

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 49517/21.09.2021, depusă de către SC ... SA, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional prin Av. ..., cu sediul profesional ales în ..., în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL, formulată împotriva procedurii simplificate privind atribuirea *Acordului cadru pentru prestarea serviciilor de dezinsecție, dezinfecție și deratizare la centrele și sediul DGASPC Constanța – lot 1*, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. D 77663/13.09.2021, precum și a tuturor actelor subsecvente (incluzând comunicarea rezultatului procedurii);
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SC ... SRL, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a legislației relevante precum și a Sentinței civile nr. 157/CA/23.08.2021 a Curții de Apel Constanța,
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, precum și la emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 49517/21.09.2021, SC ... SA, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei SC ... SRL, aferentă lotului 1, ca fiind câștigătoarea procedurii.

Contestatoarea menționează că a participat la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, depunând oferta

corespunzătoare, care respectă toate cerințele documentației de atribuire și care a fost declarată de către autoritatea contractantă ca fiind admisibilă, câștigătoare și clasată pe locul doi conform comunicării rezultatului procedurii.

Oferta clasata pe primul loc a fost cea a SC ...SRL.

Întrucât a apreciat că în procesul de evaluare a ofertelor au existat abateri de la prevederile legale relevante, SC ...SA a formulat contestație, arătând între altele, că autoritatea contractantă a creat un avantaj nepermis în favoarea SC ... SRL, permițând completarea ofertei cu centralizatorul cuprinzând detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, care nu a fost depus în data de 02.06.2021 în plic închis, ci doar ulterior, respectiv în data de 04.06.2021, ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. D45818/03.06.2021.

Ori, în acest fel, evident SC ... SRL a fost avantajată în raport cu ceilalți ofertanți, care au depus oferta completă de la început.

Prin Decizia nr. ... Consiliul a respins contestația SC ...SA întrucât *„în documentație nu exista vreun document care să îi oblige pe operatori să justifice încă de la depunerea ofertei prețul oferat, în condițiile în care legislația achizițiilor impune, în mod clar, situațiile în care autoritatea contractantă poate solicita justificarea prețului. Faptul că autoritatea contractantă a solicitat ulterior justificarea prețului nu înseamnă favorizarea ofertantei, ci aplicarea dispozițiilor legale incidente. Prin urmare, Consiliul reține că nu există niciun motiv a respinge ca neconformă oferta clasată pe locul întâi, motiv pentru care contestația va fi respinsă”*.

Întrucât a apreciat că această Decizie este netemeinică și nelegală, SC ... SA a formulat plângere la Curtea de apel Constanța, care prin Sentința civilă nr. .../CA/2021 a admis în parte plângerea și a modificat în parte Decizia CNSC nr. ... din 16.07.2021 în sensul că: *"admite contestația înregistrată sub nr. ..., anulează raportul procedurii nr. D46632/07.06.2021 și comunicarea rezultatului procedurii în ceea ce privește lotul 1 și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de ... SRL cu ocazia reofertării pentru lotul 1, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire și aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale"*.

În considerentele acestei Sentințe civile (deopotrivă obligatorii), Curtea de Apel arată că:

"În ceea ce privește soluția pronunțată de CNSC asupra contestației la lotul 1, instanța reține că criticile reclamantei sunt întemeiate doar în ceea ce privește modalitatea în care s-a evaluat de către comisia de evaluare reofertarea, urmare a constatării că ambele ofertante au avut o ofertă identică.

Prin întâmpinarea formulată în cauză, autoritatea contractantă recunoaște că oferta financiară depusă de ofertantul nu a fost însoțită

de centralizatorul cu detalierea elementelor de cost, centralizator care a fost depus ulterior în urma solicitării de clarificări.

În Fișa de date a achiziției la cap.IV.4.2-Modul de prezentare al propunerii financiare s-a prevăzut că:

Propunerea financiară va fi exprimată în lei (fără TVA) și va fi întocmită în conformitate cu cerințele autorității/entității achizitoare, în cazul procedurilor desfășurate pe loturi, dacă ofertantul depune ofertă pentru mai multe loturi, formularul de ofertă va fi completat distinct, pentru fiecare lot în parte. Propunerea financiară se elaborează în lei, evaluarea ofertelor se va realiza prin compararea prețului total al serviciilor prestate aferent cantității maxime a contractului. Valoarea totală a ofertei se exprimă în lei fără TVA și va include valoarea cheltuielilor de transport precum și toate cheltuielile și comisioanele care vor fi angajate de către prestator în condițiile de prestare prevăzute în documentația de atribuire. Formularul de ofertă ce va conține detalierea serviciilor (denumire serviciu, unitate de măsură, preț unitar fără TVA, TVA și valoarea totală fără TVA pentru cantitatea maximă); Perioada de valabilitate a ofertei; Nerespectarea acestor cerințe va conduce la descalificarea ofertei ca inacceptabilă. Oferta prezentată (lei/mp fără TVA), exprimată cu două zecimale, va fi însoțită de un centralizator care va conține detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, Oferta are caracter ferm și obligatoriu, din punct de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și trebuie să fie semnată, pe proprie răspundere, de către ofertant sau de către o persoană împuternicită legal de acesta (...),

Deși a reținut aceste prevederi din fișa de date, Consiliul a apreciat în mod eronat că nu era necesară depunerea centralizatorului cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, nefiind identificat în cadrul documentației de atribuire vreun astfel de formular. Instanța apreciază că lipsa unui formular din cadrul documentației de atribuire cu privire la o cerință a ofertei financiare, nu determină inaplicabilitatea cerinței.

Conform art. 209 din Legea nr.98/2016-(1) în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Este real că potrivit dispozițiilor legale precitate autoritatea contractantă are dreptul de a solicita prin clarificări inclusiv documente care lipsesc, însă cu respectarea principiului tratamentului egal și al transparenței și fără a determina apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

În cauza C-131/16 CJUE a statuat că "Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere."

Prin aceeași decizie CJUE a statuat că "în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a le solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 41, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 37). "

În ceea ce privește obligația autorității contractante de a respecta ea însăși criteriile pe care le-a stabilit prin documentația de atribuire în Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE -punctul 39-a reținut: „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, Cartier a 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".

Prin urmare, în condițiile în care ofertantul asocierii SC ... SRL urmare a solicitării autorității contractante de a reoferta lotul nr. 1 a depus oferta cu respectarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire, solicitarea autorității de a depune ulterior centralizatorul cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară este de natură a crea un avantaj evident în favoarea acesteia din urmă, cu încălcarea dispozițiilor art.209 alin. 2 din Legea nr. 98/2016".

Urmare acestei Sentințe civile, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei SC ... SRL și, în mod cu totul surprinzător, a declarat-o, din nou, câștigătoare, decizia având următoarea motivare *"faptul că modul de justificare a prețului a fost depus ulterior de către ofertant din punctul de vedere al comisiei nu a creat un avantaj acestuia și au fost respectate principiile prevăzute la art 2 din Legea nr 98/2016.*

Comisia își însușește și punctul de vedere al CNSC reținut în Decizia nr în documentație nu există vreun document care să îi oblige pe operatori să justifice încă de la depunerea ofertei prețul oferat, în condițiile în care legislația achizițiilor impune, în mod clar, situațiile în care autoritatea contractantă poate solicita justificarea prețului. Faptul că autoritatea contractantă a solicitat ulterior justificarea prețului nu înseamnă favorizarea ofertantei, ci aplicarea dispozițiilor legale incidente."

Contestatoarea arată că prin acest raport al procedurii, autoritatea contractantă încalcă flagrant o hotărâre judecătorească definitivă a Curții de apel Constanța.

Respectarea ordinii de drept presupune ducerea la îndeplinire necondiționată, de către toate persoanele (și cu atât mai mult de către o autoritate publică) a hotărârilor judecătorești, chiar și în ipoteza în care nu ar fi de acord cu ele.

Ulterior exprimării unei Curți de apel, orice opinie ar avea comisia de evaluare, aceasta nu poate rămâne decât la stadiul de părere personală, aplicarea întocmai a hotărârilor judecătorești definitive devenind obligatorie.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu a pus în aplicare Decizia definitivă nr. 157/CA/23.08.2021.

Deși s-a statuat, cu putere de lucru judecat, că acceptarea după data depunerii ofertei, a centralizatorului cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară este de natură a crea un avantaj evident în favoarea SC ... SRL, cu încălcarea dispozițiilor art. 209 alin.(2) din Legea nr. 98/2016, totuși Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Constanța a acceptat și a doua oară acest "procedeu", declarând iar câștigătoare această ofertă, în condițiile în care ar fi trebuit declarată ca neconformă.

Autoritatea contractantă a depus în copie, dosarul achiziției, anexat punctului de vedere nr. D82846/29.09.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 51584/01.10.2021, prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SA ca netemeinică și nelegală.

Autoritatea contractantă menționează că în urma evaluării ofertelor depuse, oferta depusă de contestatoare a fost declarată admisibilă, iar în urma aplicării criteriului de atribuire prevăzut în art. 187 alin. (3) litera a) *prețul cel mai scăzut*, oferta s-a clasat pe locul 1 la egalitate cu oferta prezentată de ..., fapt ce a fost consemnat în procesul verbal de evaluare financiară.

În vederea departajării ofertelor s-a solicitat înainte de încheierea raportului procedurii o nouă ofertă financiară pentru a stabili cine este pe primul loc în vederea încheierii contractelor subsecvente.

Ofertantul ... a prezentat oferta financiară, dar aceasta nu a fost însoțită de centralizatorul cu detalierea elementelor de cost, sens în care i s-a solicitat clarificări, acesta depunând centralizatorul.

Din punctul de vedere al autorității contractante nu s-a creat niciun avantaj ofertantului ..., pentru că nu a influențat oferta financiară, ci doar a fost detaliată pe elemente de cost, fiind respectate principiile prevăzute la art.2 din Legea nr. 98/2016.

Împotriva raportului procedurii nr. D46632/07.06.2021, Asocierea ...a formulat contestație ce a fost soluționată de CNSC prin Decizia nr. ... în sensul respingerii contestației.

Nemulțumită de decizia CNSC, ... a formulat plângere ce a fost soluționată de Curtea de Apel Constanța. Soluția instanței a fost în sensul admiterii plângerii în parte și a dispus *"....anulează Raportul procedurii nr.D46632/07.06.2021 și comunicarea rezultatului procedurii în ceea ce privește lotul nr.1 și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de DDD Constance Perfect Clean cu ocazia reofertării pentru lotul 1, cu respectarea documentației de atribuire și aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale"*.

În urma reanalizării ofertei depuse de ... cu ocazia reofertării comisia a reținut următoarele:

Prin adresa nr. D44292/27.05.2021 s-a solicitat *"....să depuneți o nouă ofertă financiară, conform formularului de ofertă folosit în cadrul procedurii, care va fi însoțită de un centralizator ce va conține detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară"*.

- Centralizatorul anexă la la formularul de ofertă este publicat în SEAP și are următoarea formă:

Nr. Lot.	Denumire Lot	U.M.	Cantitate	Preț unitar/mp (lei jară TVA)	VALOARE TOTALĂ fără TVA (lei)

1	DEZINFECTIE	mp			
2	DEZINSECTIE				
3	DERATIZARE				
Valoare totala loturi					

- În fisa de date IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare se arată: "Propunerea financiară va fi exprimată în lei (fără TVA) și va fi întocmită în conformitate cu cerințele autorității/entității achizitoare. În cazul procedurilor desfășurate pe loturi, dacă ofertantul depune ofertă pentru mai multe loturi, formularul de ofertă va fi completat distinct, pentru fiecare lot în parte.

Propunerea financiară se elaborează în lei, evaluarea ofertelor se va realiza prin compararea prețului total al serviciilor prestate aferent cantității maxime a contractului.

Valoarea totală a ofertei se exprimă în lei fără TVA și va include valoarea cheltuielilor "de transport precum și toate cheltuielile și comisioanele care vor fi angajate de către prestator în condițiile de prestare prevăzute în documentația de atribuire. Formularul de ofertă ce va conține detalierea serviciilor (denumire serviciu, unitate de măsură, preț unitar fără TVA, TVA și valoarea totală fără TVA pentru cantitatea maximă);

Oferta prezentată (lei/mp fără T.V.A.), exprimată cu două zecimale, va fi însoțită de un centralizator care va conține detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară.

Oferta are caracter ferm și obligatoriu, din punct de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și trebuie să fie semnată, pe proprie răspundere, de către ofertant sau de către o persoană împuternicită legal de acesta", iar ofertantul a depus centralizatorul odată cu formularul de ofertă.

Prin compararea cu centralizatorul depus de Asociera ..., acestea sunt identice.

Faptul că modul de justificare a prețului a fost depus ulterior de către ofertant din punctul de vedere al comisiei de evaluare nu a creat un avantaj acestuia și au fost respectate principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016. Comisia își însușește și punctul de vedere al CNSC reținut prin decizia nr. ... *„în documentație nu există vreun document care să îi oblige pe operatori să justifice încă de la depunerea ofertei prețul ofertat, în condițiile în care legislația achizițiilor publice*

impune, în mod clar, situațiile în care autoritatea poate solicita justificarea prețului.

Faptul că autoritatea contractantă a solicitat ulterior justificarea prețului, nu înseamnă favorizarea ofertantei, ci aplicarea dispozițiilor legale incidente”.

Potrivit legislației achizițiilor:

1. Oferta inacceptabilă

În conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 oferta este considerată inacceptabilă dacă:

- nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia,
- a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare,
- prețul depășește valoarea estimată, iar această valoare nu poate fi suplimentată.

Normele de aplicare ale Legii nr. 98/2016, respectiv HG nr. 395/2016, oferă o detaliere suplimentară a situațiilor în care oferta este considerată inacceptabilă:

- Dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă;

- Dacă aceasta constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini, alternativă care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative;

- Dacă aceasta nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii, atunci când această cerință este formulată în condițiile art. 51 alin. (2) din Lege;

- Dacă prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv;

- Dacă prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și, deși există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la modificarea substanțială în sensul depășirii procentelor de la art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Lege;

În cazul în care comisia de evaluare solicită clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate în cadrul propunerii tehnice și financiare, iar ofertantul fie nu răspunde, fie răspunde dar modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare, conținutul

propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa este considerată inacceptabilă.

Normele de aplicare prevăd și excepții specifice în cazul cărora ofertele nu vor fi respinse ca inacceptabile, comisia având obligația de a analiza prevederile art. 134 alin (6) - (11).

Comisia de evaluare are dreptul de a corecta viciile de formă cu privire la oferta unui anumit ofertant numai cu acceptul acestuia. În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

2. Oferta neconformă

În conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, oferta este considerată neconformă dacă:

- nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției;
- a fost primită cu întârziere;
- prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție;
- a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.

Hotararea Guvernului nr. 395/2016 oferă o detaliere suplimentară a situațiilor în care oferta este considerată neconformă:

- Dacă oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;
- Dacă oferta conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective;
- Dacă oferta conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate;
- Dacă propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice;
- Dacă, în cadrul unei proceduri de atribuire pentru care s-a prevăzut defalcarea pe loturi, oferta este prezentată fără a se realiza distincția pe loturile ofertate, din acest motiv devenind imposibilă aplicarea criteriului de atribuire pentru fiecare lot în parte;
- Dacă oferta este depusă cu nerespectarea prevederilor art. 60 alin. (1) lit. d) și e) din Lege, raportat la data-limită stabilită pentru depunerea cererilor de participare/ofertelor și/sau oricând pe parcursul evaluării acestora;
- Dacă, în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din Legea nr. 98/2016, se constată că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini

Legea nr. 98/2016 prevede faptul că, în situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă.

Afirmațiile fără acoperire făcute de către contestator cu privire la faptul că, autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia Curții de Apel nu numai că este lipsită de temei, dar se pare că au și un mod propriu de interpretare a deciziei instanței

Instanța a dispus reevaluarea ofertei, lucru care s-a întâmplat nicidecum nu a desemnat câștigătoarea, în speță Asocierea ... așa cum lasă să se subînțeleagă contestatoarea.

Faptul că comisia de reevaluare nu și-a modificat prima decizie argumentând de ce nu a desemnat un alt câștigător, în speță contestatoarea, nu înseamnă că nu a respectat decizia instanței.

Față de cele sus rubricate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, menținerea ca temeinic și legal a raportului procedurii nr. D77663/13.09 și pe cale de consecință și a adreselor prin care a fost comunicat rezultatul procedurii.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată privind atribuirea Acordului cadru cu 3 operatori, pentru prestarea serviciilor de dezinsecție, deratizare la centrele și sediul În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 522.662,40 lei.

În cadrul acestei proceduri, pentru lotul 1, s-a mai depus o contestație, ce a fost soluționată prin decizia nr. ..., fiind respinsă.

Împotriva acestei decizii, a formulat plângere Asocierea Allchim, ce a fost soluționată de Curtea de Apel Constanța prin Sentința civilă nr. 157/CA/2021 a admis în parte plângerea și a modificat în parte Decizia CNSC nr. ... în sensul că: *"admite contestația înregistrată sub nr. 1488, anulează raportul procedurii nr. D46632/07.06.2021 și comunicarea rezultatului procedurii în ceea ce privește lotul 1 și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de ...RL cu ocazia reofertării pentru lotul 1, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire și aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale"*.

În considerentele acestei Sentințe civile (deopotrivă obligatorii), Curtea de Apel arată că:

"În ceea ce privește soluția pronunțată de CNSC asupra contestației la lotul 1, instanța reține că criticile reclamantei sunt întemeiate doar în ceea ce privește modalitatea în care s-a evaluat de către comisia de evaluare reofertarea, urmare a constatării că ambele ofertante au avut o ofertă identică.

Prin întâmpinarea formulată în cauză, autoritatea contractantă recunoaște că oferta financiară depusă de ofertantul ...nu a fost însoțită de centralizatorul cu detalierea elementelor de cost, centralizator care a fost depus ulterior în urma solicitării de clarificări.

În Fișa de date a achiziției la cap.IV.4.2-Modul de prezentare al propunerii financiare s-a prevăzut că:

Propunerea financiară va fi exprimată în lei (fără TVA) și va fi întocmită în conformitate cu cerințele autorității/entității achizitoare, în cazul procedurilor desfășurate pe loturi, dacă ofertantul depune ofertă pentru mai multe loturi, formularul de ofertă va fi completat distinct, pentru fiecare lot în parte. Propunerea financiară se elaborează în lei, evaluarea ofertelor se va realiza prin compararea prețului total al serviciilor prestate aferent cantității maxime a contractului. Valoarea totală a ofertei se exprimă în lei fără TVA și va include valoarea cheltuielilor de transport precum și toate cheltuielile și comisioanele care vor fi angajate de către prestator în condițiile de prestare prevăzute în documentația de atribuire. Formularul de ofertă ce va conține detalierea serviciilor (denumire serviciu, unitate de măsură, preț unitar fără TVA, TVA și valoarea totală fără TVA pentru cantitatea maximă); Perioada de valabilitate a ofertei; Nerespectarea acestor cerințe va conduce la descalificarea ofertei ca inacceptabilă. Oferta prezentată (lei/mp fără TVA), exprimată cu două zecimale, va fi însoțită de un centralizator care va conține detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, Oferta are caracter ferm și obligatoriu, din punct de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și trebuie să fie semnată, pe proprie răspundere, de către ofertant sau de către o persoană împuternicită legal de acesta (...),

Deși a reținut aceste prevederi din fișa de date, Consiliul a apreciat în mod eronat că nu era necesară depunerea centralizatorului cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, nefiind identificat în cadrul documentației de atribuire vreun astfel de formular. Instanța apreciază că lipsa unui formular din cadrul documentației de atribuire cu privire la o cerință a ofertei financiare, nu determină inaplicabilitatea cerinței.

Conform art. 209 din Legea nr. 98/2016-(1) în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite

documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Este real că potrivit dispozițiilor legale precitate autoritatea contractantă are dreptul de a solicita prin clarificări inclusiv documente care lipsesc, însă cu respectarea principiului tratamentului egal și al transparenței și fără a determina apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

În cauza C-131/16 CJUE a statuat că "Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere."

Prin aceeași decizie CJUE a statuat că "în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a le solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 41, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 37). "

În ceea ce privește obligația autorității contractante de a respecta ea însăși criteriile pe care le-a stabilit prin documentația de atribuire în Hotărârea pronunțată în cauza C-27/15, CJUE -punctul 39-a reținut: „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, Cartier a 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".

Prin urmare, în condițiile în care ofertantul asocierea SC ...SRL urmare a solicitării autorității contractante de a reoferta lotul nr. 1 a depus oferta cu respectarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire, solicitarea autorității către ... de a depune ulterior centralizatorul cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară este de natură a crea un avantaj evident în favoarea acesteia din urmă, cu încălcarea dispozițiilor art. 209 alin. 2 din Legea nr. 98/2016".

Urmare acestei Sentințe civile, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei SC ... SRL și, în mod cu totul surprinzător, a declarat-o, din nou, câștigătoare, decizia având următoarea motivare "faptul că modul de justificare a prețului a fost depus ulterior de către ofertant din punctul de vedere al comisiei nu a creat un avantaj acestuia și au fost respectate principiile prevăzute la art 2 din Legea nr 98/2016.

Comisia își însușește și punctul de vedere al CNSC reținut în Decizia nr. ... în documentație nu există vreun document care să îi oblige pe operatori să justifice încă de la depunerea ofertei prețul ofertat, în condițiile în care legislația achizițiilor impune, în mod clar, situațiile în care autoritatea contractantă poate solicita justificarea prețului. Faptul că autoritatea contractantă a solicitat ulterior justificarea prețului nu înseamnă favorizarea ofertantei, ci aplicarea dispozițiilor legale incidente."

În urma acestei decizii, contestatoarea a depus contestația în analiză, arătând că prin acest raport al procedurii, autoritatea contractantă încalcă flagrant o hotărâre judecătorească definitivă a Curții de apel Constanța, că respectarea ordinii de drept presupune ducerea la îndeplinire necondiționată, de către toate persoanele (și cu atât mai mult de către o autoritate publică) a hotărârilor judecătorești, chiar și în ipoteza în care nu ar fi de acord cu ele și că ulterior exprimării unei Curți de apel, orice opinie ar avea comisia de evaluare, aceasta nu poate rămâne decât la stadiul de părere personală, aplicarea întocmai a hotărârilor judecătorești definitive devenind obligatorie.

Consiliul reține că susținerile contestatoarei sunt întemeiate. Astfel, nu mai are nicio relevanță, la acest moment, distincția între centralizatorul atașat propunerii financiare în care este obligatorie prezentarea celor 3 componente ale prețului lotului în cauză (dezinfecție,

dezinfecție și deratizare), formular obligatoriu potrivit documentației de atribuire, și justificarea modului de formare a prețului unitar pentru care nu există formular în documentația de atribuire și nici obligativitatea prezentării, din moment ce aceste două formulare au fost stabilite ca obligatorii de către instanță. Distincția realizată de Consiliu prin decizia invocată a fost invalidată de Curte. Dacă autoritatea contractantă avea ceva de spus pe acest motiv, trebuia să susțină supremația documentației de atribuire în fața Curții de apel, respectiv să demonstreze ce înseamnă centralizator și ce înseamnă justificarea prețului. Din moment ce Consiliul nu este parte în dosar, nu își poate susține argumentele în fața Curții, decizia sa fiind apărută de partea în favoarea căreia a decis. Este tardiv a susține că nu poate elimina un ofertant care a respectat documentația de atribuire, în condițiile în care decizia Curții, cu autoritate de lucru judecat, susține că era obligatorie depunerea centralizatorului cu prezentarea elementelor de cost, formular inexistent în cadrul documentației de atribuire și depus încă de la început în ofertă de operatorul declarat inițial câștigător. Astfel, este tardivă susținerea autorității contractante că acest document a fost depus, încă de la început, de cele două ofertante, în forma solicitată în documentație, ceea ce nu s-a depus de ofertanta declarată inițial câștigătoare fiind justificarea prețului, nesolicitată în documentație, și pentru care există temei legal de solicitare ulterioară, respectiv art. 210 din Legea nr. 98/2016, sau că formularul respectiv este prevăzut în documentația de atribuire, fiind utilizat ca atare de cei doi operatori economici.

Consiliul reține că acest aspect a fost lămurit de Curte, aceasta reținând cu autoritate de lucru judecat că *„Prin urmare, în condițiile în care ofertantul asocierea SC ... SRL urmare a solicitării autorității contractante de a reoferta lotul nr. 1 a depus oferta cu respectarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire, **solicitarea autorității către ... de a depune ulterior centralizatorul cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară este de natură a crea un avantaj evident în favoarea acesteia din urmă, cu încălcarea dispozițiilor art. 209 alin. 2 din Legea nr. 98/2016**”*.

Deci, Curtea a reținut că ... nu a depus inițial centralizatorul cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, ci a fost depus ulterior, iar faptul că din documentele depuse la dosar rezultă altceva, nu reprezintă un motiv de anulare a procedurii pe acest lot, așa cum greșit a considerat autoritatea contractantă.

În același timp, autoritate de lucru judecat are chestiunea tranșată de instanță, respectiv faptul că ... nu a depus inițial centralizatorul cu detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, că un astfel de formular, deși nu exista în documentația de atribuire, nu face inaplicabilă obligativitatea prezentării lui. Prin urmare, față de cele constatate de instanță, cu autoritate de lucru judecat, nu poate fi primit niciun argument, nici acela că ... a depus inițial centralizatorul cu

detalierea elementelor de cost care formează propunerea financiară, nici că acest formular există în conținutul documentației. Astfel, faptul că autoritatea contractantă consideră că decizia Consiliului ar fi documentul valid, și nu hotărârea instanței, încalcă ordinea de drept.

Potrivit art. 431 alin. (2) din Codul de procedură civilă, „Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă”. De asemenea, potrivit art. 430 din Codul de procedură civilă, „(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**.

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

Prin urmare, Consiliul verificând în ce măsură autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Curții, cu respectarea autorității de lucru judecat, reține că decizia de anulare a procedurii pentru acest lot nu respectă Decizia definitivă și irevocabilă nr. 157/CA/23.08.2021, în condițiile în care instanța a stabilit că *„asocierea SC ... SRL urmare a solicitării autorității contractante de a reoferta lotul nr. 1 a depus oferta cu respectarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire”*, în schimb... nu a depus acest formular, iar *„solicitarea autorității către ... de a depune ulterior centralizatorul cu detaliera elementelor de cost care formează propunerea financiară este de natură a crea un avantaj evident în favoarea acesteia din urmă, cu încălcarea dispozițiilor art. 209 alin. 2 din Legea nr. 98/2016”*. În condițiile date, instanța a stabilit, fără putință de tăgadă, că oferta asocierii SC ... SRL respectă documentația de atribuire, în schimb, cea depusă de ... este neconformă. Pe aceste chestiuni, Curtea de apel a tranșat problema, iar dispozițiile art. 431 alin. (2) din Codul de procedură civilă obligă la respectarea celor stabilite de Curtea de Apel.

Față de cele constatate, Consiliul reține că măsura anulării procedurii pentru lotul 1 nu este legală, fiind necesară anularea sa și stabilirea rezultatului procedurii, în concordanță cu cele stabilite de Curte.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SA lider al Asocierii SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea măsurii anulării procedurii de atribuire în partea dedicată lotului 1, cu continuarea acesteia prin punerea în aplicare a deciziei nr. 157/CA/23.08.2021 a Curții de Apel Constanța.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SA lider al Asocierii SC ...SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea măsurii anulării procedurii de atribuire în partea dedicată lotului 1, cu continuarea acesteia prin punerea în aplicare a deciziei nr. ... a Curții de Apel Constanța.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 16 (șaisprezece) pagini.