



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.ro

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - administrator și convențional de ..., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare de UPS-uri, cod CPV 31682530-4, cu data-limită de depunere a ofertelor ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea măsurii anulării procedurii de atribuire și obligarea autorității la continuarea acesteia cu reevaluarea ofertei contestatoarei.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL reclamă măsura autorității contractante ... de anulare a procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, întrucât i-a fost evaluată nelegal oferta, a formulat contestația nr. ..., admisă în parte de Consiliu, prin decizia nr. ..., iar autoritatea a fost obligată la reanalizarea ofertei. Prin procesul-verbal de reevaluare nr. ..., autoritatea a pus în aplicare în mod nelegal

respectiva decizie, anulând procedura, motiv pentru care societatea a formulat contestația nr. ..., care a fost admisă prin decizia nr.

Prin sentința civilă nr. ... din 28 februarie 2019, definitivă, Tribunalul București a obligat autoritatea contractantă să dea efectivitate deciziei Consiliului nr. ..., reținând, cu autoritate de lucru judecat, că *„lipsa finanțării pentru continuarea procedurii de achiziție publică se datorează culpei ..., care a tergiversat continuarea acesteia și nu a făcut demersurile necesare în vederea reportării finanțării existente la momentul demarării procedurii pentru anii ulteriori”*.

Ulterior, prin sentința nr. ... din 3 noiembrie 2020, aceeași instanță a aplicat conducătorului ..., domnul ..., o amendă de 20% din salariul minim brut pe economie pe zi de întârziere și a obligat agenția la plata de penalități de 1.000 lei/zi de întârziere pentru neîndeplinirea obligațiilor stabilite prin sentința civilă nr. 1391 din 28 februarie 2019.

La 09.12.2020, SC ... SRL a primit din partea autorității un e-mail cu următorul conținut: *„Buna ziua, atasat va comunicam adresa de comunicare a rezultatului procedurii de achizitie publica - furnizare produse - 8 ups uri, conform Raportului de anulare al procedurii nr. ... (publicat pe Sicap astazi, 9.12.2020, datorita unei defectiuni tehnice, recunoscute de acestia.)*

Confirmați va rog primirea prezentului email. O zi frumoasa in continuare, ...”

În cuprinsul raportului de anulare a procedurii nr. ..., publicat în SICAP abia la 09.12.2020, la o lună de la adoptare, s-a menționat:

Prin Decizia pronunțată de către Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor Bucuresti, cu nr. ..., ramasa definitiva prin Decizia Civila nr. ..., pronunțată de către Curtea de Apel Bucuresti, autoritatea contractanta ... a fost obligată la reluarea acestei proceduri de achiziție publică, cu reevaluarea ofertei depuse de către contestatoarea S.C. ... S.R.L.

Prin Procesul verbal încheiat la data de 5 iunie 2020 și înregistrat sub nr. 1027/5.06.2020, membrii comisiei de evaluare atesta reluarea procedurii de achiziție publică - „procedura simplificată - furnizare 8 ups-uri”, iar la data de 9 noiembrie 2020, prin Procesul verbal înregistrat sub nr. ..., în vederea reevaluării propunerii tehnice a operatorului economic SC ... SRL, se constată unele erori/omisiuni în conținutul Caietului de sarcini, parte integrantă a Documentației de atribuire.

Astfel, membrii comisiei de evaluare constată că în mod total eronat, prin conținutul acestuia, s-au solicitat următoarele cerințe tehnice, neluându-se în mod eronat în calcul valoarea de 17 Kw aferentă echipamentelor de climatizare:

1. "UPS urile modulare trebuie să poată fi echipate în următoarele configurații: configurație redundantă "tip n+1" pentru o încărcare de 30KVA/30KW-31 KVA/3KW"; cerința tehnică ce trebuia să fie solicitată trebuia să fie următoarea: "configurație redundantă "tip n+1" pentru o încărcare de 50KVA/50KW";

2. "Pentru configurația livrată inițial se prevăd module de baterii cu acces frontal de tip "hot swap" montate în același cabinet cu modulele de putere, cu un timp de susținere de minim 6,5 minute la încărcare de 40kVA/40KW, respectiv minimum 10 minute la 30kW"; cerința tehnică ce trebuia să fie solicitată, trebuia să fie următoarea: "Pentru configurația livrată inițial se prevăd module de baterii cu acces frontal de tip

"hot swap" montate în același cabinet cu modulele de putere, cu un timp de susținere de minim 6,5 minute la încărcare de 50kVA/50KW";

3. "Disiparea termică în funcționare normală să fie de maximum 5146 BTU/hr pentru o sarcină de 30kW"; cerința tehnică ce trebuia a fi solicitată, trebuia a fi următoarea: "Disiparea termică în funcționare normală să fie de maximum 8500 BTU/hr pentru o sarcină de 50kW".

Datorită acestor erori constatate, valoarea estimată fără TVA a acestei proceduri de achiziție publică este mai mică decât ar impune conținutul Caietului de sarcini modificat cu noile cerințe tehnice.

Așadar, agenția nu a pus în aplicare hotărârile definitive de reevaluare nici măcar după pronunțarea de către Tribunalul București a sentinței nr. ...din 3 noiembrie 2020, de aplicare de penalități și amendă. În loc să se conformeze hotărârilor, agenția și-a fabricat, la aproape 3 ani de la pronunțarea deciziei Consiliului nr...., un fals motiv de anulare a procedurii. Intenția de ocolire a legii, rezultă și din faptul că nu a transmis o comunicare a rezultatului procedurii în conformitate cu art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 146 alin. (1) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Omisiunea autorității ca, la întocmirea documentației aferente procedurii, să ia în calcul consumul echipamentelor de climatizare reprezintă o culpă a acesteia, dintr-o defectuoasă pregătire a procedurii, care nu poate fi opusă participanților după mai bine de trei ani de la lansarea procedurii.

De altfel, în contextul unei încercări anterioare de anulare a procedurii complet nemotivată, anulată de Consiliu printr-o decizie definitivă, a refuzului de punere în aplicare a unei a doua decizii definitive și obligatorii a Consiliului de reevaluare a ofertei contestatei, a unei încercări de a se sustrage rigorilor legii prin invocarea a lipsei de fonduri, respinsă de instanța de judecată cu autoritate de lucru judecat, nu putem să nu remarcăm caracterul artificial, fabricat, al acestui așa-zis motiv de anulare a procedurii, care nu este decât o încercare de a eluda prevederile legale.

Cei trei parametri impuși prin caietul de sarcini (configurația UPS-ului, timpul de susținere al bateriilor și disiparea termică) sunt corect dimensionați și corelați, nefiind vorba despre vreo eroare.

Presupusa omisiune a autorității de a lua în calcul climatizarea:

- pe de-o parte, nu poate fi opusă ofertanților la acest moment,

- pe de altă parte, din punct de vedere tehnic, climatizarea se alimentează, de regulă, din rețea, nu de la UPS-uri.

Concluzia contestatoarei, privind neîncadrarea motivului de anulare a procedurii în prevederile legale, este susținută de jurisprudența Consiliului.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că a executat în totalitate obligațiile puse în sarcină sa prin decizia

Consiliului nr. ..., prin procesul-verbal nr. ... și prin procesul-verbal de reevaluare nr.

Raportul de anulare a procedurii nu conține vicii de genul celor constatate de Consiliu prin decizia menționată, detaliind toate elementele, cu explicații juridice și tehnice, care au stat la baza anulării procedurii, după cum urmează:

Prin decizia pronunțată de către Consiliul, cu nr. ..., rămasă definitivă prin decizia civilă nr. ..., pronunțată de către Curtea de Apel București, autoritatea contractantă a fost obligată la reluarea acestei proceduri de achiziție publică, cu reevaluarea ofertei depuse de către contestatoarea SC ... SRL.

Prin procesul verbal încheiat la data de 5 iunie 2020 și înregistrat sub nr. ..., membrii comisiei de evaluare atestă reluarea procedurii de achiziție publică - „procedura simplificată - furnizare 8 ups-uri”, iar la data de 9 noiembrie 2020, prin procesul-verbal înregistrat sub nr. ..., în vederea reevaluării propunerii tehnice a operatorului economic SC ... SRL se constată unele erori/omisiuni în conținutul caietului de sarcini, parte integrantă a documentației de atribuire.

Astfel, membrii comisiei de evaluare constată că în mod total eronat, prin conținutul acestuia, s-au solicitat următoarele cerințe tehnice, neluându-se în mod eronat în calcul valoarea de 17 Kw aferenta echipamentelor de climatizare:

1) "UPS urile modulare trebuie sa poate fi echipate in urmatoarele configuratii: configuratie redundanta „tip n+1” pentru o încărcare de 30KVA/30KW -31 KVA/3 KW"; cerința tehnică ce trebuia a fi solicitată trebuia a fi următoarea: „configuratie redundanta „tip n+1” pentru o încărcare de 50KVA/50KW";

2) "Pentru configurația livrata inițial se prevăd module de baterii cu acces frontal dc tip "hot swap" montate in același cabinet cu modulele de putere, cu un timp de sustinere de minim 6,5 minute la incarcare de 40kVA/40KW, respectiv minimum 10 minute la 30kW"; cerința tehnică ce trebuia a fi solicitată, trebuia a fi următoarea: „Pentru configuratia livrata initial se prevăd module de baterii cu access frontal de tip "hot swap" montate în același cabinet cu modulele de putere, cu un timp de sustinere de minim 6,5 minute la incarcare de 50kVA/50KW."

3) „Disiparea termica in functionare normala sa fie de maximum 5146 BTU/hr pentru o sarcina de 30kW"; cerința tehnică ce trebuia a fi solicitată, trebuia a fi următoarea : „Disiparea termica in functionare normala sa fie de maximum 8500 BTU/hr pentru o sarcina de 50kW."

Ca atare, raportul cuprinde o motivare amplă cu privire la viciile caietului de sarcini, care impune anularea procedurii, pentru respectarea principiilor care guvernează procedurile de achiziție publică.

Potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă are **obligatia de a anula** procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: [...]

c) **dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire** sau dacă este imposibilă încheierea contractului.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), **prin încălcări** ale prevederilor legale **se înțelege situația în care**, pe parcursul procedurii de atribuire, **se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).**

Prin aceste prevederi, legiuitorul încearcă să instituie o protecție suplimentară a principiilor care trebuie să guverneze orice procedură de achiziții publice și a rezultatului procedurii. Legiuitorul nu a instituit o distincție în ceea ce privește existența unei culpe a autorității contractante pentru erorile sau omisiunile procedurii care pot fundamenta decizia de anulare. Autoritatea nu poate fi obligată

să achiziționeze un produs care nu este conform necesităților sale, chiar dacă neconformitatea este rezultatul unei erori sau omisiuni a autorității, anterioare etapei de depunere a ofertelor. Menținerea procedurii pe motiv că autoritatea nu ar putea să remedieze (prin anulare) anumite erori, chiar cauzate de propria culpă, ar încălca principiile fundamentale ale dreptului achizițiilor publice și ar conduce la grava prejudiciere a bugetului public, prin achiziționarea unui produs care nu poate fi folosit astfel cum are nevoie autoritatea.

Experții autorității au constatat erori în „dimensionarea cerințelor de dimensionare” a sarcinii suportate de configurațiile solicitate, nefiind luată în considerare capacitatea de 17 Kw necesară echipamentelor de climatizare.

Decizia cu privire la soluția de alimentare a echipamentelor de climatizare aparține exclusiv autorității contractante, nici ofertanții și nici măcar Consiliul neputând impune o anumită soluție tehnică. De altfel, la nivelul autorității contractante, soluția de alimentare a echipamentelor de climatizare de la UPS-uri era deja definită ca reprezentând necesitatea obiectivă a acesteia, eroarea strecurată în documentația de atribuire fiind dimensionarea insuficientă a puterii necesare, nu soluția constructivă.

Rețeaua ... – care ar urma să fi fost deservită în urma prezentei proceduri de achiziție – este o infrastructură critică la nivel național, cu obligații clare în ceea ce privește funcționarea și, ca membru al rețelei europene de comunicații de date pentru educație și cercetare GEANT (conectând direct platforma ... cu ...), este punct de prezență în zona balcanică, implicată în conectarea Chișinăului și Sofiei și realizarea conexiunii de back-up cu Atena. Disponibilitatea rețelei trebuie să fie de minimum 99,982%, asigurată numai cu sisteme redundante la nivel de alimentare cu energie electrică, la sistemele de climatizare, precum și la echipamentele active de comunicații de date. Or, la nivel de climatizare și la nivel de echipamente de comunicații, există redundanță. La nivel de alimentare cu energie electrică, redundanța nu poate fi asigurată prin existența a două circuite de alimentare de la rețea, separate unul de celălalt, pentru că spațiile în care își desfășoară activitatea sunt în universități și nu există posibilitatea suplimentării cu un circuit separat de primul. Astfel, pentru a avea redundanță în alimentarea cu energie electrică, încă din anul 2016, s-a luat decizia adoptării soluției cu două grupuri electrogene și UPS-uri în sistem redundant, din care să fie alimentați toți consumatorii din Data Center, inclusiv echipamentele de climatizare.

Este extrem de eficientă alimentarea întregului Data Center din UPS-uri datorită faptului că, în cazul unor anomalii în alimentarea cu energie electrică (întreruperi foarte scurte ale

tensiunii de la care grupurile electrogene nu pornesc sau „spikes” - creșteri și reveniri bruște ale tensiunii) acestea sunt preluate de către sistemele UPS, protejând echipamentele alimentate. Sistemele de climatizare care le deține, la întreruperile bruște ale alimentării cu energie electrică, se opresc și nu mai pornesc de la sine și, uneori, se defectează. Aceste fenomene s-au întâmplat și noaptea și în weekend-uri, și până când au ajuns operatorii să repornească sistemele de climatizare a crescut temperatura în Data Center, fapt care a condus la oprirea echipamentelor de comunicații, deoarece sunt protejate la supratemperaturi. Majoritatea echipamentelor de comunicații au timpi de repornire de 15-20 minute. Este foarte importantă alimentarea inclusiv a echipamentelor de climatizare din UPS-uri.

Contestatoarea atașează niște „recomandări”, nu o dovadă privind pretinsa corectă dimensionare a parametrilor descriși în caietul de sarcini, opinia sa fiind doar o evaluare subiectivă a necesităților autorității contractante și nu o critică sau un motiv veritabil de nelegalitate.

Având în vedere erorile strecurate în documentația de atribuire, la definirea specificațiilor tehnice, în ceea ce privește dimensionarea insuficientă a puterii necesare, erori care nu pot fi remediate fără încălcarea principiilor atribuirii contractului de achiziție publică, autoritatea a fost obligată să anuleze procedura de atribuire, neputând achiziționa produse care nu asigură funcționarea corespunzătoare a rețelei ..., rețea care face parte din infrastructura critică la nivel național.

Criticile de nelegalitate a raportului nr. ... și a procesului-verbal nr. ..., aduse de SC ... SRL, sunt neîntemeiate.

La ..., SC ... SRL a depus la Consiliu cererea înregistrată la acesta cu nr. ..., de obligare a autorității la plata cheltuielilor aferente contestației (onorariul avocațial), atașând documentele care le atestă.

La ..., SC ... SRL a transmis electronic concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr.

La rândul său, autoritatea achizitoare a formulat cererea nr. ..., de studiere și fotocopiere a documentelor dosarului cauzei, sens în care s-a prezentat la sediul Consiliului (prin reprezentant împuternicit), la ..., când a primit, sub semnătură, copiile solicitate și, la ..., a transmis electronic Consiliului notele scrise nr.

Conținutul concluziilor și al notelor nu va fi redat aici, pentru a nu încărca excesiv și, astfel, îngreuna parcurgerea prezentei decizii, însă vor fi avute în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a

competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării a opt UPS-uri, pentru sediile sale din București, Galați, Târgu Mureș, Craiova, Cluj-Napoca și Timișoara (opt noduri), contract estimat valoric la 596.000 lei, fără TVA.

La procedură, până la data-limită de depunere a ofertelor (...), au depus oferte patru operatori economici, între care și SC ... SRL. La trei ani de la momentul inițierii procedurii, aceasta a fost anulată, prin raportul nr. ..., întrucât autoritatea a descoperit că anumite specificații tehnice nu acopereau nevoile sale. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC ... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016. „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. ..., rezultat despre care SC ... SRL a fost informată abia la La ..., societatea ofertantă a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Pe parcursul derulării procedurii, au mai existat dispute litigioase privind actele autorității organizatoare. Prin decizia nr. ..., Consiliul a admis, în parte, contestația SC ... SRL nr. ..., a anulat procesul-verbal de reevaluare nr. ... și actele subsecvente lui, în ceea ce privește oferta contestatoarei, și a obligat ... la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 de zile, cu reanalizarea ofertei SC ... SRL, conform celor precizate în motivarea deciziei. Din parcurgerea respectivei motivări reiese că, în discuția ambelor părți litigante, s-au aflat și probleme de ordin tehnic, de verificare a complianței produselor ofertate cu specificațiile caietului de sarcini nr. Nicio clipă, agenția nu a pretins că specificațiile pe care ea însăși le-a stabilit și pe care trebuia să le compare cu propunerea tehnică a ofertantei ar fi eronate, că nu corespund necesităților sale. În considerentele deciziei, forul jurisdicțional a reținut:

Analizând dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal de analiză a ofertelor depuse, nr. ..., în cadrul căruia a menționat că oferta contestatoarei, alături de alte două oferte (aparținând SC ... SRL și SC ... SRL) au fost declarate admisibile, iar contestatoarei, întrucât oferta acestuia s-a situat pe primul loc, i s-au cerut documentele suport, conform art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016. Astfel că, prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat SC ... SRL să prezinte documentele justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție conform celor inserate în Secțiunea a V-a din DUAE.

Ulterior, autoritatea contractantă revine asupra celor decise în procesul-verbal anterior, și în data de 20.09.2017, întocmește procesul-verbal nr. 1898 în care stabilește că oferta contestatoarei și cea a SC ... SRL sunt neconforme.

Consiliul constată că revenirea autorității contractante, asupra celor hotărâte în procesul-verbal nr. ..., s-a făcut urmare a unei sesizări din partea unui alt ofertant, care a susținut că bunul ofertat de SC ... SRL nu ar exista efectiv pe piață.

Astfel, analizând motivul de respingere, ca neconformă a ofertei contestatoarei, referitor la faptul că „a furnizat o soluție tehnică ce nu poate fi comparată cu cea a producătorului”, Consiliul are în vedere cerința din fișa de date a achiziției, de la cap. IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, respectiv: „*Propunerea tehnică se va întocmi respectându-se cerințele minimale ale Caietului de sarcini, parte integrantă a*

Documentatiei de atribuire", caietul de sarcini conținând specificațiile tehnice minimale ale produselor ce urmează a fi achiziționate.

Consiliul constată că autoritatea contractantă, în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, prin adresa nr. ..., a solicitat contestatoarei, printre altele:

«(...) In urma verificării propunerii tehnice, așa cum reiese și din Procesul verbal de evaluare înregistrat sub nr ..., s-a constatat ca pentru produsul oferit CP048-EB 3x16KW de putere IM 1616KVA 16KW nu exista pe site ul oficial al producătorului www.centinel.com. Va solicitam sa prezentati dovada existentei acestui modul de la producător.

Documentul justificativ atașat „Cumuluspower _Technical _specifications pdf” nu face referire la produsul oferit. Va solicitam sa ne prezentati documentul tehnic cu specificațiile aferente modelului de echipament oferit.

Justificarea cerințelor tehnice din Caietul de sarcini se face invocând o "Scrisoare producător". Acesta este un desen pe care s-au făcut modificări cu codurile oferite. Va solicitam sa ne trimiteți aceasta Scrisoare nemodificata sau justificați cerințele, folosind Fisele tehnice ale echipamentelor.

De asemenea, va solicitam ca toate documentele prezentate in cadrul propunerii dvs tehnice sa fie traduse in limba.»

Răspunsul contestatoarei, cu privire la acest aspect, a fost comunicat cu adresa înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. ..., astfel:

« (...)Vă prezintă dovada existenței produsului și atașăm documentul emis de producător, „Suport and conformity letter pdf”, alături de traducerea legalizată semnată și ștampilată de traducător autorizat „Suport and conformity letter ..._ROpdf.pdf” (...).

Vă atașăm documentele ce susțin conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate, respectiv documentele „Cumuluspower_General_Information.pdf” (traducerea „Cumuluspower_General_Information_RO.pdf”), „Cumuluspower _ Technical_ Specifications.pdf” (traducerea „Cumuluspower_Technical_ Specifications _ RO.pdf”), coroborată cu „Suport and conformity letter pdf” (traducerea „Suport and conformity letter ..._RO.pdf”). (...)

Vă atașăm documentele ce susțin specificațiile tehnice solicitate, respectiv documentele „Cumuluspower_General_Information.pdf” (traducerea „Cumuluspower_General_Information_RO.pdf”),Cumuluspower_Technical_Specifications.pdf” (traducerea „Cumuluspower_Technical_ Specifications_ RO.pdf”), coroborată cu „Suport and conformity letter pdf” (traducerea „Suport and conformity letter ..._RO.pdf”). (...)

Toate documentele ce însoțesc prezenta scrisoare de răspuns au fost prezentate și în limba română, așa cum ați solicitat.»

Anexat acestui răspuns, contestatoarea a prezentat, pe lângă specificațiile tehnice ale produselor oferite, însoțite de desenele aferente, și adresa emisă în data de 07.08.2017 în favoarea autorității contractante, de către producătorul ... SA (atât în limba engleză, cât și în limba română), care conține informații ce vizează caracteristicile tehnice ale produsului oferit de contestatoare. Față de cele expuse, Consiliul apreciază că informațiile transmise de contestatoare sunt aferente solicitării autorității contractante.

Cu toate acestea, analizând procesul-verbal de reevaluare oferte, nr. ..., Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a analizat respectivele informații raportat la cerințele minimale impuse în caietul de sarcini, deoarece nu se regăsește consemnat niciun argument care să conducă la concluzia că oferta contestatoarei este neconformă. Or, simplele afirmații ale autorității contractante potrivit cărora „a furnizat o soluție tehnică ce nu poate fi comparată cu cea a producătorului”, respectiv „nu ați făcut dovada că produsul oferit este (există) în fabricația curentă a producătorului (... SA Elveția), ci dimpotrivă, ne-ați demonstrat că modulul de bază al produsului solicitat, urmează a fi dezvoltat”, nu pot fi luate în considerare.

În susținerea concluziei de mai sus, Consiliul are în vedere, pe de o parte, că în documentația de atribuire nu s-a solicitat ca ofertanții să facă dovada că soluția tehnică trebuie să fi comparată cu cea a producătorului, astfel că modul de reevaluare a ofertei contestatoarei contravine dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia: „Comisia de evaluare are următoarele atribuții: (...) f) verificarea

conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini". Pe de altă parte, nu autoritatea contractantă este cea care stabilește ce are în fabricație un producător, acesta din urmă fiind cel care știe cel mai bine ce produse are și ce poate livra pentru a onora o comandă.

De asemenea, relevante în speță sunt și dispozițiile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care impun autorității contractante să informeze fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate „în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, ... inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru (...)”.

Prin urmare, în condițiile în care, autoritatea contractantă a revenit asupra propriei decizii, prin care inițial a stabilit că oferta contestatoarei nu doar că a fost declarată admisibilă, dar că s-a clasat pe primul loc, era necesar, în concordanță cu principiul transparenței, statuat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, să prezinte explicații/argumente certe, raportat la conținutul caietului de sarcini, care să susțină concluzia de respingere, ca neconformă, a ofertei SC ... SRL.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere faptul că nici în explicațiile date, ca urmare a notificării prealabile a acesteia, autoritatea contractantă nu a prezentat apărări care să demonstreze neconformitatea ofertei contestatoarei.

Prin urmare, față de cele prezentate anterior, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu a desfășurat în mod riguros procesul de evaluare a ofertei SC ... SRL, astfel că va dispune obligarea acesteia în a efectua o analiză concretă a informațiilor prezentate de ofertantă, raportat la conținutul documentației de atribuire, așa cum impun dispozițiile art. 133 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016, conform cărora: „Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă ... din punct de vedere al elementelor tehnice propuse (...)”, respectiv: „Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv”, iar acolo unde, eventual, există neconcordanțe, neclarități etc., să procedeze la aplicarea prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta contestatoarei ca fiind neconformă, față de motivul invocat în acest sens.

De asemenea, Consiliul constată că și punctul de vedere al autorității contractante asupra contestației prezente nu oferă explicații și justificări însoțite de argumente tehnice, raportat la informațiile date de SC ... SRL, astfel încât să combată criticile societății contestatoare.

În aceste condiții, Consiliul reține că etapa de verificare a informațiilor aparținând SC ... SRL nu este finalizată, în conformitate cu normele legale expuse anterior, astfel că va obliga autoritatea contractantă să prezinte o analiză concretă a conținutului documentelor prezentate de ofertanta de mai sus, potrivit art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, citat anterior.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează procesul-verbal de reevaluare oferte nr. ..., și actele subsecvente lui, în ceea ce privește oferta contestatoarei. **Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 de zile, cu reanalizarea ofertei contestatoarei, conform celor precizate în motivare.**

Așadar, nici la evaluarea din septembrie 2017 a ofertei și nici în etapa litigioasă a contestației, din octombrie 2017, **... nu a pus problema că specificațiile tehnice pe care ea însăși le-a redactat și la care trebuia să se raporteze în verificarea tehnică a ofertelor ar fi necorespunzătoare, eronate.**

Mai mult, în noiembrie 2017, au existat alte două contestații, soluționate prin decizia nr. ..., prin care Consiliul a admis contestațiile SC ... SRL nr. ... și nr. ..., a anulat procesul-verbal de reevaluare nr. ..., în partea care privea evaluarea ofertei

contestatoarei, raportul procedurii pentru anularea procedurii nr. ..., precum și actele subsecvente lui, inclusiv comunicarea nr. ..., cu obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 zile, prin reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, conform celor precizate în motivare. Nici de această dată, ... nu a pretins că specificațiile pe care ea însăși le-a stabilit și pe care trebuia să le compare cu propunerea tehnică a ofertantei ar fi eronate, că nu corespund necesităților sale. În considerentele respectivei decizii, forul jurisdicțional a notat:

Consiliul constată că, ulterior deciziei de mai sus, autoritatea contractantă a încheiat procesul-verbal de reevaluare oferte nr. ..., în care, referitor la reanalizarea propunerii tehnice a SC ... SRL, a consemnat următoarele:

«(...) la elaborarea Caietului de sarcini autoritatea contractanta a analizat specificațiile de UPS-uri 48KW existente in fabricație ale unor producători de marca, aceste specificații fiind publice pe site- ul producătorilor respectivi tocmai in ideea de a gasi produse comune, existente in fabricație, care si-au dovedit fiabilitatea in timp fiind folosite pe scara larga.

Autoritatea contractanta a avut permanent in vedere regula ca parametrii ceruți in Caietul de sarcini sa nu fie de tipul cerințelor speciale, regula importanta si pentru asigurarea continuitatii condițiilor necesare pentru exploatarea pe termen lung a produsului care se va achiziționa.

Ofertantul ...a oferit un produs care nu se gaseste in fabricația curenta a producătorului Centiel (la cautarea pe centiel.com nu se gaseste acest produs numit CP048-IB 3x16KW), singura dovada a posibilității lui de a exista fiind o declarație a producătorului prin care acesta se angajeaza sa producă acest produs special pentru acest proiect, fara asumarea niciunei obligații de a susține pe termen lung acest produs (inclusiv prin servicii de reparații, piese de schimb).

Atat contestatarul Power Back-up cat si producătorul Centiel recunosc ca acest produs nu este unul de serie, ci special conceput pentru acest proiect, iar indeplinirea cerințelor tehnice din Caietul de sarcini este asumata pe baza unor angajamente repetate.

Mai mult, contestatarul considera greșit ca pretentia autorității contractante ca produsul sa fie unul de serie (in fabricația curenta) este restrictiva. In conformitate inasa cu art. 2.2.f din Legea 98/246 autoritatea contractanta are asumata raspunderea privind produsele achiziționate, din toate punctele de vedere si pe toata durata de utilizare a produselor.

De asemenea, termenul maxim solicitat de furnizare a produselor fiind de 45 zile de la semnarea contractului, este evident ca nu este posibila parcurgerea tuturor probelor general practicate de orice producător pentru omologarea unui astfel de produs, asa cum suntem siguri, producătorul a procedat in cazul produselor (din familia Cumulus) declarate oficial (prin prospecte, materiale tehnice documentare), ca fiind comerciale.

Pe langa aspectele de mai sus, menționam ca ...nu a furnizat nici un document complet care sa certifice faptul ca produsul oferit CP048-IB 3x16KW satisface integral toate cerințele tehnice ale Caietului de sarcini; ofertantul ...nu a răspuns (asa cum se practica si cum s-a solicitat) punct cu punct la cerințele tehnice ale Caietului de sarcini, dar nu cu trimitere la o documentație oficiala a produsului, ci la o documentație aferenta unui produs din aceeași familie (dar la alte nivele de putere) si la o scrisoare de promisiuni semnata de reprezentantul producătorului (fara valoare juridica).

Prin răspunsul sau la solicitarea autorității contractante de clarificari, contestatarul a retransmis documentul "Cumuluspower_Technical_Specifications.pdf" inclus si in oferta, dar care nu se refera la produsul ofertat, ci la produse similare din familia Cumulus aflate in fabricație

Produsele similare aflate in fabricație nu corespund inasa unor cerințe clare exprimate in Caietul de sarcini si anume:

Sistemul UPS va fi controlat de doua module de control (Modul Principal, Modul Redundant), redundante, care pot fi înlocuite, în caz de defectare, fără a fi necesară oprirea sistemului UPS („hot-swap”). Fiecare modul de control are căi de comunicații separate, izolate optic, la modulele de putere și comutare statică și sunt alimentate din surse de alimentare redundante.

Din analiza prospectului rezulta ca familia de UPS-uri Centiel/Cumulus foloseste un alt tip de redundanta, numita DARA (distributed active-redundant architecture), care nu este conforma cu cerința de a avea 2 (doua) controllere redundante de tip hot-swap si care sunt alimentate din surse de alimentare redundante.

UPS-ul trebuie sa conțină si un tablou de distributie modular care poate fi populat cu minim 6 conexiuni de ieșire trifazice de 16/32/63A, 18 conexiuni de ieșire monofazice de 16/32A sau combinații ale acestora (Exemplu: 3 conexiuni de ieșire trifazice si 9 conexiuni de ieșire monofazice). Inițial tabloul de distributie va fi populat cu o conexiune de iesire trifazica protejata. Conexiunea de ieșire va fi monitorizata din punct de vedere tensiune, voltaj, cu posibilitatea de transmitere a alarmelor de stare via e-mail.

In prospectul "Cumuluspower_Technical_Specifications.pdf" nu apare nicăieri ca familia de UPS- uri Centiel/Cumulus conține un astfel de tablou de distributie modular si integrat in sistemul de monitorizare central al UPS-ului.

In aceste condiții, Autoritatea Contractanta a interpretat ofertarea unui produs special proiectat denumit CP048-IB 3x16KW ca o tentativa a ofertantului de mascare (raportat la cerințe) a unor neconformitati clare, de fond (mentionate mai sus), ale produselor din familia Cumulus aflate in fabricația curenta.

In acest scop, ofertantul a sugerat ca este suficienta o reproiectare simpla doar a modulelor de putere, pentru a crea un modul nou in gama Cumulus Power pe care l-au denumit IM 1616KVA/16KW si avand ceilalți parametri tehnici ca fiind indicați in documentul "Cumuluspower_Technical_Specifications.pdf" pentru modulul IM20 20KVA/20KW; acest modul ar fi fost compatibil cu cerințele Caietului de sarcini, mai puțin capacitatea maxima a modulelor de putere care insa s-ar fi corectat prin reproiectare.

In condițiile in care prin clarificarea transmisa tuturor ofertanților (clarificarea publicata pe SEAP prin documentul nr. ...) s-au acceptat si produse avand modulele de putere de 5 capacitate de maxim 25 KW (cerința inițiala de max. 17 KW extinsa la 25 KW) si prin urmare reproiectarea numai pentru a respecta aceasta cerința in varianta inițiala nu era necesara, ramanand nerezolvate celelalte neconformitati majore.

O asemenea maniera de abordare in ceea ce privește participarea la o procedura de achiziție publica este nefireasca si incorecta deoarece, in conformitate cu dorința ofertantului ..., oferta tehnica este înlocuita de un document prin care ofertantul spune ca va produce un echipament care va satisface cerințele caietului de sarcini fara ca autoritatea contractanta sa poata verifica specificațiile in timp util si sa stabileasca conformitatea ofertei.

Avand in vedere cele prezentate si evidentiate si la reexaminarea si la reevaluarea ofertei ..., in conformitate cu Decizia nr. ..., pronuntata de către C.N.S.C., autoritatea contractanta isi menține punctul de vedere si considera oferta ...inacceptabila din motivele clare si importante descrise mai sus (...).

Având în vedere argumentele prezentate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare Decizia CNSC nr. ..., respingând, în mod eronat, oferta contestatoarei ca fiind inacceptabilă.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul ține cont de faptul că prin Decizia sa nr. ..., a precizat:

«Răspunsul contestatoarei, cu privire la acest aspect, a fost comunicat cu adresa înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. ..., astfel: (...) Vă prezentăm dovada existenței produsului și atașăm documentul emis de producător, „Suport and conformity letter pdf”, alături de traducerea legalizată semnată și ștampilată de traducător autorizat „Suport and conformity letter ..._RO.pdf” (...).

Vă atașăm documentele ce susțin conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate, respectiv documentele „Cumuluspower_General_Information.pdf” (traducerea „Cumuluspower_General_Information_RO.pdf”), „Cumuluspower_Technical_Specifications.pdf” (traducerea „Cumuluspower_Technical_Specifications _RO.pdf”), coroborată cu „Suport and conformity letter pdf” (traducerea „Suport and conformity letter ..._RO.pdf”). (...)

Vă atașăm documentele ce susțin specificațiile tehnice solicitate, respectiv documentele „Cumuluspower_General_Information.pdf” (traducerea „Cumuluspower_General_Information_RO.pdf”), Cumuluspower_Technical_Specifications.pdf” (traducerea „Cumuluspower_Technical_Specifications_RO.pdf”), coroborată cu „Suport and conformity letter pdf” (traducerea „Suport and conformity letter ..._RO.pdf”). (...)

Toate documentele ce însoțesc prezenta scrisoare de răspuns au fost prezentate și în limba română, așa cum ați solicitat.”

Anexat acestui răspuns, contestatoarea a prezentat, pe lângă specificațiile tehnice ale produselor oferite, însoțite de desenele aferente, și adresa emisă în data de 07.08.2017 în favoarea autorității contractante, de către producătorul ... SA (atât în limba engleză, cât și în limba română), care conține informații ce vizează caracteristicile tehnice ale produsului oferit de contestatoare. Față de cele expuse, Consiliul apreciază că informațiile transmise de contestatoare sunt aferente solicitării autorității contractante.

Cu toate acestea, analizând procesul-verbal de reevaluare oferte, nr. ..., Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a analizat respectivele informații raportat la cerințele minimale impuse în caietul de sarcini, deoarece nu se regăsește consemnat niciun argument care să conducă la concluzia că oferta contestatoarei este neconformă. Or, simplele afirmații ale autorității contractante potrivit cărora „a furnizat o soluție tehnică ce nu poate fi comparată cu cea a producătorului”, respectiv „nu ați făcut dovada că produsul oferit este (există) în fabricația curentă a producătorului (...SA Elveția), ci dimpotrivă, ne-ați demonstrat că modulul de bază al produsului solicitat, urmează a fi dezvoltat”, nu pot fi luate în considerare.

În susținerea concluziei de mai sus, Consiliul are în vedere, pe de o parte, că în documentația de atribuire nu s-a solicitat ca ofertanții să facă dovada că *soluția tehnică trebuie să fi comparată cu cea a producătorului*, astfel că modul de reevaluare a ofertei contestatoarei contravine dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia: „Comisia de evaluare are următoare atribuții: (...) f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini”. Pe de altă parte, nu autoritatea contractantă este cea care stabilește ce are în fabricație un producător, acesta din urmă fiind cel care știe cel mai bine ce produse are și ce poate livra pentru a onora o comandă.

De asemenea, relevante în speță sunt și dispozițiile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care impun autorității contractante să informeze fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate „în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, ... inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru (...)”.

Prin urmare, în condițiile în care, autoritatea contractantă a revenit asupra propriei decizii, prin care inițial a stabilit că oferta contestatoarei nu doar că a fost declarată admisibilă, dar că s-a clasat pe primul loc, era necesar, în concordanță cu principiul transparenței, statuat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, să prezinte explicații/argumente certe, raportat la conținutul caietului de sarcini, care să susțină concluzia de respingere, ca neconformă, a ofertei SC ... SRL (...).

Prin urmare, față de cele prezentate anterior, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu a desfășurat în mod riguros procesul de evaluare a ofertei SC ... SRL, astfel că va dispune obligarea acesteia în a efectua o analiză concretă a informațiilor prezentate de ofertantă, raportat la conținutul documentației de atribuire, așa cum impun dispozițiile art. 133 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016, conform cărora: „Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă ... din punct de vedere al elementelor tehnice propuse (...)”, respectiv: „Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv”, iar acolo unde, eventual, există neconcordanțe, neclarități etc., să procedeze la aplicarea prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta contestatoarei ca fiind neconformă, față de motivul invocat în acest sens.»

Or, potrivit conținutului procesului-verbal de reevaluare nr. 2155/ 20.10.2015, citat anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a înțeles să analizeze

propunerea tehnică a contestatoarei pe baza cerințelor stabilite în caietul de sarcini, conform celor subliniate în decizia de mai sus. Cu alte cuvinte, autoritatea a persistat în a face trimiteri doar la faptul că, la căutarea pe site-ul producătorului *centiel.com*, nu se regăsește produsul oferit, denumit CP048-IB 3x16KW, nefiindu-i suficientă declarația acestui producător potrivit căreia va „produce produsul special pentru proiectul în cauză”.

Or, raportat la caietul de sarcini (alcătuit din patru pagini) care conține specificațiile tehnice considerate „minimale”, așa cum se consemnează, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a indicat elementele concrete, din cadrul propunerii tehnice a contestatoarei, care nu au corespuns celor conținute de caietul de sarcini, nerespectând dispozițiile art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016.

Referitor la reluarea afirmației autorității conform căreia „produsul nu se regăsește în fabricația curentă a producătorului”, Consiliul o respinge ca putere de lucru judecat, conform motivării din Decizia CNSC nr. ...: „«(...)Consiliul are în vedere, pe de o parte, că în documentația de atribuire nu s-a solicitat ca ofertanții să facă dovada că *soluția tehnică trebuie să fi comparată cu cea a producătorului*, astfel că modul de reevaluare a ofertei contestatoarei contravine dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia: „Comisia de evaluare are următoare atribuții: (...) f) *verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini*”. Pe de altă parte, nu autoritatea contractantă este cea care stabilește ce are în fabricație un producător, acesta din urmă fiind cel care știe cel mai bine ce produse are și ce poate livra pentru a onora o comandă.»

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a efectuat o reevaluare a propunerii tehnice a contestatoarei pe baza conținutului caietului de sarcini (așa cum s-a dispus prin decizia anterioară a CNSC, conform legislației în vigoare din domeniul achizițiilor publice), astfel încât să existe chiar un tabel comparativ ce să conțină, pe de o parte, specificațiile tehnice minime din caietul de sarcini, iar pe de altă parte, specificațiile tehnice, existente oferta contestatoarei, care nu au corespuns celor impuse.

Referitor la aceste aspecte, Consiliul are în vedere și susținerea autorității contractante potrivit căreia produsul propus de contestatoare folosește un alt tip de redundanță, numită DARA (*distributed active-redundant architecture*), care, în opinia ei, „*nu este conformă cu cerință de a avea 2 (două) controllere redundante de tip hot-swat și care sunt alimentate din surse de alimentare redundante*”, precum și celelalte susțineri: *tabloul de distribuție modular etc.* Prin urmare, și în justificarea acestor afirmații, autoritatea este obligată să se raporteze la cerințele minimale existente în caietul de sarcini, prezentând argumente în acest sens.

Mai mult, Consiliul constată că atât în notificarea prealabilă, cât și în cadrul contestației, SC ... SRL prezintă o serie de explicații în legătură cu cele de mai sus, susținând superioritatea produsului său, asupra cărora autoritatea contractantă nu a făcut niciun comentariu, alegând, pe de o parte, să nu răspundă notificării prealabile, iar pe de altă parte, în punctul de vedere la contestație, s-a rezumat doar în a considera, pe cale de excepție, că este lipsită de obiect contestația, iar pe fond, că este neîntemeiată și nelegală.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante, potrivit căreia orice producător al unor astfel de produse nu ar avea timp pentru „omologarea unui astfel de produs”, raportat la termenul maxim de furnizare, de 45 de zile de la semnarea contractului, Consiliul o respinge ca neîntemeiată, motivat de faptul că autoritatea contractantă are ca sarcină achiziția produselor care-i sunt necesare și nu stabilirea timpului de omologare a lor de către un producător sau altul.

De altfel, în modelul de contract, care face parte integrantă din documentația de atribuire, există clauze contractuale care stabilesc condițiile de derulare a acestui contract inclusiv, sancțiunile în cazul în care nu se vor respecta.

Față de cele prezentate, Consiliul admite contestația înregistrată la CNSC cu nr. ..., formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează procesul-verbal de reevaluare oferte nr. ..., precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei, cu reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, conform celor precizate în motivare.

În ceea ce privește a doua contestație, formulată tot de SC ... SRL, înregistrată la CNSC cu nr. ..., Consiliul constată că observațiile acesteia vizează Raportul de anulare al procedurii nr. ... și actelor subsecvente lui, inclusiv adresa de comunicare nr. ..., solicitând anularea lor și continuarea procedurii evaluare conform prevederilor legale și a documentației de atribuire.

[...]

În ceea ce privește pronunțarea pe fond, Consiliul admite și contestația în cauză și anulează raportul procedurii pentru anularea procedurii, nr. ..., și actele subsecvente acestuia, dispunând obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

În susținerea aceste concluzii, Consiliul are în vedere faptul că decizia de anulare a procedurii de atribuire s-a făcut în baza art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră:

„ (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 [alin. \(2\)](#)”.

Însă, din analiza conținutului raportului de anulare a procedurii, Consiliul constată că decizia de anulare, în baza legală stabilită de autoritate, nu este însoțită de motivele care au determinat aplicabilitatea normelor invocate, așa cum impun dispozițiile art. 216 alin. (2) lit. g) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: *„Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații: (...) g) justificarea motivelor pentru care autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire”.*

Obligația publicării, de către autoritatea contractantă, a deciziei de anulare a procedurii de atribuire, însoțită de justificarea acesteia, rezidă inclusiv din dispozițiile art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: *„Autoritatea contractantă are obligația de a face publică decizia de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, însoțită de justificarea anulării procedurii de atribuire, prin intermediul platformei electronice prevăzute la art. 150 [alin. \(1\)](#) în termenul prevăzut la [art. 161](#)”.*

Mai mult, pentru respectarea principiului transparenței, statuat de art. 2 alin. (2) lit. d) din același act normativ, autoritatea contractantă era obligată, ca în raportul procedurii și, implicit, în comunicările rezultatului către ofertanți, nu doar să indice normele legale în baza cărora a decis anularea procedurii de atribuire, ci să justifice și motivele concrete care au determinat luarea acestei măsuri extreme, lucru care nu s-a întâmplat.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul admite contestațiile formulate de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează procesul-verbal de reevaluare oferte nr. ..., în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, raportul procedurii pentru anularea procedurii nr. ..., precum și actele subsecvente lui, inclusiv comunicarea nr.

Disputa dintre cele două părți, începută în anul 2017, a continuat în fața instanțelor de judecată, unde, agenția organizatoare, **nu a ridicat problema stabilirii eronate a obiectului achiziției prin specificațiile tehnice ale caietului de sarcini, de natură a atrage anularea procedurii de atribuire.**

După trei ani de evaluare a ofertelor, inclusiv pe partea tehnică, și conflicte purtate atât la Consiliu, cât și la instanțele de judecată, ... a conceput, în raportul procedurii nr. ..., următoarele motive de anulare a procedurii inițiate în 2017:

Prin Procesul verbal încheiat la data de 5 iunie 2020 și înregistrat sub nr. 1027/5.06.2020, membrii comisiei de evaluare atesta reluarea procedurii de achiziție publică - „procedura simplificată - furnizare 8 ups-uri”, iar la data de 9 noiembrie 2020, prin Procesul verbal înregistrat sub nr. 2092 din 9.11.2020, **în vederea reevaluării propunerii tehnice a operatorului economic SC ... SRL**, se constata unele **erori/omisiuni în conținutul Caietului de sarcini**, parte integrantă a Documentației de atribuire.

Astfel, membrii comisiei de evaluare constata că în mod total eronat, prin conținutul acestuia, s-au solicitat următoarele cerințe tehnice, neluându-se în mod eronat în calcul valoarea de 17 Kw aferentă echipamentelor de climatizare:

1. "UPS urile modulare trebuie să poată fi echipate în următoarele configurații: configurație redundantă "tip n+1" pentru o încărcare de 30KVA/30KW-31KVA/3KW"; cerința tehnică ce trebuia să fie solicitată trebuia să fie următoarea: "configurație redundantă "tip n+1" pentru o încărcare de 50KVA/50KW";

2. "Pentru configurația livrată inițial se prevăd module de baterii cu acces frontal de tip "hot swap" montate în același cabinet cu modulele de putere, cu un timp de susținere de minim 6,5 minute la încărcare de 40kVA/40KW, respectiv minimum 10 minute la 30kW"; cerința tehnică ce trebuia să fie solicitată, trebuia să fie următoarea: "Pentru configurația livrată inițial se prevăd module de baterii cu acces frontal de tip "hot swap" montate în același cabinet cu modulele de putere, cu un timp de susținere de minim 6,5 minute la încărcare de 50kVA/50KW";

3. "Disiparea termică în funcționare normală să fie de maximum 5146 BTU/hr pentru o sarcină de 30kW"; cerința tehnică ce trebuia să fie solicitată, trebuia să fie următoarea: "Disiparea termică în funcționare normală să fie de maximum 8500 BTU/hr pentru o sarcină de 50kW".

Datorită acestor erori constatate, valoarea estimată fără TVA a acestei proceduri de achiziție publică este mai mică decât ar impune conținutul Caietului de sarcini modificat cu noile cerințe tehnice.

Drept pentru care, în unanimitate de voturi, membrii comisiei de evaluare hotărâsc, datorită acestor erori/omisiuni constatate prin cerințele Caietului de sarcini, anularea prezentei proceduri de achiziție publică.

Raportul procedurii este semnat, în primul rând, de către președintele comisiei de evaluare, aceeași persoană care a întocmit caietul de sarcini nr. ..., pe care acum îl reclamă să fie eronat. O asemenea abordare, după trei ani de evaluare și procese, nu poate fi validată drept legală de către Consiliu, reprezentând o veritabilă lipsă de asumare a răspunderii, contrar art. 145 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.”*, precum și art. 146 alin. (2) din aceleași norme – *„Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzută la art. 2 alin. (2) din Lege.”*

Potrivit art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016: *„În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.”* Citind considerentele deciziilor evocate, este limpede că forul administrativ-jurisdicțional nu a impus autorității să investigheze dacă documentația pe care ea însăși a întocmit-o este sau nu viciată, ci să continue procedura de atribuire în cauză, într-un anumit termen, cu reevaluarea ofertei depuse de SC ... SRL.

Mai mult, în construirea apărărilor sale anterioare, autoritatea contractantă nu a pretins sau a lăsat a se înțelege că achiziția trebuie anulată din cauză că a întocmit greșit caietul de sarcini. O asemenea măsură vine să ignore amintitul principiu al asumării răspunderii și tocmai cele statuate de Consiliu, în sensul că documentația nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, ținută să le respecte. Dacă știa că este în culpă prin întocmirea documentației de atribuire, nimic nu a oprit organizatoarea să își anuleze procedura în urmă cu trei ani sau chiar de la contestațiile anterioare, iar nu să aștepte soluționarea și primirea lor, urmate de atacarea la curtea de apel. Anularea după o perioadă considerabilă de timp (în care s-a purtat și un proces vizând evaluarea ofertelor), pe motive ce țin de întocmirea documentației, afectează nu doar principiul încrederii legitime, ci și pe acela al bunei-credințe, sens în care se cuvine a fi amintit că, în Hotărârea din 8 mai 2007, Citymo/Comisia, T-271/04, EU:T:2007:128, Tribunalul de Primă Instanță s-a pronunțat în sensul că, în cadrul negocierilor în vederea încheierii unui contract între autoritatea publică comunitară și un ofertant cu ocazia unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, respectarea principiului bunei-credințe și interdicția abuzului de drept reprezintă norme care conferă drepturi particularilor. Pe de altă parte, deși din articolul 101 primul paragraf din Regulamentului (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului din 25 iunie 2002 privind regulamentul financiar aplicabil bugetului general al Comunităților Europene decurge faptul că autoritatea contractantă dispune de o foarte mare putere de apreciere în privința renunțării la încheierea contractului și, prin urmare, în privința încetării negocierilor precontractuale, Comisia a încălcat totuși principiul bunei-credințe într-un mod suficient de individualizat și și-a exercitat abuziv dreptul pe care i-l conferă acest regulament de a renunța la atribuirea contractului de achiziție publică, continuând, timp de două luni,

negocieri precontractuale despre care cunoștea că sunt sortite eșecului. Tribunalul apreciază astfel că, prin faptul că nu a avertizat imediat reclamanta în legătură cu decizia sa de a renunța la atribuirea contractului, Comisia i-a cauzat pierderea șansei de a închiria imobilul unui terț pentru o perioadă de două luni.

În etapa de reevaluare, ... avea de pus în aplicare deciziile definitive obligatorii ale forului jurisdicțional, nu de anulat achiziția pentru motive ce țin de documentația de atribuire, etapă de mult consumată.

Teza exprimată de agenție este nelegală și dacă este analizată din perspectiva Deciziei nr. 66 din 1 octombrie 2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, prin considerentul: *„Exercitarea controlului de legalitate administrativ-jurisdicțional sau jurisdicțional și invalidarea concluziei de inadmisibilitate a ofertei la care a ajuns comisia prin raportul de evaluare întocmit obligă autoritatea contractantă de a proceda la reluarea operațiunii de evaluare a acestei oferte de la etapa contestată, conform celor dispuse prin decizia CNSC sau hotărârea instanței, comisia nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect.”*

În cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire dacă are certitudinea că nu poate lua nicio altă măsură de remediere sau măsura ar afecta principiile prevăzute de legislația specifică. Însă, prin deciziile nr. ... și nr. ..., ..., Consiliul nu a dispus modificarea/eliminarea vreunor specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, ci reevaluarea ofertei contestatoarei.

În Decizia sa nr. ... din 8 ianuarie 2009, Curtea Constituțională a declarat că autoritatea publică contractantă nu poate invoca propria culpă, ori de câte ori dorește, pentru a anula procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică. Referințe în aceeași direcție:

– deciziile civile nr. ... din 1 iunie 2009 [numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității poate justifica anularea procedurii în temeiul art. 209 alin. (1) lit. d) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], nr. 6242 din 17 decembrie 2015 (pierderea sursei de finanțare a contractului. Autoritatea contractantă nu poate invoca existența unor constrângeri financiare pentru anularea procedurii de atribuire, atâta vreme cât demersurile sale au fost întârziate. Doar existența unor împrejurări independente de voința autorității poate justifica anularea procedurii), nr. ... din 29 februarie 2016, nr. ... din 15 decembrie 2016, nr. ... din 9 ianuarie 2017 [este evident că, anterior demarării procedurii de atribuire, autoritatea petentă a justificat necesitatea implementării proiectului și a identificat inclusiv sursa de finanțare, iar faptul că autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul de a încheia contractul în limitele fondurilor disponibile nu conduce la dreptul ei de a dispune anularea procedurii după

trecerea a mai mult de un an de la data când ofertantul câștigător a fost invitat la sediul autorității în vederea încheierii contractului, decât cu respectarea prevederilor legale care instituie cazurile cu titlu de excepție de la art. 209 alin. (1) din ordonanță, încadrarea în fondurile disponibile fiind o situație care trebuia avută în vedere la data când trebuia încheiat contractul. Petenta nu a dovedit și justificat cazul de imposibilitate a încheierii contractului, prevăzut de art. 209 alin. (1) din ordonanță, ci a invocat propria culpă, prin amânarea nejustificată a încheierii contractului pentru mai mult de un an de la data comunicării către ofertantul câștigător a rezultatului procedurii de atribuire și aproape doi ani de la data când a fost inițiată procedura de atribuire, perioadă suficientă pentru ca aceasta să fi putut întreprinde formalitățile pentru angajarea cheltuielilor necesare finanțării proiectului. Susținerile petentei în sensul că nu va putea asigura resursele financiare vor fi înlăturate, întrucât acesteia îi incumbă obligația de a efectua toate demersurile necesare pentru identificarea integrală a sursei de finanțare. Curtea subliniază că doar existența unor împrejurări independente de voința autorității contractante poate justifica decizia de anulare a procedurii de achiziție în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță, ceea ce nu este cazul în speță], nr. ... din 1 martie 2017 (pentru anularea procedurii de atribuire, încheierea contractului trebuie să fie imposibilă, nu doar neconvenabilă, dificilă, împovărătoare sau excesiv de oneroasă pentru autoritatea contractantă. Anulare pe considerentul că autoritatea nu mai dorește servicii de pază doar cu agenți, ci cu agenți și mijloacele tehnice de supraveghere. Anulare nelegală. Necesitatea sau oportunitatea achiziției) și nr. ... din 2 martie 2017 (argumentul imposibilității executării lucrărilor până la finele anului bugetar în curs nu este suficient pentru anularea procedurii de atribuire. Trecerea într-un an bugetar nou nu constituie o imposibilitate de încheiere a contractului), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. ... din 2 aprilie 2015 (anularea unilaterală a procedurii de atribuire pentru imposibilitatea de a încheia contractul nu trebuie să aibă caracter discreționar, adică, prin comportamentul său, autoritatea să nu se pună singură în situația de imposibilitate de a încheia contractul), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. ... din 13 iunie 2008 (anularea procedurii de atribuire ca urmare a aprobării unui buget de venituri și cheltuieli prin care se alocă fonduri insuficiente. Nelegalitate), Curtea de Apel Pitești, Secția comercială/a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. ... din 25 ianuarie 2017 (schimbarea sursei de finanțare a contractului – bugetul de stat în loc de fonduri europene – nu poate constitui motiv de anulare a procedurii de atribuire), Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

Prin amintita Decizie nr. ... din 1 octombrie 2018, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, s-a pronunțat: *„În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 65, art. 104 alin. (3), art. 133 și art. 134 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 [...], raportat la dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 [...], autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară.”*

76. Infirmarea deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de C.N.S.C. sau de instanța de contencios administrativ, obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea

ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acestora și care nu au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect. Cu atât mai mult, în situația dată, nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte oferte declarate ca admisibile sau inadmisibile și în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat, fiind contrar[ă] principiului securității juridice declararea ca neconformă sau inacceptabilă a unei oferte declarate anterior admisibilă sau invers, conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.

raționează Înalta Curte.

În anularea achiziției, **după mai bine de trei ani de la inițierea ei prin anunțul nr. ...**, după o primă evaluare a ofertelor și după purtarea mai multor litigii asupra evaluării, autoritatea contractantă a apelat la motivele de fapt redată mai sus, imputabile în exclusivitate autorității însăși.

Vine să întărească caracterul nelegal al actualei anulări tocmai explicația de la pag. 6 din punctul de vedere al agenției nr. ..., în sensul că, *„încă din **anul 2016**, s-a luat decizia adoptării soluției cu două grupuri electrogene și UPS-uri în sistem redundant din care să fie alimentați toți consumatorii din Data Center inclusiv echipamentele de climatizare”*. Responsabilitatea derulării unei proceduri de atribuire, despre a cărei lipsă de necesitate autoritatea contractantă pretinde la acest moment că știa încă înainte de inițierea ei, îi revine exclusiv organizatoarei, remedierea acestei situații nefiind motiv legal de anulare a procedurii conform art. 212 din Legea nr. 98/2016.

În speță, nu sunt întrunite condițiile anulării nici în baza art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și nici în baza art. 212 alin. (1) lit. d) din aceeași lege. Vizavi de acest din urmă temei legal, care prevede anularea când Consiliul sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, organul administrativ-jurisdicțional reiterează că, prin deciziile sale anterioare, nu a dispus modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini/alt document, situație în care art. 212 alin. (1) lit. d) este complet lipsit de relevanță.

Relativ la art. 212 alin. (1) lit. c) (*„dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”*), este de notat că documentația de atribuire, asumată de ... și menținută inclusiv pe durata litigiilor purtate înainte, „a intrat în circuitul civil” și produce efecte juridice de natură a împiedica autoritatea emitentă să o revoce în etapa de reevaluare a ofertelor dispusă de Consiliu (*„conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în*

circuitul civil și a produs efecte juridice”, în exprimarea din Decizia nr. ... din 1 octombrie 2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, redată mai sus).

Abaterile pe care se poate întemeia anularea procedurii de atribuire trebuie să existe în realitate, să fie grave și să afecteze procedura de atribuire – Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. ... din 10 noiembrie 2011.

În cei trei ani, câți s-au scurs de la inițierea procedurii și deschiderea ofertelor, specialiștii autorității puteau semnală existența vreunor deficiențe ale documentației și să propună anularea licitației, iar nu după ce au consumat etape de evaluare a tuturor ofertelor și mai multe etape litigioase în fața Consiliului și a instanțelor judiciare. Niciuna dintre susținerile autorității nu legitimează imposibilitatea reevaluării sau a încheierii contractului de achiziție publică, care să conducă la anularea procedurii în baza art. 212 alin. (1) din lege.

Văzând și modul imperativ în care sunt redactate normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 145. - Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului **cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.**

Art. 146. - (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte **nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire**, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.,

coroborate cu cele consemnate în raportul de finalizare a procedurii și ținând seama de principiul proporționalității, care impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60),

Consiliul apreciază că obiectiile contestatoarei privind nelegalitatea anulării achiziției se vădesc a fi fondate și, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu În lumina considerentelor expuse, contrar celor raționate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că anularea procedurii s-a realizat în baza unui motiv artificial – invocat pentru a evita atribuirea contractului inițiată în urmă cu trei ani –, cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind acest aspect este fondată.

Regula *nemo auditur propria turpitudine allegans* sancționează persoana care a contribuit la neregularitatea unui act

juridic, astfel încât nu mai poate invoca sancțiunea anulării actului, tocmai datorită faptului că neregularitatea a fost creată prin propria acțiune/inacțiune. Cauza de față relevă că organizatoarea procedurii este aceea care a stat în pasivitate, inclusiv pe durata proceselor la Consiliu și la instanțe, deși nimic nu a oprit-o să își recitească propria documentație de atribuire. Nu i se pot imputa SC ... SRL neregulile pe care le invocă acum ... cu privire la propria documentație de atribuire.

Judecând motivele factice de anulare invocate de către autoritatea achizitoare din perspectiva cadrului legal redat, Consiliul determină că niciunul nu este de natură să atragă anularea procedurii.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, autoritatea nu a furnizat acestuia niciun argument credibil sau mijloc de probă din care să rezulte imposibilitatea încheierii contractului (făcând abstracție că modalitatea de executare a contractului reprezintă o problemă distinctă de încheierea lui). Pentru a fi legală, anularea licitației pe temeiul imposibilității contractării trebuie însoțită de mijloace concludente de probă din care să reiasă cel puțin un obstacol concret și cert de ordin legal sau factual în calea încheierii contractului.

Față de explicațiile lipsite de obiectivitate aduse de autoritate în fundamentarea măsurii anulării procedurii, departe de a reprezenta motive concrete care să justifice această măsură, cum impun dispozițiile antemenționate, Consiliul determină că anularea nu îndeplinește condițiile cerute de lege [art. 212 alin. (1) lit. c) teza ultimă din legea achizițiilor publice] pentru a putea fi însoțită și validată de acesta. O astfel de măsură extremă trebuie să se conformeze tuturor dispozițiilor legale care o reglementează.

Este covârșitoare practica instanțelor judecătorești în care acestea au statuat că anularea unei proceduri de atribuire trebuie să aibă la bază motive care nu se găsesc la discreția autorității contractante, independente de orice culpă a acesteia și obiective. În acest sens pot fi invocate *exempli gratia* decizia nr. 436 din 10 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal; decizia civilă nr. 2646 din 27 noiembrie 2008, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 3556 din 24 iunie 2009, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 612/R-C din 13 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de formularea și susținerea contestației (onorariul avocațial), ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.* –, precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă. Probatoriul cauzei a relevat că ... s-a aflat în culpă procesuală, motiv pentru care reclamanta a inițiat atacarea anulării pe cale administrativ-jurisdicțională. Existând o culpă procesuală din partea ei, se impune ca achizitoarea să suporte cheltuielile efectuate de reclamantă.

În consecință, date fiind cheltuielile avansate de contestatoare în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și va admite solicitarea de obligare a autorității contractante aflate în culpă la plata celor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației. Cheltuielile solicitate sunt în sumă de ... lei și reprezintă: *„Onorariu avocat conform Contractului de asistență juridică nr. Asistență juridică, redactare, semnare, depunere contestație împotriva anulării procedurii „Surse de alimentare electrică”, anunț de participare simplificat nr. ...”, pentru Cabinetul de Avocat „...”, facturat cu nr. ... și achitat de societatea contestatoare prin tranzacție interbancară la .. (extrasul de cont ...), potrivit actelor depuse la dosarul cauzei.*

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

Admite contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul de anulare a procedurii de atribuire nr. ... și actele autorității contractante de comunicare a anulării procedurii. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în acord cu precedentele decizii ale Consiliului, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După finalizarea evaluării și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica ofertanților rămași implicați în procedura de atribuire rezultatul acesteia, potrivit legislației aplicabile.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SC ... SRL a sumei de ... lei, reprezentând cheltuieli efectuate de aceasta pentru formularea și susținerea contestației nr.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

OPINIE CONCURRENTĂ,

Soluția exprimată de majoritatea membrilor completului – de admitere a contestației SC ... SRL, infirmare a actului de anulare a procedurii de atribuire și a celor de comunicare a anulării, cu obligarea ... la continuarea procedurii – o apreciem a fi în deplină concordanță cu situația factuală a speței, precum și cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, cu amendamentul că anumite considerente necesitau o dezvoltare suplimentară, pentru a preveni o nouă abatere din partea autorității achizitoare, respectiv o nouă anulare abuzivă (ilicită).

Este cert că anularea oricărei proceduri de atribuire se poate realiza strict în condițiile determinate de legislația specifică, regula fiind atribuirea contractului, iar nu anularea competiției. Excepția anulării reprezintă o măsură extremă, supusă respectivelor condiții, mai ales că, potrivit art. 224 alin. (1) lit. k) din lege, anularea unei proceduri în alte cazuri decât cele permise de lege constituie contravenție, cu sancțiunea aferentă, astfel cum a punctat forul administrativ-jurisdicțional în nenumărate decizii, cum este, de pildă, decizia nr. ... (definitivă), pronunțată în aceeași componentă, decizie în care a adăugat, tocmai pentru a atenționa asupra importanței respectării amintitelor rigori ale legii: *„Crearea de circumstanțe artificiale pentru anularea procedurii de atribuire, de către autoritatea achizitoare, constituie contravenție, sancționată cu amendă între 5.000 de lei și 30.000 de lei. Prin prisma atât a redactării art. 211-213 din legea achizițiilor publice, cât și a scopului inițierii oricărei proceduri de achiziție, regula o constituie atribuirea și încheierea contractului, iar excepția o reprezintă anularea procedurii, în circumstanțele limitativ fixate de lege, nu în altele.”*

A nu se uita că, pentru prejudiciul produs de anularea competiției din cauză că autoritatea nu a întocmit corespunzător documentația, ofertanții au dreptul de a solicita despăgubiri prin

acțiune în justiție, însemnând că nu este exclusă obligarea autorității să suporte plata de despăgubiri. Potrivit art. 53 alin. (6) din lege, în cazul în care se solicită plata de despăgubiri pentru repararea prejudiciului reprezentând cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire, persoana vătămată trebuie să facă dovada prejudiciului, a încălcării prevederilor legislației privind achizițiile publice, precum și a faptului că ar fi avut o șansă reală de a câștiga contractul, iar aceasta a fost compromisă ca urmare a încălcării respective. Dacă încălcările există și reprezintă motivul pentru care procedura a fost anulată de autoritate, atunci este posibilă angajarea răspunderii patrimoniale a autorității (care, la rândul ei, se poate regresa împotriva autorului caietului de sarcini nr. ...), consecință care, alături de altele, trebuie luată în calcul înainte de a fi hotărâtă anularea.

În speța pendinte, documentația pretins „eronată sau cu omisiuni” și-a consolidat conținutul și efectele, neputând fi repudiată, mai ales de către specialistul pe parte tehnică ce a întocmit-o, acționând în prezent în calitate de președinte al comisiei de evaluare, iar fabricatele „erori/omisiuni”, demonstrate a fi artificiale și neverosimile, cauzează o vătămare certă operatorilor care au prezentat oferte admisibile (până la proba contrară), cum este și SC ... SRL, interesată ca procedura să fie continuată, respectiv să i se atribuiască contractul, iar nu să fie anulată. Alegând să anuleze „licitația” după atât timp, în care nu a semnalat nicio neregulă privind propria documentație, autoritatea ignoră principiul asumării răspunderii pentru propriul caiet de sarcini și comite o nouă ilegalitate, mai gravă, întrucât dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din legea achizițiilor publice („*încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului*”) nu erau incidente.

Dacă încă din anul 2016, înainte de demararea competiției în iulie 2017, ... cunoștea că soluția presupune un sistem redundant din care să fie alimentați toți consumatorii, inclusiv echipamentele de climatizare, întrebarea firească este de ce a inițiat procedura de atribuire în iulie 2017 cu actualul caiet de sarcini? Culpă îi revine în mod exclusiv și nu poate fi invocată în noiembrie 2020, după trei ani, în care au fost purtate cel puțin două procese, pentru a justifica anularea procedurii.

Judicios și pertinent și pentru litigiul de față a punctat Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 976 din 11 septembrie 2017 (<http://www.rolii.ro/hotarari/59cc557ce490096020000029>), păstrând decizia Consiliului nr. ...:

În plus, **autoritatea contractantă nu ar putea să justifice anularea procedurii de achiziție în stadiul avansat, ulterior unei decizii CNSC prin care au fost deja sancționate acte pe care le-a emis în cadrul procedurii, pentru propria**

conduită culpabilă și, în același timp, să susțină că demersul său a vizat respectarea drepturilor posibililor ofertanți de a participa la procedură, de vreme ce este evident că tocmai prin această conduită _____ în mod efectiv drepturile ofertanților participanți în cadrul procedurii, în special cele ale _____ SRL, acestea fiind interesele protejate de lege în mod special în procedura de față, dat fiind stadiul desfășurării ei.

Prin urmare, **corect a reținut CNSC că autoritatea contractantă nu poate să își invoce propria culpă derivată din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire impusă participanților la licitație după o perioadă lungă de timp, în care s-au consumat etape importante ale procedurii și, mai ales, ulterior unei decizii a CNSC prin care au fost constatate deficiențe ale activității sale.**

În concluzie, dincolo de faptul că ipoteza invocată de autoritatea contractantă nu are acoperire legală raportat la art. 212 alin. 1 lit. c din Legea 98/2016, în virtutea binecunoscutului principiu de drept „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, nu se poate admite solicitarea autorității contractante de anulare a unei proceduri pentru considerente derivate din propria conduită culpabilă, cu efecte evident prejudiciabile pentru ofertanții participanți la licitație.

În lumina celor expuse, argumentul erorii/omisiunii este exclus, agenția pârâtă cunoscând încă din 2016, cu un an înainte de demararea competiției, că soluția tehnică presupune un sistem redundant din care să fie alimentați toți consumatorii, inclusiv echipamentele de climatizare. Pe de altă parte, caietul de sarcini a fost elaborat și semnat tocmai de președintele comisiei de evaluare, care nu se poate dezice acum de el. În plus, din istoricul derulării procedurii se poate extrage concluzia că actualul caiet de sarcini a fost corect redactat, cu dimensionarea corectă a capacității echipamentelor, din moment ce, vreme de peste trei ani, timp în care a evaluat tehnic ofertele și a purtat mai multe procese, autoritatea nu a invocat o eventuală întocmire deficitară a propriului caiet de sarcini. În consecință, este vădit nelegală anularea procedurii de atribuire la finalul anului 2020, sub pretextul întocmirii greșite a caietului de sarcini din 2017, critica societății contestatoare privind acest aspect fiind fondată.

Acestea sunt considerentele de întărire a celor care fundamentează decizia Consiliului, pe care am găsit de cuviință a le formula în prezenta opinie concurentă.

MEMBRU,

...

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și șapte de pagini.

Redactată practicaua deciziei -