

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 49255/02.08.2024, depusă de ... SA, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - „Legal Manager”, privind procedura de licitație deschisă accelerată pentru încheierea unui acord-cadru de servicii de telefonie mobilă voce-date și internet mobil, cod CPV principal 64212000-5, cu data-limită de depunere a ofertelor 29.04.2024, anunț de participare nr. .../ 10.04.2024, organizată de ..., cu sediul în str. ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea respingerii ofertei sale și obligarea autorității la reevaluarea ei, cu emiterea unui nou raport al procedurii.

La 12.08.2024, ... SA, cu sediul în str. ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - „Government Account Manager”, a înaintat cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu cu nr. 51315/12.08.2024, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

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

I. 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 ... SA reclamă decizia autorității contractante ... de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că reevaluarea ofertei sale a fost formală și respinsă pentru neîndeplinirea de către terminalul Motorola ThinkPhone

XT2309-2 a unor compatibilități cu platforma Samsung Knox care nu au fost solicitate în documentația de atribuire (îndeplinește doar 101 din 163 capabilități, exemplificative). Dacă intenția autorității contractante era de a achiziționa exclusiv terminale Samsung, pentru a se integra cu o anumită componentă din suita Samsung Knox, avea obligația de a clarifica acest aspect prin documentația de atribuire, respectiv să publice lista celor 163 de cerințe. Pe de altă parte, prin solicitarea de clarifică se referă la cerințe suplimentare, care nu se regăsesc în documentația de atribuire, pe temeiul cărora nu putea fi respinsă oferta. De asemenea, prin decizia de respingere, autoritatea a încălcat principiul tratamentului egal, întrucât nici terminalul ofertat de câștigătorul SA nu îndeplinește toate exigențele.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[.../00057] Contestatie ... ROMANIA SA nr 2138361 din 02.08.2024-signed.pdf”, postat de autoritate în SEAP la 02.08.2024, în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr. .../10.04.2024. Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Consiliul apreciază că sintetizarea de mai sus a contestației nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare prin intermediul SEAP întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

La 09.08.2024, ... SA a solicitat să îi fie permisă formularea de concluzii scrise până la data de 14.08.2024, însă până la sfârșitul programului cu publicul anunțat pe site-ul Consiliului (<http://www.cnsc.ro/contact-2/>) nu au fost recepționate.

II. În punctul său de vedere nr. 2138400/06.08.2024 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 50143/07.08.2024, autoritatea contractantă susține în apărare că ... Romania SA, în cadrul ofertei, nu a inclus documentații tehnice de la producător (foi de catalog, datasheets etc) pentru terminalele mobile tipurile I, II și III și nici pentru tabletele electronice tipurile I și II, respectiv metoda de îndeplinire a cerințelor tehnice, ci doar o asumare pe proprie răspundere. În etapa de reevaluare a ofertei, dispusă de Consiliu, autoritatea a formulat întrebări de clarificare, prin adresa nr. 2137938/05.07.2024, la care SA a răspuns incomplet și fără a dovedi îndeplinirea cerinței: *„Integrare cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma Samsung Knox.”*, făcând trimitere la componenta Knox Manage, nu la întreaga platformă.

Autoritatea a întreprins demersuri suplimentare, revenind cu o nouă adresă, având nr. 2138014/10.07.2024, iar ofertantul a răspuns în

sensul că terminalul îndeplinește 101 capabilități, din 163, ceea ce confirmă neconformitatea ofertei.

În lipsa unor documentații tehnice complete și în urma consultării listei terminalelor mobile la adresa <https://www.samsungknox.com/en/knox-platform/supported-devices>, comisia de evaluare a contactat Samsung ..., în calitate de partener al Samsung Knox, și a solicitat informații cu privire compatibilitatea terminalului mobil Motorola ThinkPhone XT2309-2, precum și modalitatea de integrare a acestuia în platforma Samsung Knox, concluziile fiind consemnate în procesul-verbal nr. 2138118/ 17.07.2024.

Contestatoarea afirmă că demersul comisiei de evaluare este excesiv și că cele 163 de capabilități nu fac parte din specificația tehnică a terminalului mobil tip III solicitat, însă acestea se subînțeleg a fi îndeplinite prin impunerea cerinței precitate, au fost indicate cu titlu de exemplu și doar cu scopul de a demonstra în mod clar și fără echivoc faptul că terminalul ofertat nu se integrează cu capabilități depline în platforma Samsung Knox.

Cu respectarea principiului tratamentului egal, terminalul mobil tip III ofertat de operatorul ... SA a fost supus verificărilor pe același site de specialitate ce aparține Samsung Knox, ocazie cu care s-a constatat că se integrează în mod deplin cu toate cele trei componente ale platformei Samsung Knox (procesul-verbal nr. 2138118/17.07.2024).

III. Prin cererea sa de intervenție fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliului cu nr. 51315/12.08.2024, ... SA solicită respingerea contestației, ca tardivă și nefondată.

IV. 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 10.04.2024, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă accelerată în vederea procurării de servicii de telefonie mobilă voce-date și internet mobil, estimate valoric la 5.587.569 lei, fără TVA, pentru o perioadă de 36 de luni. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 10.04.2024, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat doi operatori economici, ... SA, a cărui ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă, și ... SA, a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare, prin raportul procedurii nr. 2137142/27.05.2024. Împotriva respingerii ofertei sale, ... SA a investit Consiliul cu soluționarea contestației nr. 36318/11.06.2024, în privința căreia a fost pronunțată decizia nr. .../ 27.06.2024, cu următorul dispozitiv:

Admite contestația ... SA nr. 36318/11.06.2024, în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii nr. 2137142/ 27.05.2024 și comunicările ulterioare acestuia, în ceea ce

privește respingerea ofertei contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă la reclarificarea și la reevaluarea acestei oferte, 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 reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica ofertanților rămași implicați rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 39260/21.06.2024, depusă de ... SA, și o respinge ca nefondată.

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

În considerentele deciziei a fost reținut, între altele:

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelele acordului-cadru și contractului subsecvent de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP la 24.04.2024, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru ... SA (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). 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 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). *„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, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, *ex multis*, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g, decizia nr. 3.891 din 14 iunie 2023 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 72792223d, decizia civilă nr. 176 din 21 august 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 985333e48, decizia nr. 1.738 din 20 septembrie 2023 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust g8e8223g8, și decizia civilă nr. 288 din 2 noiembrie 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 597ee7239).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Constanța, Secția de contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 6 din 12 ianuarie 2024, cod

ReJust g8789d674, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 828 din 1 aprilie 2021, cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr. 517 din 4 martie 2021, cod ReJust 65459455, și Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016, cod ReJust 27494445).

Astfel cum a sesizat și Curtea de Apel Ploiești, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 123 din 2 februarie 2023, cod ReJust 7239g5386, „*rigorile impuse de legislația achizițiilor publice și de cerințele documentației de atribuire impun ca ofertanții să demonstreze că ofertele lor sunt apte să satisfacă nevoile licitației, iar nu să vină doar cu simple afirmații în acest sens*”.

Depășind această contextualizare de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare devenită o axiomă, și care 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. 2137142/27.05.2024, rezultat comunicat competitorilor la 31.05.2024. La 10.06.2024, luni, ... SA a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

[...]

În speță, ..., prin comisia de evaluare, în procesul-verbal nr. 2136997/20.05.2024, de evaluare a propunerilor tehnice, și-a exprimat credința că terminalul Motorola ThinkPhone XT2309-2 „nu poate fi înrolat de către prestator în platforma menționată în cerințele de compatibilitate”, cu alte cuvinte nu poate fi integrat cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma Samsung Knox. Una dintre cerințele regăsite în caietul de sarcini (pag. 8) este:

Prestatorul va asigura înrolarea gratuită a terminalelor mobile în platformele de management centralizat menționate la Caracteristică tehnică – Cerințe de compatibilitate prezente din Specificatii tehnice terminale mobile - Anexele 3-7, la solicitarea beneficiarului.

În anexa nr. 5, conținând specificațiile tehnice pentru terminalul mobil tip III, autoritatea a prevăzut, între altele:

CARACTERISTICĂ TEHNICĂ	PARAMETRI FUNCȚIONALI
Cerințe de compatibilitate	Integrare cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma <i>Samsung Knox</i>

Din actele dosarului reiese că membrii comisiei evaluatorii nu au cerut nicio explicație ofertantului asupra aspectului de compatibilitate, individualizat precis, manifestând prin omisiune o atitudine părtinitoare față de ofertant, căruia *nu* i-a acordat efectiv șansa de a își dovedi situația concretă din perspectiva motivului de respingere amintit, deci în cunoștință de cauză.

Principiul respectării dreptului la apărare se aplică în împrejurări precum cele în discuție în litigiu, în care un stat membru, cum este și ..., pentru a se conforma obligației, care decurge din aplicarea dreptului Uniunii, de a adopta toate măsurile cu caracter administrativ corespunzătoare pentru a asigura dreptul ... SA de a fi ascultat în procedură pe marginea îndeplinirii cerinței de integrare cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma Samsung Knox, dacă ... intenționa să adopte împotriva ofertantului un act de excludere din procedură bizuit pe neîndeplinirea cerinței precitate.

[...]

Dreptul de a fi ascultat implică faptul că persoana vizată trebuie să aibă posibilitatea de a influența procesul decizional în discuție *înainte* de adoptarea deciziei respective. Altfel

spus, ... SA trebuia să cunoască și să i se dea posibilitatea de a își expune apărările în cazul concret, al cerinței de integrare a terminalului propus cu capacități depline în contul beneficiarului de pe platforma Samsung Knox, apărări care nu trebuie să excludă posibilitatea confirmării respectivelor capacități în cadrul unei sesiuni demonstrative practice în fața comisiei evaluatorii a autorității (poate fi avută ca reper *Îndrumarea privind adecvarea solicitărilor de sesiuni demonstrative/demo-uri ca parte din propunerea tehnică în cadrul contractelor pentru achiziția de sisteme IT*, postată la 13 ianuarie 2023 pe pagina Agenției Naționale pentru Achiziții Publice <https://anap.gov.ro/web/indrumare-privind-adecvarea-solicitarilor-de-sesiuni-demonstrative-demo-uri-ca-parte-din-propunerea-tehni-ca-in-cadrul-contractelor-pentru-achizitia-de-sisteme-it/>). Nu poate fi exclus ca apărările pe care le va produce ... SA să conducă la un rezultat diferit de cel actual. De bună seamă, nu poate fi exclus nici ca, în urma acestora, concluzia neconformității tehnice să fie păstrată, însă în mod fundamentat pe elementele concrete ale ofertei, nu pe discuții purtate de autoritate cu un terț, cum este Samsung Electronics ... SRL și despre care ofertantul nu a avut cunoștință anterior comunicării respingerii ofertei.

Faptul că ofertantul a fost informat în adresa de comunicare a respingerii:

În context, la nivelul ... au fost efectuate activități de documentare din sursele publice puse la dispoziție de producătorul platformei menționate anterior (Samsung Knox), cât și demersuri suplimentare către acesta cu scopul verificării și validării riguroase a informațiilor.

Documentele și informațiile rezultate în urma demersurilor efectuate au fost esențiale pentru a asigura acuratețea datelor, permițând astfel formularea unor concluzii fundamentate și de încredere, oferta fiind declarată neconformă. Documentele în cauză pot fi consultate la sediul

nu validează legalitatea respingerii ofertei, ci dimpotrivă, dovedește că ... SA nu a fost interpelată pe marginea cerinței în discuție și că evaluarea s-a bizuit pe documente provenind de la o terță parte. Deci, ofertantului nu i s-a acordat efectiv șansa de a își dovedi situația concretă din perspectiva motivului de respingere și a documentelor externe amintite, deci în cunoștință de cauză.

Art. 131 alin. (4) din normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 stabilește că fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale. Așadar, în speța de față, celor cinci membri ai comisiei de evaluare nominalizați în raportul procedurii le revenea obligația de a identifica elementele tehnice concrete ale ofertei evocate, pe care să le raporteze la cerința expresă a caietului de sarcini. Evaluarea complianței tehnice a ofertei trebuia să țină seama de răspunsul punctual al ... SA în privința eventualelor limitări în respectarea cerinței autorității contractante de integrare cu capacități depline, limitări care să poată fi combătute de ... SA cu mijloace de probă, între care se numără și realizarea unei sesiuni demonstrative în fața comisiei prin care să fie demonstrată compatibilitatea deplină a terminalului Motorola ThinkPhone XT2309-2, după cum și-a asumat Lenovo Technology B.V. Olanda Amsterdam - Sucursala București în răspunsul nr. 232/14.05.2024.

De altminteri, după cum judicios a observat și reclamanta, în corespondența electronică purtată la 16.05.2024 de personalul direcției cu specialiști ai Samsung Electronics ... SRL, aceștia din urmă au recomandat crearea unui cont pe samsungknox.com și să testeze un device mapat pe nevoile și cerințele direcției, testare pe care aceasta nu a realizat-o.

Obligația de diligență a autorității îi impunea examinarea, cu atenție și cu imparțialitate, a tuturor elementelor pertinente ale cauzei, pentru a înlătura îndoielile și pentru a clarifica situația cu ofertantul – în acest sens, *mutatis mutandis*, este Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 28 februarie 2018, Vakakis kai Synergates/ Comisia, T-292/15, EU:T:2018:103. Pe de altă parte, *autoritatea nu poate să accepte oferta ori să semneze contractul dacă are sau ar trebui să aibă în mod rezonabil motive să considere că respectiva ofertă nu este conformă* (Hotărârea din 29 octombrie 2015, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14, EU:T:2015:820). Este esențial ca autoritatea să fie în măsură să se asigure cu precizie asupra conținutului ofertei și în special cu privire la conformitatea acesteia cu documentația de atribuire (Hotărârea din 13 septembrie 2011, Dredging International și Ondernemingen Jan de Nul/EMSA, T-8/09, EU:T:2011:461, și Hotărârea din 10 decembrie

2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08, EU:T:2009:491). Criteriul privind conformitatea ofertei este absolut. *Dacă oferta nu respectă documentația de atribuire, ea trebuie respinsă* (Hotărârea din 25 februarie 2003, Renco/Consiliul, T-4/01, EU:T:2003:37, Hotărârea din 25 februarie 2003, Strabag Benelux/Consiliul, T-183/00, EU:T:2003:36, Hotărârea din 25 februarie 2003, Renco/Consiliul, T-4/01, EU:T:2003:37, și, în special, Hotărârea din 28 februarie 2018, MA.T.I. SUD și Duemme SGR, C-523/16 și C-536/16, EU:C:2018:122).

Consiliul apreciază, pe fundalul jurisprudenței europene evocate, că revenea autorității, prin comisia responsabilă, îndatorirea de a aplica art. 134 alin. (1) și (4) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, în raport cu ... SA:

(1) *Comisia de evaluare are **obligatia** de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.*

(4) **Comunicarea** transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant **trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.**

Recapitulând cele evocate și concluzionând, Consiliul determină că în mod netransparent și nelegal, autoritatea a respins oferta ... SA, obiecțiile contestatoarei prin prisma omiterii evaluării reale a conformității tehnice și a incidenței motivului de excludere reținut mai sus vădindu-se a fi fondate, în absența clarificărilor și verificărilor temeinice necesare și motivate în scris de comisia responsabilă. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația ... SA nr. 36318/ 11.06.2024, în contradictoriu cu ..., va anula raportul nr. 2137142/27.05.2024 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, toate în partea care privește oferta ... SA. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea temeinică a amintitei oferte, prin prisma aspectului de mai sus, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga autoritatea să comunice celor doi ofertanți rezultatul reevaluării ofertei, cu respectarea legislației aplicabile.

Consiliul nu se poate substitui comisiei de evaluare și să îi îndeplinească atribuțiile de evaluare tehnică în detaliu a ofertei, respectiv să se subroge acesteia și să ceară ... SA clarificări și eventuale sesiuni demonstrative, pe care apoi să le analizeze el însuși ori prin intermediul unor experți cooptați. Etapa litigioasă nu se confundă cu etapa de evaluare a ofertelor, după cum nu pot fi confundate nici atribuțiile organului jurisdicțional cu acelea ale comisiei evaluatorii. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic.

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, deci și pentru ..., care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin respectiva decizie. Structura achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei, inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/ entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul. Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012,

Artegodan/Comisia, C-221/10 P, EU:C:2012:216, punctul 87: autoritatea

de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi disociate [Hotărârea din 14 septembrie 1999, Comisia/ AssiDomän Kraft Products și alții, C-310/97 P, EU:C:1999:407, punctul 54, precum și Hotărârea din 1 iunie 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, EU:C:2006:356, punctul 44].

Din consultarea portalului instanțelor naționale de judecată (<http://portal.just.ro>), reiese că nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei Consiliului, la Curtea de Apel București, singura competentă să o soluționeze. Nici părțile nu invocă că s-ar fi depus vreo plângere. Așadar, nu au atacat decizia nr. .../ 27.06.2024, situație în care ea a dobândit autoritate de lucru judecat absolută (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 29 aprilie 2004, Italia/Comisia, C-372/97,

EU:C:2004:234, punctul 36 și jurisprudența acolo citată), inclusiv din perspectiva considerentelor, cunoscute ... SA, ... SA și ..., căroră – fiind părți și în litigiul anterior – le-a fost comunicată decizia de către Consiliu. În temeiul art. 431 alin. (2) C. proc. civ.: *„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*

Deși nu operează excepția autorității de lucru judecat a dispozitivului în prezenta cauză, întrucât nu sunt îndeplinite toate condițiile art. 431 alin. (1), actele vătămătoare atacate fiind diferite față de cele din litigiul anterior, Consiliul nu poate infirma cele deja stabilite prin considerente, singura având competență în acest sens fiind curtea de apel în a cărei rază se află sediul achizitoarei. După cum s-a punctat mai sus, nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei precedente a Consiliului la Curtea de Apel București. Nici la celelalte instanțe nu a fost identificată o asemenea plângere.

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, ..., prin comisia evaluatorie responsabilă, trebuia să procedeze la clarificarea și reevaluarea atentă a ofertei ... SA, sub aspectele dezlegate prin intermediul deciziei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor reținute și dispuse de Consiliu. Cu toate că dispozitivul deciziei

acestui nu precizează etapa și limitele reevaluării, prin trimiterea la considerente se respectă 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.

În reevaluare, direcția organizatoare a întocmit mai multe acte:

- procesul-verbal nr. 2137937/05.07.2024 privind stabilirea clarificărilor de reevaluare tehnică a ofertei ... SA după decizia Consiliului;

- solicitarea de clarificări nr. 2137938/05.07.2024 adresată ... SA;

- procesul-verbal nr. 2138013/10.07.2024 privind stabilirea de noi clarificări pentru reevaluare tehnică a ofertei ... SA;

- solicitarea de clarificări nr. 2138014/10.07.2024 adresată ... SA;

- procesul-verbal nr. 2138048/12.07.2024 privind prelungirea termenului de răspuns la solicitarea de noi clarificări adresată ... SA;

- procesul-verbal nr. 2138118/17.07.2024 „privind evaluarea propunerii tehnice”, în care este consemnată neconformitatea ofertei ... SA;

- procesul-verbal nr. 2138122/18.07.2024 privind evaluarea propunerii financiare a ... SA;

- solicitarea documentelor suport DUA nr. 2138124/ 18.07.2024 adresată ... SA;

- procesul-verbal nr. 2126967/18.07.2024 privind evaluarea documentelor suport DUA depuse de ... SA;

- raportul procedurii nr. 2138137/19.07.2024;

- comunicarea rezultatului procedurii către ... SA nr. 2114944/19.07.2024;

- comunicarea rezultatului procedurii către ... SA nr. 2114945/19.07.2024.

Nemulțumită fiind de respingerea propriei oferte în urma reevaluării, ... SA a reacționat prin formularea la Consiliu a contestației nr. 49255/02.08.2024, aflată în prezent pe rol, obiect al dosarului nr. 2682/2024, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de 37.250,40 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 210434676/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Victoria, la data de 31.07.2024.

În speță, respingerea ofertei reclamantei ca neconformă a fost cauzată de răspunsurile acesteia nr. 24/B2B/22151/21029 și 24/B2B/22151/21600, la solicitările de clarificări ale autorității nr. 2137938/05.07.2024 și 2138014/10.07.2024, solicitări și răspunsuri regăsite la pag. 57-140 din vol. III al dosarului achiziției publice transmis Consiliului

de către autoritatea pârâtă, corelate cu cerințele de ordin tehnic ale autorității.

Este indeniabil și niciuna dintre părți nu tăgăduiește că una dintre regulile prescrise de autoritate pentru terminalele mobile tip III a vizat integrarea lor cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma Samsung Knox, după cum a și fost reținut de Consiliu în precedenta decizie, neatacată de părți:

Prestatorul va asigura înrolarea gratuită a terminalelor mobile în platformele de management centralizat menționate la *Caracteristică tehnică – Cerințe de compatibilitate prezente din Specificatii tehnice terminale mobile - Anexele 3-7*, la solicitarea beneficiarului.

În anexa nr. 5 la caietul de sarcini, conținând specificațiile tehnice pentru terminalul mobil tip III, autoritatea a prevăzut, între altele:

CARACTERISTICĂ TEHNICĂ	PARAMETRI FUNCȚIONALI
Cerințe de compatibilitate	Integrare cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma <i>Samsung Knox</i>

Așadar, pentru a putea fi admise din perspectivă tehnică, terminalele propuse de ofertanți trebuiau să poată fi compatibile deplin, adică integral, fără excepții, cu funcționalitățile platformei Samsung Knox, care nu include doar componenta Knox Manage.

... .. SA cunoștea divergențele pe marginea compatibilității terminalului Motorola ThinkPhone XT2309-2 încă de la momentul primei respingeri a ofertei sale, asupra căreia s-a purtat procesul soluționat prin decizia Consiliului nr. .../ 27.06.2024. Existând acest cadru, operatorul avea reprezentarea neclarității autorității, a obligației de clarificare ce îi incumbă și a consecințelor unui răspuns echivoc sau insuficient din partea sa. Cu alte cuvinte, nu a constituit o surpriză pentru societate primirea solicitărilor autorității nr. 2137938/05.07.2024 și 2138014/10.07.2024 de clarificare a modalității de îndeplinire a cerinței de integrare cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma Samsung Knox a terminalului Motorola ThinkPhone XT2309-2.

În răspunsul său nr. 24/B2B/22151/21600, reclamanta a recunoscut expres că o serie dintre capabilitățile enumerate nu sunt îndeplinite de mobilul ofertat, mărginindu-se să adauge: „*Funcționalitate disponibilă doar pentru dispozitive Samsung în platforma Knox Managed.*”

Așadar, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu argumente și mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, societatea contestatoare nici măcar în cele zece pagini ale contestației nu reușește să demonstreze capabilitățile „depline” ale mobilului Motorola ThinkPhone XT2309-2 cu întreaga platformă Samsung Knox. Mai mult, răspunsul antemenționat echivalează cu o mărturisire extrajudiciară în sensul următoarelor dispoziții ale Codului de procedură civilă, cu adaptările de rigoare:

Art. 348. – (1) Constituie mărturisire **recunoașterea de către una dintre părți**, din proprie inițiativă sau în cadrul procedurii interogatoriului, **a unui fapt pe care partea adversă își întemeiază pretenția** sau, după caz, apărarea.

(2) Mărturisirea este judiciară sau **extrajudiciară**.

Art. 350. – (1) Mărturisirea făcută în afara procesului este un fapt supus aprecierii judecătorului, potrivit regulilor generale de probațiune.

Această mărturisire a părții reclamante – determină Consiliul – anihilează orice eventuală opinie contrară provenind de la un terț, cum este și Lenovo Technology B.V. Olanda Amsterdam - Sucursala București.

Esențial de observat în speță este că ... SA, dincolo de orice aprecieri de ordin legal sau exterioare legii, neatacând solicitările de clarificări, era ținută să răspundă strict la obiect acestora, astfel cum a pretins organizatoarea achiziției. La rândul ei, aceasta din urmă era ținută de obligația legală de a verifica propunerea tehnică prin prisma satisfacerii tuturor rigorilor caietului de sarcini și a concludenței răspunsului precitat. Art. 131 alin. (4) din aceleași norme metodologice stabilește că fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea *elementelor concrete ale ofertei* în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale. Așadar, „specialiștilor tehnici de la nivelul ...” le revenea obligația de a identifica și elementele tehnice *concrete* ale ofertei evocate, pe care să le raporteze la cerințele exprese ale caietului de sarcini.

Curtea Constituțională a reținut că „principiul legalității este unul de rang constituțional” (Decizia nr. 901 din 17 iunie 2009, precum și Decizia nr. 104 din 6 martie 2018, paragraful 75), astfel încât „încălcarea legii are drept consecință imediată nesocotirea art. 1 alin. (5) din Constituție, care prevede că respectarea legilor este obligatorie. Încălcarea acestei obligații constituționale atrage implicit afectarea principiului statului de drept, consacrat prin art. 1 alin. (3) din Constituție” (Decizia nr. 783 din 26 septembrie 2012). După cum s-a pronunțat chiar Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, în Decizia nr. 6 din 16 februarie 2015, principiul legalității impune o interpretare *strictă* a normei juridice, astfel încât rezultatul interpretării să fie concordant cu voința legiuitorului. Tocmai de această interpretare strictă a normei juridice incidente trebuia să uzeze autoritatea, fără să adauge la lege circumstanțieri pe care ea nu le prevede. Legea trebuie interpretată și aplicată astfel cum este redactată, fără distincții, în acord cu adagiul „unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem”. În măsura în care interpretarea literală a normei juridice acoperă raporturile juridice pe care, în intenția sa, legiuitorul a dorit să le reglementeze, nu se justifică ca, pe cale de interpretare extensivă, conținutul normei de drept menționate să fie, în parte, înlăturat (Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Decizia nr. 22 din 20 mai 2019).

Art. 75 din Legea nr. 98/2016 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Raportat la propunerea tehnică a contestatoarei, ea nu respectă cerința impusă de autoritate ca integrare să fie cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma Samsung Knox. Potrivit alin. (2) al art. 133 din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f), comisia de evaluare are atribuția verificării propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini. Pentru a fi imparțială, evaluarea trebuie să fie completă și temeinică, iar nu să lase loc supozițiilor de favorizare a unei oferte sau, dimpotrivă, de dezavantajare a ei. A se vedea, în acest sens, decizia civilă nr. 1267 din 20 noiembrie 2019 a Curții de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal.

Prin urmare, ... SA a încălcat atât documentația de atribuire (caietul de sarcini), cât și normele legale evocate. În consecință, fiind incidente în speță prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din normele amintite (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini) și cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), decizia de respingere a ofertei pentru motivul analizat este singura legală. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație este de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației. Toți ofertanții sunt ținuti de obligația de diligență la redactarea propriilor oferte (Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191), precum și a răspunsurilor de clarificare. În speță, contestatoarea nu poate imputa autorității pretinderea celor 163 de capabilități enumerate cu titlu exemplificativ (deci nu limitativ), atât timp cât lipsa clarității ofertei asocierii și, mai ales, a răspunsului nr. 24/B2B/22151/21029 rezultă din încălcarea obligației de diligență la redactarea acestora.

Relativ la argumentul că lista celor 163 de capabilități nu figurează în documentația de atribuire, respectiv că este exterioară ei, orice critici vizând documentația și solicitările de clarificări sunt tardive la acest moment. Cum s-a explicat și în prima decizie a Consiliului, la pag. 6, nu pot fi emise pretenții sau critici legate de insuficiența clauzelor documentației de atribuire și nici față de solicitările de clarificări, întrucât sunt vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). Participând cu ofertă la licitație, ... SA și-a însușit

inclusiv cerința „Integrare cu capabilități depline în contul beneficiarului de pe platforma *Samsung Knox*.”

Trebuie adăugat că operatorii economici participanți la achizițiile publice sunt considerați a fi profesioniști în domeniul lor de activitate, capabili să înțeleagă ușor specificațiile elaborate de autoritatea beneficiară și, în caz contrar, să reacționeze în sensul clarificării lor, astfel încât să dispună de toate informațiile necesare alcătuirii ofertei în sensul dorit de autoritate. Neînțelegerea clauzelor de participare la procedura competițională nu îi poate scuza sau exonera de obligația respectării lor. Cu certitudine, contestatoarea nu este un diletant ori un inopinat al achizițiilor (la achiziția de față participând inclusiv în etapa de consultare publică, derulată în ianuarie 2024, anunț nr. MC1027304/11.01.2024), ci un profesionist pregătit să reacționeze când este confruntat de o nedumerire sau de o aporie provenind din documentația de licitare.

... .. SA se plânge și că autoritatea a nesocotit tratamentul egal, întrucât terminalul produs de Samsung oferat de câștigătorul SA nu asigură integrarea deplină în aceeași platformă și, în plus, ofertantul nu a fost supus unor solicitări de clarificare similare. Despre desemnarea câștigătoare a ofertei SA, contestatoarea cunoștea încă din luna iunie, când a declanșat primul litigiu, care s-a purtat exclusiv în privința respingerii ofertei SA, iar discuții vizavi de oferta SA nu au existat. Nimeni nu a reclamat concluziile comisiei de evaluare legate de conformitatea tehnică a terminalului câștigătoare, concluzii expuse în procesul-verbal nr. 2136997/ 20.05.2024. Din considerentele deciziei nr. .../ 27.06.2024 reiese în mod limpede că organul jurisdicțional nu a anulat rezultatul evaluării tehnice a ofertei SA și nici nu a obligat achizitoarea să reevalueze această ofertă.

După cum a atenționat și Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Decizia nr. 66 din 1 octombrie 2018, paragraful 79, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 970 din 16 noiembrie 2018, nu este permisă intrarea în ultima etapă a evaluării a unor oferte neverificate complet sub aspectul conformității sau acceptabilității lor, care, în consecință, prezintă riscul unei eventuale inadmisibilități. Înalta Curte a adăugat că reevaluarea nu poate privi nici celelalte oferte, declarate ca *admisibile sau inadmisibile*, în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat, fiind contrară principiului securității juridice declararea ca neconformă sau inacceptabilă a unei oferte declarate anterior admisibilă sau invers. Totodată, *î*

d
ef
i
ni

t și executoriu. Anularea măsurii respingerii ofertei obligă la reevaluarea ofertei *de la etapa contestată*, comisia de reevaluare nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect.

Între 5 și 6 mai 2022, la Cluj-Napoca, a avut loc o întâlnire a președinților secțiilor specializate ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel dedicată unificării practicii judiciare în domeniul „contencios administrativ și fiscal”, la care a fost încheiată o minută (https://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2022/06/Minuta-intalnirii_5-6-mai-2022_Cluj_site.pdf) în care sunt consemnate soluțiile adoptate de participanți privind anumite probleme de drept. De interes este tratamentul aplicat problemei tardivității observațiilor formulate de către ofertantul inițial declarat câștigător la adresa ofertei unui concurent contestator care a fost reintrodus în procedura de atribuire în urma admiterii contestației, critici vizând aspecte ce nu au făcut obiectul reevaluării ofertei. Se reține, în minută:

În situația în care printr-un prim raport al procedurii un ofertant este declarat câștigător, iar contestația formulată de ofertantul clasat pe locul 2 a cărui ofertă a fost [...] respinsă sau clasată pe locul 2 a fost admisă de CNSC, dispunându-se reevaluarea ofertei câștigătoare sau a ofertei respinse, în cea de-a doua contestație, și care face obiectul cauzei, ofertantul, care inițial fusese câștigător, însă, în urma reevaluării, oferta sa, fie este respinsă ca neconformă, fie este declarată necâștigătoare, mai poate formula critici împotriva celeilalte oferte declarate câștigătoare în urma reevaluării, care nu au făcut obiectul reevaluării dispuse în urma admiterii primei contestații, ci vizează aspecte care au făcut obiectul evaluării inițiale și care nu fuseseră dezbătute cu ocazia soluționării primei contestații?

Într-o primă orientare (Decizia nr. 830/01.04.2021 , dosar nr. 1012/2/2021) s-a considerat că criticile din cea de-a doua contestație sunt tardive, întrucât sunt formulate cu depășirea termenului legal prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016. S-a apreciat că, în realitate, criticile vizează primul raport al procedurii și care a dobândit caracter definitiv, astfel că nu mai putea fi contestat în urma emiterii unui nou raport al procedurii prin care s-au evaluat cu totul alte aspecte decât cele criticate prin contestație.

A fost invocată și Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privitoare la dezlegarea unei chestiuni de drept prin care s-a stabilit că «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».

Prin urmare, în condițiile în care exista o verificare anterioară a unei oferte cu privire la îndeplinirea cerințelor tehnice, comisia de evaluare nu mai putea face o reevaluare a acestor aspecte necontestate, ci doar a aspectelor la care s-a referit decizia instanței de judecată sau a unor alte aspecte neverificate anterior.

S-a mai arătat că interesul ofertantului de a formula contestație nu s-a născut la momentul declarării celeilalte oferte ca fiind câștigătoare, ci la momentul formulării primei contestații de către ofertantul advers, când putea să-și dea seama că, în ipoteza admiterii contestației, acest operator economic avea șanse mari să fie declarat câștigător, dat fiind că avea o ofertă financiară mai bună.

[...]

2.2 Opinia referentului s-a exprimat în sensul primei orientări având în vedere că nu a fost respectat termenul legal de formulare a contestației prevăzut de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și care curge începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

De asemenea, ofertantul inițial declarat câștigător își putea apăra drepturile, chiar și în prima contestație formulată de ofertantul advers, prin formularea unei cereri de intervenție principală, admisibilă conform prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și care putea fi formulată până la soluționarea primei contestații de către Consiliu.

[...]

2.3 Opinia formatorului INM

[...]

Pentru a răspunde la întrebarea dacă ofertantul declarat inițial câștigător, urmare a admiterii de către CNSC a contestației formulate de ofertantul clasat pe locul 2 a cărui ofertă a fost respinsă sau clasată cu consecința reevaluării ofertei câștigătoare sau a ofertei respinse, iar în urma reevaluării, oferta sa, fie este respinsă ca neconformă, fie este declarată necâștigătoare, în cea de a doua contestație mai poate formula critici împotriva celeilalte oferte declarate câștigătoare în urma reevaluării, care existau la momentul evaluării inițiale dar nu au fost invocate, prin urmare nu fuseseră dezbătute cu ocazia soluționării primei contestații, trebuie pornit de la Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privitoare la dezlegarea unei chestiuni de drept prin care s-a stabilit că «autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară».

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

Un prim aspect ce se impune a fi menționat este că nu se poate prezuma că dacă ofertantul declarat inițial câștigător nu a formulat contestație, pentru că nu avea interes, aspectele de neconformitate, inadmisibilitate sau de fond ale ofertei clasată pe locul 2 nu au fost verificate de comisia de evaluare, dimpotrivă există prezumția că această comisie a parcurs toate etapele evaluării și urmare a analizei ofertelor a stabilit clasamentul final, atâta vreme cât din dosarul achiziției rezultă o verificare atât a condițiilor de admisibilitate, cât [și] a conformității cu documentația de atribuire și o operațiune de verificare a îndeplinirii cerințelor stabilite de autoritatea contractantă și o stabilire a ierarhiei.

Așa cum s-a reținut și la pct. 81 din decizie, «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 C.N.S.C. sau hotărârea instanței, comisia nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect.»

Așadar, necontestarea ofertei clasate pe locul doi nu înseamnă neverificarea tuturor elementelor tehnice și aspectelor financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei de către comisia de evaluare, ofertantul declarat câștigător invocând faptul că nu avea interes să conteste aceste aspecte.

Acest argument este valabil în privința interesului formulării contestației, însă, în momentul în care s-a formulat o contestație de către ofertantul clasat pe locul doi ofertantul câștigător dobândește interes legitim născut și actual de a contesta oferta acestuia și de a

invoca aspectele de inadmisibilitate, neconformitate sau elementele avute în vedere, în opinia acestuia, nelegal și netemeinic de către comisia de evaluare.

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

Această cerere de intervenție voluntară este una principală, conferind intervenientului o poziție procesuală identică celei de contestator, acesta putând să-și facă toate apărările și să invoce toate aspectele de nelegalitate și netemeinicie a soluției comisiei de evaluare cu privire la oferta clasată pe locul doi, fiind similară unui apel sau recurs incident, reglementat de Codul de procedură civilă.

Ca măsură de remediu se impune, având în vedere și soluțiile pe care le poate pronunța Consiliul, în cazul admiterii contestației, potrivit art. 26 alin. (5) și (7), dispune luarea de măsuri de remediere, cu precizarea termenului în care acestea trebuie duse la îndeplinire de către autoritatea contractantă, ori, dimpotrivă dacă constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, poate dispune anularea procedurii de atribuire.

[...]

Participantii prezenți în procedurile de achiziție publică cu oferte au posibilitatea rezonabilă de a cunoaște modul de derulare a procedurilor de achiziție publică, principiile acesteia, legislația fiind previzibilă și predictibilă, putând anticipa eventuale consecințe ale derulării unor proceduri jurisdicționale, având obligația de a urma întocmai procedurile de remediu, în vederea derulării lor cât mai rapide, scopul comun fiind încheierea cât se poate de repede a contractului de achiziție publică, pentru ca autoritatea contractantă să-și realizeze scopurile.

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

Pentru aceste considerente, s-a propus următoarea soluție:

În interpretarea și aplicarea art. 8 raportat la art. 17 alin. (3) și art. 26 din Legea nr. 101/2016, **ofertantul declarat inițial câștigător, care nu a formulat la rândul său contestație față de soluția comisiei de evaluare cu privire la oferta clasată pe locul 2 și nu a formulat nici cerere de intervenție în condițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 după ce a luat cunoștință de contestația formulată de acesta din urmă, ulterior reevaluării, nu mai poate formula pe calea contestației critici cu privire la aspectele ce au făcut obiectul evaluării comisiei de atribuire în faza inițială și necontestate.**

2.4 Soluția adoptată

Cu majoritate (s-a opus Curtea de Apel Iași), participanții au susținut propunerea formatorului INM.

Transpuse la cauza de față, Consiliul reține că prima contestație a vizat doar situația conformității tehnice a ofertei SA. Contestatoarea nu a ridicat vreo obiecție vizavi de evaluarea tehnică a ofertei concurente câștigătoare, respectiv față de concluziile de îndeplinire a cerințelor tehnice reținute de autoritate în procesul-verbal nr. 2136997/20.05.2024.

Cu toate că avea această posibilitate și trebuia să anticipeze riscul de menținere câștigătoare a ofertei SA, ... SA nu a formulat critici în privința acceptării tehnice a acestei oferte. Această pasivitate, după cum au remarcat și curțile de apel și Înalta Curte în minuta precitată, produce efecte juridice, în sensul că atrage consolidarea etapelor și aspectelor de evaluare *care nu au fost tăgăduite de părți, iar partea din raportul procedurii care le cuprinde își consolidează caracterul definitiv.*

În aceste condiții, coroborate cu aspectul că, prin decizia sa precedentă, Consiliul nu a modificat cu nimic consemnările comisiei de evaluare de la secțiunile de evaluare tehnică a ofertei câștigătoare, comisia nu avea niciun temei să se întoarcă la etapele deja consumate ale evaluării propunerii tehnice a câștigătoarei. Drept urmare, în mod legal a procedat autoritatea achizitoare, prin comisia evaluatorie desemnată, limitându-se la menținerea evaluării inițiale.

Extrem de important este paragraful 76 din Decizia nr. 66 din 1 octombrie 2018, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept:

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 acesteia și **care nu au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare**, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta reclamantei și menținut admisibilitatea ofertei câștigătoare, neexistând motive pentru infirmarea acestor măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și în limita criticilor formulate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SA nr. 49255/02.08.2024, în contradictoriu cu

În acest litigiu a fost primită și cererea de intervenție accesorie nr. 51315/12.08.2024, aparținând SA, la analiza condițiilor de formulare a căreia, în raport cu prevederile în vigoare ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, se observă admisibilitatea ei în principiu:

(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.

(4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.

... .. SA are calitatea de ofertantă câștigătoare la procedura de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină, prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție, formulată în interiorul termenului de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (02.08.2024). Interesul intervenientei de a își păstra poziția și de a semna contractul care i-a fost atribuit este unul legitim, născut, personal și actual (condiții enumerate la art. 33 C. proc. civ.). Din parcurgerea cuprinsului cererii intervenientei, se vedește că este în sensul sprijinirii poziției autorității contractante, fără nicio pretenție proprie, cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante, după cum este și indicat în prima pagină.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul apreciază fondată cererea de intervenție, motiv pentru care o va admite, mai puțin în ceea ce privește excepția tardivității contestației, care nu se verifică în speță. Contestația a fost transmisă Consiliului și autorității la 01.08.2024, în interiorul celor zece zile prescrise de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SA nr. 49255/02.08.2024, în contradictoriu cu

Încuviințează, în principiu, și admite pe fond cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 51315/12.08.2024, depusă de SA, mai puțin în partea privind excepția tardivității contestației SA.

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

Redactată în cinci exemplare, conține nouăsprezece pagini.