nr. 4591BIO/02/03.22 aflat la dosarul CNSC nr. 2911/2022, modalitatea de aplicare în cazul nebulizării este „6 ml/m³ **nediluat**”, cu durata de nebulizare 10 minute și timpul de acțiune 60 minute.

Consiliul reține că SC SRL nu a prezentat niciun raport de testare a compatibilității produsului din oferta sa cu suprafețele tratate prin nebulizare, ci a prezentat rezultatul testării în cazul unei alte metode de acțiune respectiv prin scufundare.

Rezultă că, deși autoritatea contractantă a oferit SRL o reală șansă de a-și completa propunerea tehnică cu rapoartele referitoare la compatibilitate, care lipseau din aceasta, respectivul ofertant nu a profitat de ocazie și nu a depus niciun raport care să demonstreze că produsul oferit nu pătează/corodează în cazul aplicării prin nebulizare ci a depus un raport în care este evidențiat efectul asupra materialelor scufundate în acesta.

Ori, autoritatea contractantă nu dorește un dezinfectat pe care să îl utilizeze prin scufundare, ci un dezinfectant pentru nebulizare.

Astfel, raportul de testare prezentat de SC SRL pe de o parte nu este prezentat pentru a demonstra efectul coroziv în urma nebulizării (astfel cum urmează a fi utilizat de autoritatea contractantă) iar pe de altă parte nu demonstrează nici lipsa efectelor corozive, fiind precizat expres efectul asupra cuprului, alamei, aluminiului și sticlei.

Faptul că produsul oferit de SC SRL afectează după expunere scurtă materialele cupru, alamă, aluminiu în cazul scufundării nu este de natură să demonstreze lipsa acestor efecte în cazul nebulizării ci, dimpotrivă, datorită timpului de 10 minute de nebulizare la care se adaugă timpul de acțiune de 70 minute, este evident că substanța va acționa pentru

un timp considerabil mai lung pe suprafețe decât cea „expunere scurtă” menționată de expert.

În acest sens se reține că afirmația din expertiza prezentată potrivit căreia „este puțin probabil să apară schimbări notabile în condiții normale de utilizare” este o simplă prezumție (și aceasta referitoare strict la corodarea dispozitivelor de sticlă), a cărei realitate ar fi trebuit demonstrată în actuala procedură de atribuire prin prezentarea de rapoarte de testare adaptat situației concrete, în care produsul urmează a fi nebulizat în cantitatea și pentru durata de timp menționate în avizul BIO.

În lipsa unor astfel de teste concrete, autoritatea contractantă nu deține nicio dovadă scrisă certă/concretă a compatibilității produsului oferat de SC SRL cu suprafețele iar raportul prezentat demonstrează contrariul, respectiv faptul că dezinfectantul respectivului ofertant afectează vizibil suprafețele din cupru, alamă și aluminiul după o aplicare de scurtă durată.

Mai mult, mențiunile din opinia expertului cu privire la corodarea suprafețelor din cupru, alamă și aluminiu sunt de natură să explice motivul pentru care SC SRL a ales să nu depună aceste înscrisuri în propunerea sa tehnică, înlocuindu-le cu o simplă declarație a producătorului având conținutul convenabil elaborat. Câtă vreme rapoartele cu privire la compatibilitate demonstrează neconformitatea ofertei sale raportat la cerințele caietului de sarcini, SC SRL nu avea niciun interes să le depună, fiind conștient de riscurile prezentării unui astfel de înscris care demonstrează neconformitatea ofertei sale cu specificațiile prezentului caiet de sarcini.

Consiliul reține că, alegând să formuleze cerința din caietul de sarcini „Produsul să nu decoloreze suprafețele, să nu albească, să nu păteze **cu precizarea obligativității de a prezenta rapoarte de testare privind compatibilitatea produsului oferat cu suprafețele tratate**”, autoritatea contractantă și-a asumat implicit obligația de a desemna oferta câștigătoare doar în cazul îndeplinirii tuturor condițiilor și cerințelor din documentația de atribuire (a se vedea în acest sens dispozițiile art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), printre care se regăsește și condiția cu privire la demonstrarea compatibilității cu suprafețele tratate, prin rapoarte de testare».

Următoarele 2 contestații formulate succesiv de SRL au avut ca obiect faptul că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare în mod corespunzător deciziile CNSC anterior menționate, desemnând admisibilă și câștigătoare oferta SRL deși raportul de testare depus de acesta certifică faptul că produsul oferat anumite tipuri de materiale.

În acest sens se reține că prin Decizia nr. 1039/C1/863 din data 08.05.2023 și Decizia nr. 1701/C1/1571/21.07.2023, Consiliul a dispus reevaluarea ofertei SRL motivat de faptul că nerespectarea cerinței introdusă în documentația de atribuire ca urmare a solicitării unui alt operator economic interesat ar fi trebuit să conducă la respingerea respectivei oferte.

Potrivit mențiunilor din Decizia nr. 1039/C1/863 din data 08.05.2023, unul din argumentele invocate de autoritatea contractantă pentru desemnarea ofertei SRL drept admisibilă și câștigătoare l-a reprezentat pretinsa respectare a principiului tratamentului egal, în sensul că ambele oferte (atât cea depusă de SRL cât și cea depusă de SRL) ar avea aceleași lipsuri, respectiv, potrivit rapoartelor de testare, ambele produse ofertate ar afecta suprafețele tratate.

În acest sens, Consiliul a reținut în considerentele Deciziei nr. 1039/C1/863 din data 08.05.2023 următoarele aspecte:

„Pe de altă parte, din punctul de vedere nr. 5819/04.04.2023 înregistrat la CNSC sub nr. 21384/21.04.2023 reiese clar că autoritatea

contractantă este conștientă de neconformitatea ofertei SC SRL însă a ales să nu o respingă pentru a evita respingerea simultană a ofertei contestatorului SC SRL despre care susține că nu ar respecta, la rândul său, cerința privind demonstrarea compatibilității cu suprafețele și implicit anularea procedurii de atribuire.

Referitor la acest din urmă aspect Consiliul reține că, potrivit principiului disponibilității statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din aceeași normă juridică, Completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

Prin urmare, Consiliul nu se va pronunța asupra ofertei SC SRL, nefiind investit de către acesta cu analizarea propriei sale oferte, situație în care responsabilitatea privind respectarea prevederilor legale cu privire la verificarea conformității propunerilor tehnice depuse în procedură aparține autorității contractante în virtutea atribuțiilor sale exclusive statuate la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, a celorlalte prevederi legale incidente, a deciziilor pronunțate anterior inclusiv a jurisprudenței comunitare reprodusă în acestea”.

Astfel cum s-a reținut în considerentele anterior reproduse, Consiliul nu s-a pronunțat, la acel moment, asupra conformității ofertei SRL, deoarece, nu fusese investit de către contestator cu această verificare, iar, o eventuală analiză a conformității ofertei SRL ar fi fost de natură să încalce principiul disponibilității statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Pe de alt parte, aplicând în mod corespunzător, atât principiul tratamentului egal, cât și măsurile dispuse prin deciziile CNSC anterioare, autoritatea contractantă a procedat, în etapa de reevaluare ulterioară Deciziei CNSC nr. 1701/C1/1571/21.07.2023, la respingerea ambelor oferte.

Din analiza considerentelor celor 4 decizii CNSC pronunțate anterior se reține că, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, prezentarea unor rapoarte de testare care atestă afectarea suprafețelor testate reprezintă motiv de respingere a ofertei, ca neconformă.

În acest sens s-a pronunțat anterior, CNSC, prin decizii care nu au fost atacate la Curtea de Apel, devenind astfel definitive, motiv pentru care asupra acestui aspect există la momentul soluționării prezentei contestații autoritate de lucru judecat.

Consiliul reține că efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și

un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Autoritatea de lucru judecat operează atât în cazul hotărârilor prin care acțiunea sau cererile incidentale (cererea reconvențională ori intervențiile voluntare ori forțate) sunt admise, cât și în privința celor prin care acestea sunt respinse, fiind deci opozabilă tuturor părților din respectiva cauză.

A avea „*aceeași calitate*” în ambele cereri, înseamnă a figura în procese în calitate de titular de drepturi, prin calitate înțelegându-se aici poziția lor în nume propriu sau intervenient în proces. Altfel spus, este avută în vedere identitatea juridică a părților, iar nu identitatea lor fizică, nefiind obligatoriu ca o parte să aibă în ambele procese calitatea de

reclamant, iar cealaltă parte calitatea de pârât. Astfel, dacă în ambele procese participă aceleași persoane, ca titulare ale drepturilor, va fi identitate de părți, chiar dacă în cadrul proceselor sunt inversate calitățile părților.

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) *„nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”* și art. 430 alin. (1) și (2) *„hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”*.

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista identitate de obiect, nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același.

De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că, pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni, este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept.

Cauza este fundamentul raportului juridic dedus soluționării, temeiul juridic al cererii. Ea nu se confundă cu cauza acțiunii și nici cu mijloacele de probă. Nu se poate păstra aceeași cauză și prezenta alte dovezi pentru că există autoritate de lucru judecat. Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecății, iar puterea, prezumția de lucru judecat, ce impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În decizia sa nr. 1777 din 25 iunie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Or, prin Decizia nr. 541/C1/302 din data 10.03.2023, Consiliul a statuat în sensul că prezentarea unor rapoarte, în care este menționată afectarea suprafețelor de cupru, alamă, aluminiu, sticlă sau latex ar fi trebuit să conducă la respingerea ofertei, ca neconformă.

Consiliul reține că a fost voința deplină a contestatorului SRL de a investi Consiliul, încă de la prima contestație, cu analiza respectării cerinței privind rapoartele de testare a compatibilității cu suprafețele testate introdusă la sugestia operatorului economic SRL din oferta contracandidatului său, situație în care SRL și-a asumat, implicit, riscul respingerii propriei oferte pentru același motiv.

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".

Potrivit considerentului 36 din Hotărârea CJUE anterior citată, „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie **supuse aceluiași condiții pentru toți ofertanții**. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică **formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc** în anunțul de participare sau **în caietul de sarcini**, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din

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

punctul 44 și jurisprudența citată)".

Consiliul mai reține și faptul că societatea comercială SRL avea cunoștință, încă de la data formulării punctul de vedere la contestația sa, care a făcut obiectul dosarului nr. 863/2023, de faptul că autoritatea contractantă a sesizat pretinsa neconformitate a ofertei sale sub aspectul compatibilității cu suprafețele care urmează a fi tratate,

acest aspect fiind menționat în considerentele Deciziei nr. 1039/C1/863 din data de 08.05.2023.

Totodată, verificând la rândul său, propunerea tehnică din oferta depusă de SRL, Consiliul reține că aceasta conține raportul de testare aflat la pag. 18-8 din vol. 2 al dosarului cauzei (numerotarea olografă a autorității contractante), în cadrul căruia se regăsesc mențiuni similare raportului de testare prezentat de SRL, fiind precizată expres incompatibilitatea cu materialele „cupru” și „alamă”.

În raportul de testare anterior menționat nu se regăsesc mențiuni privind compatibilitatea cu alte materiale dintre cele menționate în raportul prezentat de SRL, cum ar fi sticla, latex sau aluminiu.

În aceste condiții, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins, în mod corect, oferta SRL, această măsură fiind adecvată prin raportare la prevederile documentației de atribuire, aspectele reținute în deciziile pronunțate anterior de către CNSC și obligația respectării principiului tratamentului egal statuat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Cu alte cuvinte, faptul că ofertantul SRL a contestat anterior anumite aspecte cu privire la oferta SRL său nu îi conferă acestuia (în speță SRL) o situație privilegiată comparativ cu cea a contracandidatului său, autoritatea contractantă având obligația să trateze toți ofertanții în mod loial, astfel, încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de atribuire, că a favorizat sau defavorizat nejustificat vreun anumit ofertant.

Or, câtă vreme autoritatea contractantă a respins o altă ofertă pentru incompatibilitatea cu anumite materiale de natura celor menționate în raportul depus de contestatorul SRL, Consiliul reține că eventuala desemnare drept admisibilă și câștigătoare a ofertei contestatorului ar fi constituit avantaj clar în favoarea acestuia, cu încălcarea principiului tratamentului egal.

În ceea ce privește pretinsa incidență a Deciziei nr. 66/2018 invocată de contestator, Consiliul reține următoarele prevederi legale din Codul de Procedură Civilă:

- art. 519: *„Dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective, este nouă și asupra acesteia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată”:*

- art. 521: „(1) Asupra sesizării, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept se pronunță prin decizie, numai cu privire la chestiunea de drept supusă dezlegării.

(2) Dispozițiile art. 517 alin. (3) se aplică în mod corespunzător.

(3) Dezlegarea dată problemelor de drept este obligatorie de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I, iar pentru instanța care a solicitat dezlegarea, de la data pronunțării deciziei.

(4) Dispozițiile art. 518 se aplică în mod corespunzător”;

- art. 518: „Decizia în interesul legii își încetează aplicabilitatea la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept reprezintă un mecanism de asigurare a practicii unitare în aplicarea și interpretarea legii de către instanțele judecătorești (mecanism a cărui funcționare este similară cu întrebarea preliminară adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene, prevăzută de art. 267 din tratatul privind funcționarea Uniunii Europene) prin care Înalta Curte de Casație și Justiție se pronunță asupra unei probleme de interpretare a unei norme juridice susceptibilă de interpretări diferite, care, odată aplicate în cauze concrete, ar genera practică neunitară.

Din analiza considerentelor Deciziei nr. 66/2018, Consiliul reține că, în cuprinsul acesteia, Înalta Curte de Casație și Justiție a interpretat prevederile art. 65, art. 104 alin. (3), art. 133 și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 forma în vigoare la data sesizării Curții care prevedeau, printre altele, la art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, obligația autorității contractante de a comunica ofertanților rezultatul finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la art. 65 alin. (1) și (2) din același act normativ.

Fiind comunicate ofertanților, în temeiul art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, deciziile autorității contractante cu privire la rezultatul finalizării anumitor faze de evaluare puteau face obiectul contestațiilor formulate de respectivii operatori economici pentru ca, ulterior, să intre în circuitul civil.

Aceste prevederi ale art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016 au fost abrogate prin art. V pct. 45 din HG nr. 419/2018, situație în care sunt incidente prevederile art. 521 coroborat cu art. 518 Cpc, care dispun faptul că *„decizia în interesul legii își încetează aplicabilitatea la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că Decizia nr. 66/2018 nu este aplicabilă procedurilor inițiate după intrarea în vigoare a HG nr. 419/2018 prin care au fost abrogate art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, respectiv după data publicării în Monitorul Oficial, Partea I nr. 496 din 18.06.2018.

Ori, întrucât, procedura în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei a fost inițiată la data 14.09.2022, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1047062 și, implicit, cu mult după data încetării aplicabilității Deciziei nr. 66/2018, Consiliul urmează să respingă, ca nefondate, susținerile contestatoarei privind pretinsa aplicabilitate a acestei decizii.

Prin urmare, contrar susținerilor SRL din contestație, reevaluarea ofertei sale sub aspectul verificării îndeplinirii cerințelor tehnice din caietul de sarcini nu era doar permisă, ci chiar obligatorie în

prezenta procedură, prin prisma prevederilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, din perspectiva asigurării respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (cu precădere principiile tratamentului egal și nediscriminării), deoarece nu este exclusă situația ca același motiv de neconformitate ,care nu a fost sesizat de către comisia de evaluare cu privire la oferta supusă analizei CNSC, să se regăsească și în cazul altor oferte.

În cauza C 396/14, CJUE s-a pronunțat astfel:

„37 În această privință, trebuie amintit că principiul egalității de tratament și obligația de transparență au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care

acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă și constituie temeiul normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea în acest sens Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C 213/07, EU:C:2008:731, punctul 45 și jurisprudența citată).

38 Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții (Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, punctul 33)”.

Chiar dacă principiul legalității nu apare enumerat între principiile de la art. 2 din legea achizițiilor publice, acest principiu este statuat în Codul Administrativ, motiv pentru care nu înseamnă că el nu ar fi aplicabil și cu ocazia derulării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, mai ales în contextul obligației de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă.

Pentru a se preveni o nouă evaluare greșită, respectiv o nouă încălcare a normelor legale, trebuie să îi fie permisă comisiei de evaluare verificarea completă a ofertelor rămase în competiție, indiferent de etapa la care s-a ajuns, inclusiv opțiunea de a resolicita clarificări. Nu se poate declara o ofertă admisibilă și câștigătoare cunoscând faptul că ea nu respectă unele condiții asupra cărora există putere de lucru judecat, sub pretextul că nu se mai poate verifica îndeplinirea acelor condiții, deoarece țin de o etapă consumată sau nu au fost supuse contestației, în demersul anterior reevaluării.

În susținerea acestei concluzii, se are în vedere, în primul rând, faptul că legislația pe linie de achiziții publice nu instituie excepții de la regula revocabilității actelor administrative individuale, reglementată de dreptul comun, respectiv de Legea nr. 554/2004, deoarece raportul procedurii intră în circuitul civil și produce efecte juridice definitive (imposibil de corectat) abia după expirarea termenului de așteptare în vederea atacării lui și semnarea subsecventă a contractului de achiziție publică.

Până la semnarea contractului, raportul procedurii de atribuire, presupunând că a intrat în circuitul civil, nu a produs efecte juridice de natură a împiedica autoritatea emitentă de la revocarea lui, dacă este afectat de o cauză de nelegalitate/netemeinicie.

Scopul declarat textual al Legii nr. 101/2016 îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să

garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, iar o asemenea garantare nu înseamnă, în niciun caz, a ignora încălcări ale legii sub pretextul că autoritatea a depășit o anumită etapă în evaluarea ofertelor.

Totodată, din dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016 (măsurile de remediere sunt acele măsuri adoptate de autoritate, în urma primirii unei contestații, cu scopul de a corecta o decizie adoptată în cadrul procedurii de atribuire), s-ar putea concluziona în sensul opțiunii autorității contractante de a își corecta propriile acte, dacă este sesizată în privința netemeinicie/nelegalității lor, fie printr-o notificare, fie direct printr-o contestație, fie în cadrul unui control ex-ante sau de alt tip.

Mai mult, autoritatea contractantă are opțiunea de a-și anula un act, sau chiar întreaga procedură, și din oficiu, în absența contestației vreunei persoane vătămate, în ipoteza în care, în derularea procedurii, constată că a încălcat prevederi legale a căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/procedurii de atribuire (dovadă în acest sens fiind dispozițiile art. 212 din legea achizițiilor publice), primând principiul legalității derulării procedurii (cu riscul de a parcurge din nou etapele viciate). Este evident că cine își poate anula întreaga competiție își poate anula un singur act al acesteia, cum este actul de evaluare a ofertelor - acela care poate mai mult poate și mai puțin (*qui potest plus potest minus*).

În plus, în materia achizițiilor publice, care ține de dreptul administrativ, de interesul public și de imperativul legalității, opțiunea autorității de a își revizui și remedia propriile acte, chiar și din oficiu, există oricând până la momentul finalizării achiziției prin semnarea contractului.

Așadar, și din această perspectivă, autoritatea este în drept să își revizuiască actele atacate sau nu și să procedeze la reexaminarea legalității situației consemnate în acestea.

Pe cale de consecință, nici Consiliul și nici instanța nu pot să interzică autorității contractante reevaluarea totală legală a calificării ofertantului și a conformității ofertei sale, întrucât ar însemna să interzică autorității să își îndeplinească obligațiile pe care i le atribuie legislația pe linie de achiziții publice și pentru care ea răspunde.

Ar însemna ca autoritatea să nu poată respinge o ofertă inacceptabilă sau neconformă pe motivele întemeiate și legale pe care a ajuns să le cunoască ulterior primei evaluări pentru simplul motiv că o nouă evaluare nu îndreptățește autoritatea să își corecteze greșelile din etapele anterioare, ceea ce este flagrant contrar legalității procedurii de atribuire și scopului legii remediilor.

Nu se poate concepe ca o ofertă care trebuie respinsă - din cauze identificate ulterior, prima evaluare fiind neglijentă - să fie admisă și, eventual, desemnată câștigătoare doar pentru că îi este interzis autorității să își revoce evaluările anterioare. Tocmai autorității îi revine responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse, situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal.

Mai mult, în condițiile în care, cu ocazia contestației formulate, s-a stabilit că procesul de evaluare nu a fost unul corect, autoritatea contractantă are obligația de a relua acest proces de evaluare cu privire

la toate aspectele, inclusiv cele ce nu au format obiect al demersului anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia nr. 559/11.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 708/2/2021 și Decizia nr. 893/2021 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara în dosarul nr. 1000/59/2021 iar considerentele cu privire la inaplicabilitatea Deciziei nr. 66/2018 în cazul procedurilor inițiate după intrarea în vigoare a HG nr. 419/2018 prin care au fost abrogate art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, respectiv după data publicării în Monitorul Oficial, Partea I nr. 496 din 18.06.2018 se regăsesc și în Hotărârea nr.

1442/22.06.2021 pronunțată de către Curtea de Apel în dosarul nr. 3349/2/2021.

Este adevărat că analiza efectuată de către Consiliu și, în consecință, argumentația expusă în motivarea deciziei anterioare au vizat doar anumite oferte, însă, niciunde în cuprinsul deciziei, Consiliul nu a limitat întinderea măsurii de remedii a reevaluării ofertelor. Cele statuate de Consiliu în deciziile sale anterioare au fost circumscrise aspectelor în divergență cu care a fost sesizat la acele momente și, prin urmare, era firesc ca în cuprinsul deciziilor să nu se facă referire la orice neconformitate sau abatere a altor aspecte ale ofertelor în contextul în care acestea nu i-au fost supuse analizei. Faptul că reevaluarea și-a avut la origine una sau mai multe deficiențe de la lege, reținute de Consiliu în decizia anterioară, nu presupune „*ipso facto*” că autorității i-ar fi interzisă o reevaluare atentă și completă a ofertelor operatorilor implicați.

Dimpotrivă, pentru a se preveni o nouă evaluare greșită, respectiv o nouă încălcare a normelor legale, îi era obligatorie comisiei responsabile desemnată de către autoritate, verificarea completă a ofertelor rămase în competiție.

Cum CNSC nu a interzis evaluarea totală a respectivei oferte, autorității contractante nu numai că îi era permisă, ci îi era chiar impusă de lege. Nu se putea declara o ofertă admisibilă și, ulterior, câștigătoare, știindu-se că ea nu respectă unele condiții asupra cărora exista la acea dată o decizie definitivă și irevocabilă, sub pretextul că nu s-ar mai putea verifica acele condiții.

Trebuie subliniat faptul că nici nu intră în competența Consiliului să interzică autorității contractante reevaluarea unei oferte, întrucât, ar însemna să interzică autorității să își îndeplinească obligațiile pe care i le atribuie legislația pe linie de achiziții publice și pentru care ea răspunde (ar însemna ca autoritatea să nu poată respinge o ofertă inacceptabilă sau neconformă pe motivele întemeiate și legale pe care le cunoaște doar sub pretextul că ele nu au fost examinate de instanță/Consiliu, care ar ajunge să i se substituie astfel în atribuții autorității).

Revine autorității contractante responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse (inacceptabilă sau neconformă), situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal (cât și a funcționarilor săi vinovați).

În concluzie, este eronată părerea pe care o exprimă contestatoarea, în sensul că autorității îi era interzisă reevaluarea ofertei sale sub aspectul verificării îndeplinirii cerințelor tehnice din caietul de sarcini.

Pe de altă parte, nu trebuie omis faptul că CNSC a anulat în întregime raportul procedurii de atribuire și a dispus întocmirea unui nou, ceea ce însemna pentru autoritate ca membrii comisiei de evaluare să își reverifice concluziile asumate prin partea de raport (anulat), astfel încât să fie convinși că noul raport pe care îl vor semna corespunde în toate privințele realității factuale și literei legii, nefiind cenzurată voința membrilor comisiei de evaluare de a reverifica temeinic și cu atenție ofertele, astfel încât să elimine orice risc de a săvârși o greșeală în etapa de reevaluare a ofertelor.

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia. Pe de altă parte, dacă

nu ar fi pe deplin convinsă de admisibilitatea ofertei sau, chiar, știind că oferta nu este admisibilă, autoritatea nu ar reanaliza-o în amănunt, ci s-ar mărgini să se bazeze pe o veche evaluare, atunci nu numai că nu și-ar respecta propriile obligații și ar comite o neglijență în serviciu, ci ar putea fi suspectată/acuzată de favorizarea ofertantului respectiv, cu eventuale implicații în planul dreptului penal.

Prin urmare, în etapa de reevaluare, autoritatea contractantă trebuie să reverifice în integritate și cu maximă rigurozitate toate ofertele, astfel încât să se asigure că nu i-a scăpat neverificat niciun element dintre cele prestabilite. Orice alt comportament, manifestat de autoritate din motive de ignoranță, de neștiință sau de rea-intenție, încalcă atât principiul legalității actelor administrației publice, cât și principiul precauției administrației publice.

Declararea drept admisibilă a unei oferte în contextul în care ea nu îndeplinește toate condițiile pentru a fi considerată admisibilă conduce, evident, și la încălcarea prevederilor privind principiul tratamentului egal și al nediscriminării în procedura achizițiilor publice [art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016]. Deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante în etapa de reevaluare, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine, altfel consecința semnării contractului cu o societate a cărei ofertă este necorespunzătoare fiind deosebit de gravă.

Sub o altă perspectivă, autoritatea contractantă are opțiunea de a își anula un act, sau chiar întreaga procedură, în ipoteza în care, în derularea acesteia, constată că a încălcat prevederi legale a căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/procedurii de atribuire. Privită prin prisma imperativului restabilirii legalității actelor sau procedurii în ansamblu, opțiunea remedierii apare ca fiind una firească, iar datorită facilității ei este preferabilă aceleia a anulării actelor/procedurii pe calea contencioasă a purtării unui proces la Consiliu sau/și la instanța de judecată.

Raționamentul anterior este subliniat de însuși caracterul de act administrativ deținut de un contract de achiziție publică dar și de actele premergătoare acestuia, consacrat la art. 2 alin. (1) lit. c) și la art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care asigură emitentului lor (autoritatea contractantă din procedura de atribuire), dreptul de a le revoca, în condițiile prevăzute la art. 1 alin. (6) din aceeași lege, dispozițiile de drept comun completând prevederile Legii nr. 98/2016, conform art. 231 din aceasta.

În materia achizițiilor publice opțiunea autorității de a își revizui și remedia propriile acte, chiar și din oficiu, există oricând până la momentul finalizării achiziției prin semnarea contractului. Așadar, și din această perspectivă, în speță, autoritatea era îndrituită să își revizuiască

actele și să procedeze la reexaminarea legalității situației consemnate în acestea, înainte ca ele să intre în circuitul civil, respectiv, înainte să producă efecte ce nu ar mai putea fi răsturnate de către părți.

Nu este de neglijat faptul că erori minore într-o primă etapă de evaluare, remediate facil urmare a deciziei CNSC, pot să mascheze abateri grave de la prevederile legale. Urmând acest raționament, s-ar putea ajunge, cu titlu de exemplu, la situația absurdă în care autoritatea contractantă ar putea respinge o ofertă pentru motive superficiale, iar, ulterior, să o desemneze câștigătoare, fără ca instanța sau Consiliul să aibă posibilitatea reală de a verifica (ne)îndeplinirea cerințelor impuse prin documentația de atribuire, deși, neregulile ar fi corect motivate și probate de către contestator, iar, actele emise de autoritatea

contractantă sunt diferite. Chiar dacă principiul legalității nu apare enumerat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 printre principii, nu înseamnă că el nu ar fi aplicabil și cu ocazia derulării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, mai ales în contextul obligației de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Nu se poate declara o ofertă admisibilă și câștigătoare cunoscând faptul că ea nu respectă unele condiții impuse în documentația de atribuire, pe motiv că nu ar fi opozabile și contestatoarei, deoarece, au făcut anterior obiectul contestației formulate de aceasta cu privire la o altă ofertă, raționamentul anterior regăsindu-se și în Decizia nr. 42/R-CONT/21.01.2021 pronunțată de Curtea de Apel Pitești în dosarul nr. 7/46/2021 și Decizia nr. 559/11.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 708/2/2021.

Lipsa compatibilității produsului oferat de SRL cu suprafețele tratate a fost sesizată de autoritatea contractantă încă de la evaluările anterioare, iar, înscrisurile elaborate de către aceasta, ulterior, nu consemnează rezultatul vreunei verificări prin care să fi fost identificate în oferta asocierii SRL informații contrare, autoritatea contractantă „trecând” la acel moment peste neconformitatea sesizată în virtutea pretinsului tratament egal față de oferta SRL câștigătoare sau, altfel spus, pentru faptul că nu ar influența rezultatul procedurii, câtă vreme actualul contestator s-ar situa pe locul 2.

Prin urmare, mecanismul menționat în Decizia nr. 66/2018 nu este aplicabil actualului contestator, nici din perspectiva verificărilor efectuate anterior de către comisia de evaluare, deoarece, în cuprinsul înscrisurilor depuse în dosarele constituite la CNSC a fost consemnată lipsa compatibilității cu anumite suprafețe, acesta fiind, în final, motivul respingerii.

Cu alte cuvinte, în disperarea de a scăpa de contestațiile formulate succesiv de SRL, autoritatea contractantă a încercat să acopere neconformitatea ofertei acestuia simultan cu cea a ofertei SRL (în loc să le respingă de la bun început pe amândouă) iar, în final, a respins ambele oferte, în mod corect, pentru nerespectarea cerinței referitoare la compatibilitatea cu suprafețele tratate.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că activitatea comisiei de evaluare din etapa de reevaluare a ofertelor ulterioară pronunțării deciziei Curții de Apel s-a desfășurat, în ceea ce privește oferta contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica acestuia privind nelegalitatea respingerii ofertei sale este neîntemeiată, urmând a fi respinsă. Pe cale de consecință, va respinge și criticile cu privire la

anularea procedurii de atribuire, având în vedere că, prin respingerea tuturor ofertelor depuse, a devenit incidentă situația prevăzută la art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 21 (douăzeci) pagini