



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 5581/15.12.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 32398/16.12.2014, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la O.R.C. sub nr. ..., având CIF ..., lider al Asocierii ... - ..., împotriva:

„- Deciziei Autorității contractante comunicată prin Adresa nr. 490/04.12.2014 - Solicitare de prelungire a perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare;
- Deciziei nr. 155/25.11.2014 a Directorului General al ... despre care ni s-a adus la cunoștință la data de 04.12.2014;
- Referatului Comisiei de evaluare privind necesitatea respectării principiului tratamentului egal prin reanalizarea tuturor ofertelor «ținând cont de aspectele menționate în motivarea Deciziei Curții de Apel și aplicarea criteriului de atribuire tuturor ofertelor declarate admisibile urmare a acestei reanalizări», despre care am luat cunoștință la data de 15.12.2014 cu ocazia studierii Dosarului achiziției în temeiul art. 215 din O.U.G. nr. 34/2006, pe care le considerăm nelegale”, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelelor de canalizare în aglomerarea ...”, cod CPV 45000000-7, 45232411-6, 45232431-2, finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu”, s-au solicitat următoarele:

„- Anularea în parte a Adresei nr. 490/04.12.2014, prin care ni se comunică faptul că s-a dispus:

- revocarea ÎN ÎNTREGIME a Raportului procedurii, cu privire la TOȚI operatorii economici care au depus oferte în cadrul acestei proceduri (MAI EXACT, ȘI CU PRIVIRE LA OFERTANȚII CARE ÎN ACEST MOMENT NU MAI DEȚIN CALITATEA DE OPERATORI ECONOMICI IMPLICAȚI ÎN PROCEDURĂ) și

- solicitarea de reconstituire a garanției de participare de către aceștia;

- Anularea ca vădit nelegală a Deciziei nr. 155/25.11.2014 a Directorului General al ...;

- Anularea ca nelegală a Referatului Comisiei de evaluare privind necesitatea respectării principiului tratamentului egal prin reanalizarea tuturor ofertelor «ținând cont de aspectele menționate în motivarea Deciziei Curții de Apel și aplicarea criteriului de atribuire tuturor ofertelor declarate admisibile urmare a acestei reanalizări»;

- Pe cale de consecință, anularea actelor considerate ca fiind nelegale și vătămătoare mai sus enunțate și obligarea Comisiei de evaluare la reevaluarea EXCLUSIVĂ a ofertelor operatorilor economici încă implicați în procedură, în sensul art. 206 alin. 11 din O.U.G. nr. 34/2006;

- Menținerea ca valabilă a Raportului procedurii nr. 8191/12.06.2014 și a tuturor actelor subsecvente ale Comisiei de evaluare referitor la ofertele prezentate de ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...;

- Respectarea Deciziei Curții de Apel ... nr. .../02.10.2014, în sensul obligării Autorității contractante de a reevalua doar ofertele celor trei ofertanți menționați în cuprinsul acesteia,

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații”.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă cu privire la contestația formulată de ...

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

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată de ... împotriva:

„- Deciziei Autorității contractante comunicată prin Adresa nr. 490/04.12.2014 - Solicitare de prelungire a perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare;

- Deciziei nr. 155/25.11.2014 a Directorului General al ... despre care ni s-a adus la cunoștință la data de 04.12.2014;

- Referatului Comisiei de evaluare privind necesitatea respectării principiului tratamentului egal prin reanalizarea tuturor ofertelor «ținând cont de aspectele menționate în motivarea Deciziei Curții de Apel și aplicarea criteriului de atribuire tuturor ofertelor declarate admisibile urmare a acestei reanalizări», despre care am luat cunoștință la data de 15.12.2014 cu ocazia studierii Dosarului achiziției în temeiul art. 215 din O.U.G. nr. 34/2006, pe care le considerăm nelegale”,

emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelelor de canalizare în aglomerarea ...”, cod CPV 45000000-7, 45232411-6, 45232431-2, finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu”, s-au solicitat următoarele:

„- Anularea în parte a Adresei nr. 490/04.12.2014, prin care ni se comunică faptul că s-a dispus:

- revocarea ÎN ÎNTREGIME a Raportului procedurii, cu privire la TOȚI operatorii economici care au depus oferte în cadrul acestei proceduri (MAI EXACT, ȘI CU PRIVIRE LA OFERTANȚII CARE ÎN ACEST MOMENT NU MAI DEȚIN CALITATEA DE OPERATORI ECONOMICI IMPLICAȚI ÎN PROCEDURĂ) și

- solicitarea de reconstituire a garanției de participare de către aceștia;

- Anularea ca vădit nelegală a Deciziei nr. 155/25.11.2014 a Directorului General al ...;

- Anularea ca nelegală a Referatului Comisiei de evaluare privind necesitatea respectării principiului tratamentului egal prin

reanalizarea tuturor ofertelor «ținând cont de aspectele menționate în motivarea Deciziei Curții de Apel și aplicarea criteriului de atribuire tuturor ofertelor declarate admisibile urmare a acestei reanalizări»;

- Pe cale de consecință, anularea actelor considerate ca fiind nelegale și vătămătoare mai sus enunțate și obligarea Comisiei de evaluare la reevaluarea EXCLUSIVĂ a ofertelor operatorilor economici încă implicați în procedură, în sensul art. 206 alin. 11 din O.U.G. nr. 34/2006;

- Menținerea ca valabil a Raportului procedurii nr. 8191/12.06.2014 și a tuturor actelor subsecvente ale Comisiei de evaluare referitor la ofertele prezentate de ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...;

- Respectarea Deciziei Curții de Apel ... nr. .../02.10.2014, în sensul obligării Autorității contractante de a reevalua doar ofertele celor trei ofertanți menționați în cuprinsul acesteia,

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații”.

Contestatorul precizează următoarele:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică prin transmiterea anunțului de participare nr. .../30.07.2013 în SEAP. Depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de 30.09.2013, deschiderea fiind în aceeași zi.

Valoarea estimată a contractului este de 65.841.670 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

... a depus o ofertă în cadrul procedurii de atribuire derulată de autoritatea contractantă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică menționat anterior.

Ulterior, la data de 16.06.2014, ... a fost înștiințată prin Comunicarea rezultatului procedurii nr. 8296 emisă de autoritatea contractantă de faptul că:

- oferta societății a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 36 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 925/2006 raportat la art. 36¹ alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 deoarece informațiile prezentate nu pot justifica prețul neobișnuit de scăzut al ofertei în 3 situații prezentate.

Acest rezultat al procedurii a fost contestat de către ... la CNSC și ulterior la Curtea de Apel ..., a cărei sentință, definitivă, anulează în parte raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la ..., ... și ...” și obligă autoritatea contractantă la:

„Reanalizarea ofertelor ..., ... și ... în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire (...)”.

Contrar celor dispuse definitiv de Curtea de Apel ..., la data de 04.12.2014, contestatorului i s-a adus la cunoștință prin Adresa nr. 490/04.12.2014, de către Autoritatea contractantă, faptul că, prin Decizia nr. 155/25.11.2014, emisă de către Directorul general al ..., se revocă Raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la toate ofertele depuse în cadrul procedurii, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii transmise acestor ofertanți.

În concret, i se aduce la cunoștință faptul că, Comisia de evaluare, motivat de:

- Decizia directorului general nr. 155/25.11.2014;
- Referatul inițial al Comisiei de evaluare;
- Punctul de vedere/„opinia legală” a unei societăți civile de avocați, revocă întreg Raportul Procedurii și dispune reevaluarea tuturor ofertelor implicate în această procedură, inclusiv sub aspectul modului de îndeplinire a criteriilor de calificare, fără a explica motivele concrete care au determinat această măsură.

De fapt, Autoritatea Contractantă își manifestă intenția de a începe încă o dată evaluarea tuturor ofertanților, sub toate aspectele, încălcând cele dispuse de Curtea de Apel ... prin Decizia .../02.10.2014, care anulează parțial raportul procedurii numai în ceea ce privește ofertele depuse de ..., ... și ...

În motivarea deciziei, Curtea de Apel a analizat, în limitele investirii, legalitatea deciziei de declarare ca ofertă câștigătoare a ofertei depusă de ... și criticile aduse motivelor de neconformitate a ofertelor prezentate de ... și ...

Prin urmare, coroborând dispozitivul Deciziei Curții de Apel ... nr. .../02.10.2014 în care s-a precizat expres că „anulează în parte raportul procedurii” doar cu privire la cei 3 ofertanți, cu motivarea acesteia, în care s-a analizat doar conformitatea/neconformitatea celor 3 oferte, rezultă că autoritatea contractantă avea obligația, în aplicarea deciziei în discuție, de a reevalua doar ofertele depuse de ..., ... și ..., obligație care este adusă la cunoștința autorității contractante în mod expres prin Decizia Curții, respectiv:

„Obligă autoritatea contractantă la reanalizarea ofertelor ..., ... și ... în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire”.

Deciziile cu privire la celelalte oferte, precizate în raportul procedurii de atribuire, trebuiau a fi preluate ca atare în noul raport al procedurii, ca o consecință a faptului că respectivii ofertanți nu au înțeles să formuleze vreo contestație, deoarece nu mai dețineau calitatea de operatori economici implicați în procedură, în sensul în

care reglementează art. 206 alin. 1¹ din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare.

În sensul că autoritatea contractantă trebuia să procedeze așa cum s-a arătat mai sus, s-a pronunțat și practica judiciară în spețe similare.

Autoritatea contractantă era obligată să se conformeze deciziei Curții de Apel și să dispună reevaluarea ofertelor în limitele stabilite de aceasta, având în vedere că nu s-a făcut vorbire despre celelalte oferte declarate de autoritatea contractantă inacceptabile și/sau neconforme, precum și că rezultatul procedurii în ceea ce privește aceste ultime oferte este definitiv de vreme ce societățile ce au participat în calitate de ofertanți, nu au înțeles să formuleze contestație sau să își prelungească garanțiile de participare.

I. Actele Autorității Contractante sunt nelegale, deoarece sunt emise cu încălcarea principiului irevocabilității actelor administrative

Prin Adresa nr. 490/04.10.2014, ... informează societatea contestatoare că, având în vedere:

„prevederile art. 2 alin. (1) și alin (4) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică prevăzute la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, și în acest sens DECIZIA DIRECTORULUI GENERAL NR. 155/25.11.2014 prin care

Se revocă Raportul Procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii acestor ofertanți și dispune reevaluarea ofertelor, inclusiv sub aspectul modului de îndeplinire a criteriilor de calificare, în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire și în considerarea aspectelor prezentate în motivarea Deciziei Curții de Apel ... nr. .../2014."

Prin această revocare a Raportului Procedurii nr. 8191/12.06.2014 și a Adreselor de comunicare a rezultatului acesteia către ofertanții care nu mai sunt la acest moment implicați în procedură, se aduc grave atingeri principiului securității raporturilor juridice și principiului irevocabilității actelor administrative.

Revocarea actului administrativ semnifică, de fapt, anularea cu efect retroactiv a actului administrativ de către autoritatea administrativă însăși, în sensul că actul administrativ este considerat a nu fi existat vreodată, iar efectele sale sunt șterse.

Tocmai pentru a se limita acțiunile abuzive și abuzul de putere din partea autorităților publice sau celor asimilate sau aflate în subordinea acestora, dreptul de a revoca un act administrativ este limitat și condiționat, în principal în funcție de caracterul său legal sau nelegal și după cum a creat sau nu drepturi.

În speța de față, atâta timp cât nici măcar autoritatea emitentă, și anume ... nu a indicat în decizia de revocare vreun motiv de nelegalitate a părții din raportul procedurii pe care o revocă și nici din cadrul comunicărilor rezultatului procedurii către ofertanții actualmente neimplicați în procedură, este de necontestat că ne aflăm în situația revocării unui act administrativ legal.

Ori, când este vorba de un act administrativ legal, revocarea este posibilă doar dacă actul nu a creat drepturi.

Principiul revocabilității actelor administrative puse în executare sau a celor care au produs efecte în alte domenii, este un principiu de aplicabilitate generală, prin urmare, astfel cum este reglementat și prin art. 1 pct. 6 din Legea 554/2004 a contenciosului administrativ, un act juridic odată intrat în circuitul civil și având efectele produse, nu mai poate fi revocat.

Raportat la cele mai sus expuse, aprecierea societății civile de avocați ce stă la baza emiterii Referatului Comisiei de evaluare potrivit căreia „nimic nu împiedică Autoritatea contractantă să își revoce propriile acte (...)” apare în mod evident ca fiind una superficială și lipsită de fundament legal, contrară dispozițiilor art. 1 pct. 6 din Legea nr. 554/2004.

Este inadmisibilă desconsiderarea și ignorarea efectelor produse de Raportul procedurii a cărei revocare integrală se recomandă, având în vedere că este vorba de un act administrativ în baza căruia:

- numeroși ofertanți au fost eliminați deoarece au depus oferte neconforme sau inacceptabile;
- au fost formulate către CNSC două contestații care au avut ca obiect anularea parțială a acestuia;
- a fost emisă, tot ca un efect important al acestui act, o decizie definitivă a Curții de Apel

Așadar, o eventuală apreciere a inexistenței producerii de efecte ale acestui act administrativ ar constitui nu doar o eroare, ci mai degrabă o încălcare flagrantă și tendențioasă a legii; mai mult, chiar și în ipoteza în care s-ar considera că actul administrativ, în speța Raportul procedurii, ar fi fost emis prin încălcarea concretă a unei norme de drept, imperative sau prohibitive, iar organul administrativ constată această situație dar actul și-a produs deja

efectele prin executare, calea legală de desființare a actului administrativ ilegal nu mai poate fi revocarea actului, ci constatarea nulității ori anularea lui numai de către instanța judecătorească competentă, la cererea organului administrativ. Dacă s-ar acredita ideea susținută de către autoritatea contractantă, cu privire la faptul că aceasta poate să revoce oricând actul administrativ, ar însemna că, după ce actul administrativ a fost executat ori a intrat în sfera altor raporturi juridice, inclusiv în circuitul civil, producând alte efecte juridice, organul administrativ emitent să-și poată revoca actul desființând situațiile juridice nou create, ceea ce este inadmisibil, fiind contrar principiului stabilității raporturilor juridice și ordinii de drept.

Indiferent cum se înțelege nulitatea ori revocarea actelor administrative, aceasta trebuie să fie constatată și pronunțată de organele competente, iar față de noul sistem constituțional, față de noile raporturi între autoritățile publice, competența de a constata nulitatea unui act administrativ care a produs efecte nu mai poate reveni decât instanțelor judecătorești, în principal instanțelor de contencios administrativ, care-și întemeiază dreptul de anulare pe dispozițiile exprese ale art. 21 și 52, coroborate cu dispozițiile art. 123 alin. (5), art. 124 și art. 126 alin. (6) din Constituția României, precum și pe dispozițiile din Legea 554/2004, care reprezintă dreptul comun; prin art. 1 alin. (6) mai sus citat, pentru prima dată într-o lege a Contenciosului administrativ se acordă în mod expres autorității publice emitente a unui act administrativ nelegal să poată solicita doar în fața instanței constatarea nulității acestuia, în situația în care actul nu mai poate fi revocat, întrucât a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.

II. Inexistența identificării unor motive concrete de nelegalitate sau inoportunitate care să determine revocarea actului administrativ constând în raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 și comunicările rezultatului procedurii subsecvente acestuia

Pe lângă interdicțiile legale instituite de către legiuitor cu privire la posibilitatea de revocare a actelor administrative chiar de către emitenții - autorități publice, mai sus indicate, Autoritatea contractantă a înțeles să procedeze la revocarea unor acte fără a identifica, concret, un singur motiv de nelegalitate sau inoportunitate a acestora.

Opinia avocaților ... (dar care nu dețin calitatea de expert juridic cooptat, în sensul O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006) are la bază o simplă invocare a unei prezumtive culpe a Comisiei cu privire la evaluarea celorlalți ofertanți, care nu mai dețin calitatea

de operatori implicați în procedură, menționându-se că trebuie să se „(...) asigure ca noul raport să corespundă în toate privințele realității factuale și literei legii.”

În concluzie, nu există o justificare temeinică și efectivă a măsurii de revocare a actelor administrative, care să fie de natură a determina înfrangerea principiului irevocabilității actului administrativ și al securității raporturilor juridice (a se vedea în acest sens Decizia Curții Supreme de Justiție nr. 131/21.10.1991), însă ne aflăm, în mod cert, în fața generării unor situații artificiale, nelegale, ce au ca unic scop denaturarea rezultatului procedurii de achiziție, prin re-acordarea calității de operatori economici interesați în această procedură unor ofertanți care și-au pierdut de mult această calitate.

III. Nelegalitatea deciziei de solicitare a reconstituirii garanțiilor de participare și a valabilității ofertelor ofertanților care nu mai dețin calitatea de operatori economici implicați în prezenta procedură

Contestatorul reiterează dispozițiile art. 206 alin. 1¹ din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare.

Prin manifestarea intenției nelegale de re-introducere a tuturor celorlalți operatori economici în cadrul procedurii de reevaluare, extrem de diligentă, Autoritatea contractantă a prevăzut și faptul că acești operatori nu mai dețin garanții de participare valabile, ca efect direct al lipsei interesului acestora în participarea în cadrul acestei proceduri. Totuși, aceeași autoritate înțelege să ofere soluții pe lângă legislația aplicabilă, permițându-le să prezinte garanții de participare noi, fiind evident faptul că acestora le este imposibilă prezentarea dovezilor de prelungire a unor documente expirate de o lungă perioadă de timp.

... a prelungit Garanția de participare nr. B047533/814 emisă de către Banca Comercială Română, după cum rezultă din Amendamentul nr. 4 din 30.10.2014 și Amendamentul nr. 05 din 04.12.2014, conform dispozițiilor aplicabile în materia achizițiilor publice.

Punctul de vedere conținut în *Opinia legală* cu privire la obligația Autorității contractante de a solicita ofertanților prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare este corect, atâta timp cât se aplică exclusiv operatorilor economici care nu au pierdut calitatea de operatori economici implicați în prezenta procedură și au posibilitatea de a prelungi valabilitatea garanției de participare inițiale, și nu constituirea altei garanții noi. De altfel, aceasta este și opinia legală a avocaților autorității contractante, care indică în sarcina comisiei de evaluare obligația de solicitare a

prelungirii valabilității ofertelor și garanțiilor, nu și posibilitatea de a permite ofertanților inițiali prezentarea (sau reconstituirea) unor garanții noi.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 33 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 925/2006 și ale art. 6 alin. (2) din același act normativ și subliniază că, coroborând textele de lege invocate cu opinia legală a ... - SOCIETATE CIVILĂ DE AVOCAȚI, este evident faptul că atât Autoritatea contractantă, prin Comisia de evaluare, cât și Directorul general al ... au înțeles să încalce normele legale clare și lipsite de echivoc aplicabile în speță.

IV. Încălcarea de către Comisia de evaluare a principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, în special a tratamentului egal și al nediscriminării.

Contestatorul subliniază „maniera nelegală și deloc transparentă în care Comisia de evaluare a înțeles să permită ofertanților, care au pierdut calitatea de operatori economici implicați în cadrul prezentei proceduri ca urmare a primei evaluări, re-evaluarea ofertelor acestora, astfel încât ofertele lor (unele inițial neconforme sau inacceptabile) să devină admisibile și conforme, iar cele inițial admisibile dar care nu și-au prelungit valabilitatea ofertelor și a garanției de participare, să li se permită în mod nelegal redobândirea calității de operatori implicați în procedură, aceștia putând tinde la câștigarea acestei proceduri”, considerând că este inadmisibilă aplicarea unui asemenea tratament vădit discriminatoriu și în contradicție cu legea aplicabilă, având în vedere un aspect deloc lipsit de importanță, și anume că toate aceste măsuri ale autorității survin ca urmare a contestației și a plângerii depuse de ... (în fața CNSC și a Curții de Apel ...). Este absurd să se aprecieze că în lipsa contestației sau a plângerii (și mai ales, în lipsa Deciziei Curții de Apel ...), Autoritatea contractantă ar fi adoptat, din proprie inițiativă, aceeași măsură de reevaluare a ofertei contestatorului după ce aceasta a fost declarată neconformă, și de anulare a declarării ca și câștigătoare a procedurii a ofertei prezentate de către ...

Pe scurt, după ce ... a dat dovadă de diligență și a manifestat un rol activ în vederea anulării măsurilor nelegale, fiind produse astfel efecte obligatorii cu privire la procedura de evaluare din cadrul acestei proceduri de achiziție, implicând timp și resurse în acest sens, autoritatea contractantă înțelege să gratifice cu aceleași rezultate, obținute în mod definitiv în instanță, pe toți participanții la această procedură, chiar și pe cei inițial declarați neconformi sau inacceptabili.

Contestatorul aduce în discuție Hotărârea Tribunalului din 19.03.2010, cauza T-50/05, Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Comisiei Europene.

V. În admisibilitatea intervenției/interferării în cadrul procesului de evaluare de către persoane care nu fac parte din comisia de evaluare.

Practica constantă a instanțelor este de a aprecia că nici o altă persoană, instituție sau chiar instanțele de judecată nu au dreptul exercitării vreuneia dintre atribuțiile expres prevăzute de dispozițiile art. 72 alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 925/2006, acestea revenind exclusiv în sarcina Comisiei de evaluare, o asemenea situație fiind apreciată în mod unanim ca fiind inadmisibilă.

Având în vedere faptul că decizia Comisiei de evaluare se bazează exclusiv pe Opinia avocaților ..., în fapt, s-a permis unor persoane care nu au calitatea de membri ai comisiei de evaluare, să decidă efectiv cu privire la procedura de atribuire în cauză. Această opinie ar fi putut produce efecte juridice în situația în care Comisia de evaluare ar fi înțeles să facă aplicarea dispozițiilor art. 73 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006.

Același act normativ prevede, la alin. (3), atribuțiile și obligațiile membrilor cooptați:

„c) analiza efectelor de natură juridică pe care le pot determina anumite elemente ale ofertei sau anumite clauze contractuale propuse de ofertant”.

Apare astfel evident faptul că legiuitorul a reglementat și calitatea de expert cooptat, drepturile, atribuțiile și obligațiile acestuia, apreciind care sunt situațiile legale în care opiniile unor așa-zisi experți trebuie luate în considerare și când acestea pot produce efecte, mai exact din momentul cooptării acestor persoane, în această calitate, în cadrul Comisiei de evaluare. Simpla exprimare a unor puncte de vedere, fără a cunoaște gradul de implicare a persoanelor emitente și fără deținerea calităților expres solicitate/impuse de către legiuitor, cu privire la anumite aspecte/elemente, conduce în mod cert la lipsirea acestora de efecte juridice.

Permiterea implicării unor terțe părți în cadrul procedurilor de evaluare, sub orice formă, echivalează cu încălcarea dispozițiilor legale care au consacrat dreptul exclusiv al Comisiilor de evaluare de exercitarea vreuneia dintre atribuțiile prevăzute la art. 72-76 din H.G. nr. 925/2006.

Aceeași situație se regăsește și în cazul Deciziei Directorului General al ..., care nu deține calitatea de membru sau președinte al Comisiei de evaluare, fiind astfel lipsit de dreptul de a anula/revoca Raportul procedurii achiziției, în tot sau în parte.

Contestatorul consideră că revocarea întregului raport al procedurii încalcă flagrant legislația în materia achizițiilor publice și art. 15 cod civil conform căroră:

„nici un drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei credințe”.

Conform Hotărârii Tribunalului din 27 sept. 2002, cauza T-211/02 Tideland –Signal, reclamantă împotriva Comisiei Europene:

„Tribunalul constată că puterea stabilită (în favoarea autorității n.n.) ... trebuie, în special în conformitate cu principiul dreptului comunitar al bunei administrări, să fie însoțită de o obligație de a fi exercitată în împrejurări în care clarificarea unei oferte este atât practic posibil cât și necesară (...).”

Decizia autorității contractante de anulare a întregului Raport al procedurii și de reevaluare a tuturor ofertelor depuse contravine principiului proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006 întrucât depășesc „(...) limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite (...)” - (Hotărârea Tribunalului din 10 dec. 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken, reclamantă împotriva Comisiei europene).

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 255 și următoarele din O.U.G. nr. 34/2006, H.G. nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 18865/18.12.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 32546/18.12.2014, autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoare a depus, în data de 16.12.2014, scrisoare de garanție de bună conduită în valoare de 446.450 lei, valabilă până la data de 16.03.2015, respectiv echivalentul a 100.000 Euro la cursul BNR din 12.12.2014 valabil până pe 15.12.2014 ora 13:00 – 1 Euro = 4,4645 lei, precum și faptul că nu este de acord cu cererea de suspendare a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 5658/22.12.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 32648/22.12.2014, ... a formulat „Răspuns” la adresa antemenționată a autorității contractante, în care precizează următoarele:

Autoritatea contractantă încearcă să aducă în discuție, prin criticile sale cu privire la scrisoarea de garanție de bună conduită, excepția inadmisibilității contestației. Contestatorul solicită respingerea alegațiilor autorității contractante, având în vedere

respectarea dispozițiilor art. 271¹ alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, astfel cum acestea au fost rectificate în data de 10.07.2014.

Referitor la critica cu privire la cursul valutar la care a achitat garanția de bună conduită - echivalentul a 100.000 Euro, contestatorul precizează următoarele:

- garanția de bună conduită a fost constituită în cursul dimineții de 15.12.2014, dată la care opera cursul BNR pentru 1 Euro stabilit vineri, în data de 12.12.2014, respectiv 4,4645 lei/1 Euro;
- nu prezintă relevanță ora constituirii garanției, având în vedere faptul că, potrivit normelor BNR, cursul valutar se stabilește în jurul orei 14:00, fiind aplicabil pentru ziua următoare.

Prin adresa nr. 19143/23.12.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. 32841/29.12.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care solicită respingerea contestației:

- pe cale de excepție:

- respingerea contestației în conformitate cu prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006 actualizată întrucât contestatoarea nu a constituit garanția de bună conduită așa cum prevede art. 271¹ alin. (5) din actul normativ antemenționat;
- respingerea contestației pe excepția lipsei de interes legitim;

- pe fond:

- respingerea contestației ca netemeinică și nefondată și, în baza motivelor de fapt și de drept invocate, menținerea actelor emise de către ..., a căror anulare a fost solicitată, respectiv adresa nr. 490/04.12.2014 și Decizia nr. 155/25.11.2014 a Directorului General al ..., având în vedere următoarele motive:

1. Pe cale de excepție:

a) autoritatea contractantă solicită „respingerea contestației în conformitate cu prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006 întrucât contestatoarea NU A CONSTITUIT GARANȚIA DE BUNĂ CONDUITĂ așa cum prevede art. 271¹ alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006”.

... a depus în data de 16.12.2014, cu adresa nr. 5582/31.07.2014, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 18628/16.12.2014, în original, SCRISOARE DE GARANȚIE DE BUNĂ CONDUITĂ NR. ..., în valoare de 446.450 lei, valabilă până la data de 16.03.2015. Situația de la pct. a) precizată în Scrisoarea de garanție de bună conduită susmenționată: „a)contestația/cererea/

plângerea este respinsă ca inadmisibilă” nu este conform art. 271¹ alin. (5) modificat prin linia din Rectificare din 10.07.2014 care prevede: „(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă.”

Deci contestatoarea a constituit prin instrument de garantare o garanție de bună conduită ALTFEL decât impune legea.

Astfel, contestatoarea a condiționat eliberarea garanției de bună conduită către autoritatea contractantă de îndeplinirea condiției suspensive de respingere a contestației sale ca inadmisibilă.

Așadar, din instrument reiese că instituția bancară va elibera autorității contractante suma de 446.450 lei reprezentând garanția de bună conduită NUMAI dacă contestația va fi respinsă ca INADMISIBILĂ.

În acest fel, instrumentul de garantare nu acoperă și situația respingerii contestației pentru alte motive decât inadmisibilitate, ceea ce înseamnă neacoperirea situației de respingere a contestației INDIFERENT de motive.

În aceste condiții, instrumentul de garantare prezentat nu constituie dovada îndeplinirii scopului prevăzut de lege, respectiv de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător.

b) autoritatea contractantă solicită respingerea contestației pe excepția lipsei de interes legitim.

... invocă excepția lipsei de interes legitim a contestatoarei, „ca urmare a neîndeplinirii cerințelor prevăzute la dispozițiile art. 255 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare”.

Autoritatea contractantă consideră că motivele contestației sunt netemeinice și prin aceasta, contestatorul încearcă să își creeze un avantaj prin eliminarea celorlalți competitori din cadrul procedurii de atribuire. Or, la această dată, urmare Deciziei nr. .../02.10.2014 pronunțată de Curtea de Apel ... și a Deciziei nr. 155/2014 emisă de directorul general al ..., tuturor participanților la această procedură li se asigură un mediu concurențial și tratament egal, evitându-se în acest mod încălcarea principiilor consacrate în art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 255 alin (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006 actualizată.

Având în vedere cele expuse mai sus, rezultă că Asocieria ... și ... nu a suferit, nu suferă și nu riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a solicitării de prelungire a garanției de participare și a valabilității ofertei sale și nici ca o consecință a informării cu privire la revocarea Raportului procedurii și a comunicărilor rezultatului procedurii privind ceilalți ofertanți.

2. Referitor la revocarea Raportului procedurii nr. 8191/12.06.2014 și încălcarea principiului irevocabilității actelor administrative

În conformitate cu prevederile art. 37 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza aplicării criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, deci criteriul de atribuire se aplică urmare finalizării etapei de evaluare a ofertelor.

Din referatul nr. 16952/17.11.2014 întocmit de comisia de evaluare, reies următoarele:

„La procedura de atribuire a contractului au fost prezentate 11 oferte, din care au fost declarate:

➤ admisibile ofertele depuse de 4 ofertanți:

- ...;
- ...;
- ...;
- ...;

➤ inacceptabile și/sau neconforme ofertele depuse de 7 ofertanți:

- ...;
- ...;
- ...;
- ...;
- ...;
- ...;
- ...;
- ... și ...

Necesitatea respectării principiului tratamentului egal conform art. 2, alin. (2), pct. b) din O.U.G. nr. 34/2006 pentru toți ofertanții participanți la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, aceasta fiind posibilă doar prin reanalizarea tuturor ofertelor ținând cont de aspectele menționate în motivarea Deciziei Curții de Apel și aplicarea criteriului de atribuire tuturor ofertelor declarate admisibile urmare acestei reanalizări”.

Așa cum reiese din Decizia 155/25.11.2014 emisă de Directorul general al ..., autoritatea contractantă a avut în vedere următoarele:

- necesitatea respectării principiului tratamentului egal pentru toți ofertanții participanți la procedura de atribuire, a reanalizării tuturor ofertelor ținând cont de aspectele menționate în motivarea Deciziei Curții de Apel ... nr. .../2014, precum și a aplicării criteriului de atribuire tuturor ofertelor admisibile;
- Decizia nr. .../02.10.2014 emisă de Curtea de Apel ... prin care:
 - anulează în parte Raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la ..., ... - ... și ..., precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii acestor ofertanți;
 - obligă Autoritatea Contractantă la reanalizarea ofertelor ..., Asocierii ... - ... și ... în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire;
- prevederile art. 2, alin. (1) și alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare;
- principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică prevăzute la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare;
- prevederile art. 83 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare;
- prevederile art. 206 și art. 207 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Așa cum reiese din adresa nr. 490/04.12.2014 transmisă către contestator, autoritatea contractantă a solicitat prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare contestatorului, nu și celorlalți ofertanți, așa cum în mod eronat precizează contestatorul în contestație.

Prin contestația formulată de către ... se susține că autoritatea contractantă încalcă „(...) cele dispuse de Curtea de Apel ... prin Decizia nr. .../... (...)”.

Cu privire la raționamentul contestatoarei, autoritatea contractantă apreciază că este greșit, deoarece se încearcă deducerea autorității de lucru judecat cu privire la toate ofertele depuse în cadrul procedurii. Autoritatea de lucru judecat există doar asupra a ceea ce a judecat și stabilit instanța, iar nu asupra a ceea ce nu a fost judecat de aceasta. Cele statuate de instanță în decizia sa au fost circumscrise aspectelor în divergență cu care a fost sesizată, și prin urmare, era firesc ca în cuprinsul deciziei să nu facă

referire la orice conformitate/neconformitate sau abatere a ofertelor în contextul în care nu i-a fost supusă analizei.

Prin derogare de la art. 1 alin. 6 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, în materia achizițiilor publice, ca măsură de remediere, autoritatea contractantă își poate anula propriile acte în măsura în care au fost sesizate abateri.

Astfel, autoritatea contractantă își poate remedia propriile acte, atât anterior cât și ulterior formulării unei contestații. Relevante în speța de față sunt dispozițiile art. 256¹, 256³ și 287 cuprinse în O.U.G. nr. 34/2006.

Concluzia care reiese din lecturarea acestor dispoziții este aceea că autoritatea contractantă are opțiunea firească de a-și corecta propriile acte dacă este sesizată în privința netemeinciei/nelegalității lor fie printr-o notificare, fie direct printr-o contestație, sau cum este cazul în speța de față, printr-o decizie a instanței de judecată. Mai mult, deși nu reiese din normele menționate mai sus, autoritatea contractantă are opțiunea de a-și anula un act, sau chiar întreaga procedură, și din oficiu, în absența notificării sau contestații vreunei persoane vătămate, în ipoteza în care, în derularea procedurii, constată că a încălcat prevederi legale ale căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/ procedurii de atribuire. Privită prin prisma imperativului restabilirii legalității actelor sau procedurii în ansamblu, opțiunea remedierii apare ca una firească, și de preferat aceleia a anulării actelor/ procedurii pe cale contencioasă.

Autoritatea contractantă a procedat corect atunci când a revocat Raportul procedurii, invocând dispozițiile art. 2 alin. (2) punctul b) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece principiul tratamentului egal se poate respecta prin reanalizarea ofertelor ținând cont de aspectele menționate în cuprinsul motivării Deciziei Curții de Apel

Astfel, prin Decizia nr. .../02.10.2014, Curtea de Apel ... a reținut unele aspecte care au fost interpretate de către comisia de evaluare în prima etapă în mod diferit față de cel al Curții, cum ar fi:

- modul de interpretare a mențiunii din caietul de sarcini (Preambul la lista de cantități - Prevederi generale - pct. 2) care prevede că „Un articol pe care ofertantul nu l-a completat cu un preț unitar sau total se va considera ca fiind acoperit de alte prețuri unitare sau totale introduse în Lista de Cantități”; Curtea de Apel consideră că această mențiune se poate aplica numai „dacă articolul

necompletat este o componentă a unui alt articol cotate iar prețul unitar sau total al acestuia include și prețul articolului necompletat”;

- modul de interpretare a închirierii de către ofertantul ... a utilajului pentru execuția lucrărilor de subtraversare de la ...; Curtea opinează că „(...) în fapt ... va executa forajul propriu și pozarea tubului” și „(...) faptul că această lucrare se va executa sub directă autoritate a ... și că aceasta deține autorizația necesară efectuării lucrării este nerelevant în condițiile în care o parte a lucrării este executată de o altă persoană juridică. Activitatea ... chiar dacă a fost calificată de ofertant ca fiind o activitate de furnizare de servicii, constituie în fapt o execuție de lucrări și, conform fișei de date a achiziției, ofertanta trebuia să prezinte informații despre partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze (...)”.

Aceste aspecte privesc și ofertele depuse de către alți ofertanți și ca urmare, procedând în alt mod, s-ar ajunge ca unii ofertanți să fie evaluați diferit, aplicând diferențiat prevederile legale, ceea ce nu este admisibil.

Privitor la posibilitatea ... de a revoca acte, autoritatea contractantă subliniază și următoarele aspecte:

- anularea sau revocarea unor acte este impusă de necesitatea de a respecta legislația specifică în materia achizițiilor publice ca urmare a aspectelor de nelegalitate reținute de către instanță. Acest lucru este permis, chiar obligatoriu, pentru ca în etapa de reevaluare sau reanalizare a ofertelor să se poată îndrepta eventualele erori sau încălcări ale prevederilor legale în procesul de evaluare a ofertelor. Astfel, prin decizie, conducătorul unității a revocat Raportul procedurii cu privire la ceilalți 8 ofertanți și acesta a fost remis către comisia de evaluare.

Odată cu revocarea Raportului privind ceilalți 8 ofertanți, s-a impus și revocarea tuturor comunicărilor privind rezultatul procedurii transmise către acești ofertanți.

Au fost necesare aceste acțiuni pentru a putea asigura ducerea la îndeplinire a Deciziei Curții de Apel ..., pentru a asigura cadrul legal și necesar comisiei de evaluare să poată relua procedura și să reanalizeze toate ofertele sub toate aspectele și prin prisma considerentelor, interpretărilor și motivării instanței de judecată, pentru respectarea normelor legale incidente și a principiului tratamentului egal cu privire la ofertanții aflați în competiție.

Revocarea Raportului procedurii cu privire la ceilalți 8 ofertanți este motivată de necesitatea reanalizării ofertelor aflate în competiție - în perioada de valabilitate a ofertei și cu garanție de

participare constituită - pentru reconsiderarea încadrărilor făcute pentru fiecare ofertant în parte și prin prisma interpretărilor și motivării date de instanță pe aspectele și pentru ofertanții/petenți pentru care a fost investită. Este necesară, legală și justificată revocarea actelor subsecvente sau adiacente celor anulate de către instanță.

Revocarea propriilor acte administrative, motivată de îndepărtarea eventualelor cazuri de încălcare a normelor legale privind achizițiile publice, este o opțiune și în speța de față o obligație a Autorității contractante de a-și revizui și remedia propriile acte, temeiul de drept aplicabil în acest caz fiind obligația de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă prevăzută la art. 2 alin. (2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006.

3. Referitor la nelegalitatea deciziei de solicitare a reconstituirii garanțiilor de participare și a valabilității ofertelor.

Solicitarea autorității contractante cu privire la prelungirea perioadei de valabilitate a ofertelor și a valabilității garanțiilor de participare este susținută, în condițiile în care, potrivit dispozițiilor art. 6 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, „Fără a afecta prevederile art. 93 alin. (3) și asumându-și implicațiile prevederilor art. 97 alin. (4) lit. b), autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire”.

Astfel, autoritatea contractantă a procedat la revocarea Raportului proceduri nr. 8191/12.06.2014 cu privire la ceilalți 8 ofertanți și a dispus reevaluarea ofertelor, invocând dispozițiile art. 2 alin. (1) și (4), art. 83 din H.G. nr. 925/2006 și art. 2 alin. 2, art. 206 și art. 207 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece în lipsa acestei măsuri, procedura de atribuire ar fi afectată de abateri de la prevederile legislative. Mai mult, adoptarea unor măsuri corective în vederea eliminării erorilor produse pe parcursul analizei, evaluării, au fost impuse prin decizia Curții de Apel ..., iar aplicarea aspectelor semnalate doar cu privire la unii ofertanți ar conduce la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Reconstituirea garanțiilor de participare se impunea, dându-se astfel eficiență principiului tratamentului egal, evitându-se o evaluare diferențiată a ofertelor.

Comisia de evaluare nu poate reanaliza ofertele sub aspectele de nelegalitate semnalate de către instanță, dacă nu verifică mai

intâi valabilitatea acestora și dacă au constituită garanția de participare.

Autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertanților implicați confirmarea menținerii ofertei depuse inițial și prelungirea acesteia până la o dată/termen anume. Această dată este estimată și specificată de către Comisia de evaluare ca fiind necesară și suficientă pentru reanalizarea ofertelor, finalizarea raportului, aprobarea raportului, comunicarea rezultatului, termenul de așteptare și de eventuale soluționări ale contestațiilor, precum și încheierea contractului.

Din punctul de vedere al valabilității ofertei depuse precum și a constituirii garanției de participare, prin repunerea în situația anterioară încheierii Raportului, părților implicate în această procedură practic ar trebui să le fie recunoscute calitățile avute cel puțin la data finalizării raportului inițial. Cum pierderea valabilității ofertelor și a garanției de participare a fost rezultatul admiterii plângerilor la Curtea de Apel, decizie care a intervenit după ce se parcursese etapa contestațiilor la CNSC și după expirarea termenului de așteptare pentru încheierea contractului, și după încheierea Contractului de lucrări, vina de a nu fi prelungit în timp util valabilitatea documentelor nu aparține ofertanților implicați, și ca atare nu pot fi sancționați prin respingerea ofertelor în această etapă de reanalizare, pentru acest motiv.

Așa cum reiese din adresa nr. 490/04.12.2014 transmisă către contestator, autoritatea contractantă a solicitat prin această adresă prelungirea perioadei de valabilitate a ofertei și a garanției de participare contestatorului, nu și celorlalți ofertanți, așa cum, în mod eronat precizează contestatorul la pag. 2 din contestație.

4. Referitor la încălcarea de către comisia de evaluare a principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, în special al tratamentului egal și al nediscriminării.

Autoritatea contractantă nu a încălcat principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, ci, prin măsurile dispuse, s-a dat eficiență dispozițiilor legale.

Contestatoarea nu are motive să critice reevaluarea ofertelor, întrucât, chiar dacă s-ar reține aserțiunile sale, oferta sa, prin prisma deciziei instanței, oricum trebuia reevaluată.

5. Referitor la „inadmisibilitatea intervenției/interferării în cadrul procesului de evaluare de către persoane care nu fac parte din comisia de evaluare”.

Critica contestatoarei referitoare la faptul că „(...) decizia Comisiei de evaluare se bazează exclusiv pe Opinia avocaților ... (...)” este total eronată. Autoritatea contractantă a solicitat societății de avocatură o opinie asupra punerii în executare a Deciziei nr. .../02.10.2014 a Curții de Apel ..., în acest sens punând la dispoziția avocaților doar hotărârea instanței. În afara membrilor comisiei de evaluare, nicio persoană nu a avut acces la ofertele depuse în cadrul procedurii.

Decizia nr. 155/2014 de revocare a Raportului procedurii cu privire la ceilalți 8 ofertanți și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii către aceștia sunt acte emise de conducătorul unității și sunt diferite de cele emise de către Comisia de evaluare în cadrul activității de evaluare. Contestatorul confundă experții care pot fi cooptați pe lângă comisia de evaluare în cadrul activității de evaluare a ofertelor pe aspecte tehnice, financiare, juridice ce țin de evaluarea ofertelor, cu opinia juridică exprimată pe tema revocării actelor autorității contractante în legătură cu procedura de atribuire. Astfel, actele juridice emise de conducătorul autorității contractante nu pot fi asimilate cu documentele întocmite de comisia de evaluare în cadrul etapei de evaluare a ofertelor, acestea din urmă (evaluarea) fiind atributul exclusiv al comisiei de evaluare și în condițiile de confidențialitate prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, reevaluarea ofertelor a fost propusă de către comisia de evaluare, în conformitate cu prevederile legale, prin Referatul nr. 16952/17.11.2014 și aprobată ulterior prin decizia conducătorului instituției.

6. Privitor la obligativitatea respectării măsurilor dispuse de instanță prin Decizia nr. .../02.10.2014:

- acestea sunt obligatorii și fac referire doar la aspectele de nelegalitate pentru care a fost investită prin plângerile înregistrate pe rolul Curții de Apel ... și doar cu privire la părțile implicate în dosarul nr. ... Autoritatea contractantă nu s-a aflat în postura de a alege păstrarea anumitor acte subsecvente Raportului procedurii, respectiv a Contractului încheiat cu Câștigătorul desemnat inițial, pentru ca Raportul și rezultatul procedurii a fost anulat față de acest ofertant, acesta nu mai are calitatea de ofertant câștigător, ci prin Decizia Curții a fost repus în situația anterioară, readus în competiție;

- instanța a anulat în parte raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la cei doi petenți și ofertantul declarat câștigător și a dispus și anularea adreselor de comunicare a

rezultatului procedurii acestor ofertanți. Instanța nu se putea pronunța în sensul anulării raportului în integralitatea sa, pentru că nu a fost investită în acest sens. Abordarea unei astfel de decizii ar fi însemnat ca instanța să se pronunțe pe aspecte pentru care nu a fost legal investită. Faptul că instanța nu a anulat Raportul în totalitate, nu înseamnă că nu se pot identifica aceleași aspecte de nelegalitate la alți ofertanți și nici că rezultatul inițial al procedurii nu poate fi revocat de către Autoritatea contractantă, sau că instanța stabilește sau limitează reanalizarea ofertelor doar pentru cei 3 ofertanți nominalizați în Decizie;

- instanța a decis anularea în parte a raportului, dar nu poate interzice autorității contractante să reexamineze toate ofertele rămase în competiție pentru că asta ar însemna să împiedice autoritatea să aplice tratamentul egal față de toți ofertanții, acesta fiind și unul din motivele care a stat la baza admiterii plângerilor formulate la Curtea de Apel. Totodată, ar pune autoritatea contractantă în situația să continue să păstreze un raport, în care ar putea subsista aspectele de nelegalitate semnalate în ofertele celor trei ofertanți - părți în dosarul ..., față de ofertele prezentate de ceilalți competitori.

Ultimul document aferent dosarului cauzei este adresa nr. 159/19.01.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 719/19.01.2015, transmisă de ...

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelelor de canalizare în aglomerarea ...”, cod CPV 45000000-7, 45232411-6, 45232431-2, finanțat prin Programul Operațional Sectorial de Mediu – POS Mediu”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Anterior, în cadrul aceleiași proceduri pe rolul Consiliului s-au aflat dosarele nr. ... și ..., care au fost soluționate prin ... Din conținutul contestațiilor depuse de ... și ..., Consiliul a reținut că *„aceștia aduc critici ofertei câștigătoare, respectiv ..., cât și modul în care au fost evaluate propriile oferte, solicitând anularea raportului procedurii și actelor subsecvente, inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii, reevaluarea ofertei câștigătoare și constatarea caracterului neconform și inacceptabil al*

acesteia, reevaluarea ofertei depuse de SC VICTOR CONSTRUCT SRL și „emiterea unei Comunicări privind rezultatul procedurii, în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în vigoare în materia achizițiilor publice”.

Prin Decizia nr. ..., Consiliul a respins ca nefondate contestațiile formulate de ... și ... în contradictoriu cu ...

Împotriva Deciziei nr. ..., ..., a formulat plângere la Curtea de Apel ..., Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, formând obiectul dosarului nr. ... care s-a pronunțat prin Decizia nr. .../2014 din ..., în sensul că *„Admite plângerile formulate de petentele ... cu sediul în ... și de ... cu sediul în ..., împotriva Deciziei nr. ... emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor București, în contradictoriu cu intimatele ... cu sediul în ... și ... cu sediul în ...*

Modifică decizia nr. ... a CNSC.

Admite contestația formulată de ... și în parte, contestația ...

Anulează în parte raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la ..., ... și ... precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii acestor ofertanți.

Obligă autoritatea contractantă la reanalizarea ofertelor ..., ... și ... în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire.

Respinge cererea formulată de ..., privind declararea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depuse de ..., ca nefondată.

Respinge cererea de intervenție accesorie formulată în interesul autorității contractante de ..., ca nefondată.

Obligă autoritatea contractantă să plătească petentei ... suma de 869,20 lei cheltuieli de judecată și petentei ... suma de 7354,20 lei cu același titlu.

Definitivă”.

Autoritatea contractantă a pus în aplicare Decizia Curții de Apel ... nr. .../2014 din ... și a procedat la reevaluarea ofertelor.

Demne de reținut în soluționare sunt mențiunile consemnate de comisia de evaluare în cadrul Referatului nr. 16952/17.11.2014, transmis pentru analiză și dispunere de măsuri conducătorului autorității contractante, respectiv:

„(...) având în vedere următoarele:

- Decizia nr. .../... a Curții de Apel ... prin care:

- anulează în parte raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la 3 ofertanți, respectiv cei 2 ofertanți care au depus plângere: ..., Asocierea ... - ... și ofertantul ... care a făcut obiectul plângerii,*

- *anulează adresele de comunicare a rezultatului procedurii pentru ofertanții susmenționați,*
 - *obligă autoritatea contractantă la reanalizarea ofertelor celor 3 ofertanți menționați anterior, respectiv ..., Asocieria ... - ... și ...,*
- La procedura de atribuire a contractului au fost prezentate 11 oferte, din care au fost declarate:*
- admisibile ofertele depuse de 4 ofertanți: ..., ..., ... și ...,*
 - inacceptabile și/sau neconforme ofertele depuse de 7 ofertanți: ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... și ...*
- Necesitatea respectării principiului tratamentului egal conform art. 2, alin. (2), pct. b) din O.U.G. nr. 34/2006 pentru toți ofertanții participanți la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, aceasta fiind posibilă doar prin reanalizarea tuturor ofertelor ținând cont de aspectele menționate în motivarea Deciziei Curții de Apel și aplicarea criteriului de atribuire tuturor ofertelor declarate admisibile urmare acestei reanalizări.*
- Decizia nr. 148/12.11.2014 de reîncepere a activității comisiei de evaluare a ofertelor în vederea îndeplinirii măsurilor dispuse de Curtea de Apel ...,*
- Punctul de vedere exprimat de societatea de consultanță juridică prin adresa nr. 16417/06.11.2014 (anexat),*
Vă rugăm a analiza și dispune”.

Relevante în soluționare sunt și mențiunile din cadrul Deciziei nr. 155/25.11.2014, emise de Directorul General al ..., respectiv:

„(...) având în vedere următoarele:

- Decizia nr. .../... a Curții de Apel ... prin care:

- *anulează în parte Raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014, cu privire la ..., Asocieria ... - ... și ..., precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii acestor ofertanți;*
- *obligă Autoritatea Contractantă la reanalizarea ofertelor ..., Asocierii ... - ... și ..., în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire,*
 - prevederile art. 2, alin. (1) și alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare,*
 - principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică prevăzute la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare,*
 - prevederile art. 83 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare,*

- prevederile art. 206 și art. 207 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, ținând cont de prerogativele Directorului General, enunțate în art. 18, al. (3), lit. a-c din statutul ... Botoșani, în temeiul Deciziei nr. 10/23.05.2013 a Consiliului de Administrație al ...,

decide:

Art. 1. Se revocă Raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014, cu privire la ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii acestor ofertanți.

Art. 2. Comisia de evaluare va reevalua toate ofertele, inclusiv sub aspectul modului de îndeplinire a criteriilor de calificare, în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire și în considerarea aspectelor prezentate în motivarea Deciziei Curții de Apel ... nr. .../2014”.

Examinând documentele transmise de autoritatea contractantă și aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă prin adresa nr. 490/04.12.2014 a informat asocierea ... - ... despre decizia autorității contractante de a proceda la reevaluarea tuturor ofertelor, respectiv și la reevaluarea, pe lângă cele trei oferte la care se face referire în decizia curții de apel, și a celorlalte 8 oferte depuse.

Astfel, potrivit actului de comunicare a rezultatului procedurii nr. 490/04.12.2014, autoritatea contractantă informează pe ... despre măsurile dispuse, respectiv „se revoca raportul procedurii nr. 8191/12.06.2014 cu privire la ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii acestor ofertanți și se dispune reevaluarea ofertelor, inclusiv sub aspectul modului de îndeplinire a criteriilor de calificare, în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și cu prevederile documentației de atribuire și în considerarea aspectelor prezentate în motivarea Deciziei Curții de Apel ... nr. ...”, solicitând prelungirea perioadei de valabilitate a ofertelor și prelungirea perioadei de valabilitate/reconstituire a garanției de participare.

Ulterior, pentru motivele evocate anterior, ... a depus la Consiliu contestația de față. Analizând criticile formulate de către ..., Consiliul constată că acestea se referă la modul în care autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Curții de Apel ..., în sensul că, în opinia societății contestatoare, autoritatea contractantă trebuia să reevalueze doar ofertele menționate în cadrul deciziei Curții de Apel, respectiv ofertele operatorilor

economici implicați în procedură, în sensul art. 206 alin. 1¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Luând în considerare prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 248 Cod Proc. Civ. coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepțiilor invocate de autoritatea contractantă, respectiv: respingerea contestației în conformitate cu prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006, întrucât, în opinia autorității contractante, ... nu a constituit garanția de bună conduită și excepția lipsei de interes.

Potrivit dispozițiilor art. 269 din O.U.G. nr. 34/2006, *"procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare"*.

... a depus odată cu contestația formulată și Scrisoarea de garanție de bună conduită nr. ... emisă de Banca Comercială Română S.A. la data de ...

Aplicând, în mod corespunzător, norma juridică anterior invocată, prin adresa nr. 18446/3694 – C2/17.12.2014, Consiliul a solicitat autorității contractante ... *"vă solicităm să ne comunicați dacă societatea contestatoare și-a îndeplinit obligația legală instituită de prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006 (...) referitoare la garanția de bună conduită"*.

... s-a conformat solicitării Consiliului și a comunicat cu actul nr. 19143/23.12.2014, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 32841/29.12.2014 următoarele aspecte vizavi de garanția de bună conduită, respectiv:

"Societatea contestatoare ... a depus in data de 16.12.2014, cu adresa nr. 5582/31.07.2014, inregistrata la autoritatea contractanta cu nr. 18628/16.12.2014, în original, SCRISOARE DE GARANȚIE DE BUNĂ CONDUITĂ NR. ... din ..., în valoare de 446.450 lei, valabilă până la data de 16.03.2015. Menționam ca situatia de la pct.a) precizata in Scrisoarea de garanție de bună conduită susmenționata "a)contestatia/cererea/plangerea este respinsa ca inadmisibila" nu este conform art.271 ind. 1 alin.(5) modificat prin linia din Rectificare din 10.07.2014 care prevede "
(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă."

Deci contestatoarea a constituit prin instrument de garantare o garanție de bună conduită ALTFEL decât impune legea.

Astfel, contestatoarea a condiționat eliberarea garanției de bună conduită către autoritatea contractantă de îndeplinirea

condiției suspensive de respingere a contestației sale ca inadmisibilă.

Așadar, din instrument reiese că instituția bancară va elibera autorității contractante suma de 446.450 lei reprezentând garanția de bună conduită NUMAI dacă contestația va fi respinsă ca INADMISIBILĂ.

In acest fel, instrumentul de garantare nu acoperă și situația respingerii contestației pentru alte motive decât inadmisibilitate ceea ce înseamnă neacoperirea situației de respingere a contestației INDIFERENT de motive.

In aceste condiții instrumentul de garantare prezentat nu constituie dovada îndeplinirii scopului prevăzut de lege, respectiv de a proteja autoritatea contractanta de riscul unui eventual comportament necorespunzător”.

În replică la criticile formulate de autoritatea contractantă, societatea contestatoare menționează că în mod nefondat autoritatea contractantă s-a limitat să rețină doar cazul menționat în cuprinsul scrisorii de garanție de bună conduită de emitentul BCR SA, astfel dacă ar fi lecturat toate cazurile menționate ar fi constatat că la pct. d) este menționat cazul în care contestație este respinsă.

Având în vedere cele menționate de autoritatea contractantă, în actul nr. 19143/23.12.2014, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 32841/29.12.2014 (mai sus reținut), Consiliul a revenit cu o nouă solicitare adresată ..., respectiv cu actul nr. 310/3694 – C2/16.01.2015, prin care a solicitat societății contestatoare: „(...) în termen de 3 zile lucrătoare de la primirea prezentei, să remediați scrisoare de garanție de bună conduită nr. ... emisă de Banca Comercială Română S.A. la data de ..., în sensul eliminării sintagmei „ca inadmisibilă” din cuprinsul paragrafului a), întrucât nu este în concordanță cu prevederile art. 271 ind. 1 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, astfel cum a fost modificat prin rectificarea publicată în monitorul Oficial al României, partea I, nr. 516 din 10 iulie 2014. De asemenea, veți comunica dovada remiterii poliței, în copie, către Consiliu, pentru a corespunde art. 271 ind 1 alin. (5) din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii remedierii la autoritatea contractantă, potrivit art. 271 ind. 1 alin.(3) din ordonanță.”

... a răspuns solicitării adresate cu actul nr. 159/19.01.2015, înregistrat la Consiliu sub nr. 719/19.01.2015, menționând următoarele: „având în vedere adresa dvs. nr. ... prin prezenta vă depunem atașat dovada comunicării în original a actului adițional la

scrisoarea de bună conduită nr... emisă de Banca Comercială Română S.A. la data de ... către autoritatea contractantă în care am eliminat sintagma, „ca inadmisibilă” din cuprinsul paragrafului a) și în copie conform cu originalul către Dvs.”

Alăturat a atașat dovada comunicării în original a actului adițional la scrisoarea de bună conduită nr. ... emisă de Banca Comercială Română S.A. la data de ..., respectiv actul nr. 155/19.01.2015, act înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 922/19.01.2015 și Amendamentul nr. 1 la Scrisoarea de garanție de bună conduită nr. ..., emisă de Banca Comercială Română S.A. la data de ..., potrivit căruia a fost eliminată sintagma „ca inadmisibilă” din cuprinsul paragrafului a).

Față de cele de mai sus, Consiliul, apreciind că se află într-o situație de natura unei excepții procesuale, reține că, la art. 271¹ din cadrul O.U.G. nr. 34/2006, astfel cum a fost aceasta modificată prin O.U.G. nr. 51/2014, se prevăd următoarele:

„(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/ hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

(4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel:

a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b);

b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și

b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției.

(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă. [...]"

În raport de susținerile autorității și având în vedere demersul societății contestatoare de rectificare a scrisorii de garanție de bună conduită, Consiliul apreciază că fiind neîntemeiată solicitarea autorității contractante, deoarece:

- O.U.G. nr. 51/2014 nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția constituită nu acoperă toate cazurile prevăzute în actul normativ;

- actul normativ anterior invocat nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin solicitarea constituirii garanției sau, dacă este cazul, suplimentarea acesteia;

- O.U.G. nr. 34/2006, astfel cum a fost amendată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014, interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația [*"art. 270 alin. (2) - în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația"*];

- în conformitate cu dispozițiile art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, *"în măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun"*;

- corelativ, Consiliul va lua în considerare faptul că, potrivit art. 200 alin. (2) din Codul de procedură civilă, se interzice respingerea/anularea unei cereri de chemare în judecată fără a i se comunica reclamantului în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 (zece) zile de la primirea comunicării, trebuie să realizeze completările sau modificările dispuse;

- de asemenea, la art. 33 alin. (2) din O.U.G. nr. 80/2013, privind taxele judiciare de timbru, se stabilește dreptul reclamantului de a i se acorda un termen pentru timbrarea corespunzătoare a cererii sale: *"Dacă cererea de chemare în judecată este netimbrată sau insuficient timbrată, reclamantului i se*

pune în vedere, în condițiile art. 200 alin. (2) teza I din Codul de procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței", prin urmare, o cerere care nu este însoțită de dovada achitării taxei de timbru nu este respinsă ipso facto, ci i se pune în vedere autorului să își timbreze cererea într-un anumit termen, doar dacă acesta din urmă nu se conformează măsurii dispuse de instanță i se va respinge cererea;

- subsecvent, Consiliul reține că la art. 6 alin. (1) din Codul de procedură civilă se prevede că orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege; în acest scop, „*instanța este datoare să dispună toate măsurile permise de lege*” și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății.

Față de cele mai sus reținute, Consiliul apreciază că în mod corect a fost solicitată rectificarea garanției de bună conduită și acceptată depunerea acesteia în forma care să respecte dispozițiile legale.

Totodată, Consiliul consideră că se impune reiterarea dispozițiilor art. 21 din Constituția României care dispune:

"(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime.

(2) Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

(3) Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil.

(4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite."

Din interpretarea extensivă, cu sprijinul analogiei, a normei de la art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndestulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege. Argumentul de analogie (*ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet*) prescrie că acolo unde există aceleași rațiuni trebuie aplicată aceeași lege, aceeași soluție (se procedează la completarea lacunelor prin găsirea unor texte care să se poată aplica și în cazuri neprevăzute de lege). Analogia în interpretarea unei norme juridice se bazează pe raționamentul potrivit căruia, dacă legiuitorul a edictat o normă pentru anumite situații de fapt, aplicarea acesteia poate fi extinsă și la alte situații care, cu toate că nu au fost

prevăzute în ipoteza normei, sunt asemănătoare cu cele prevăzute, justificând astfel extinderea domeniului de aplicare. Relevante pentru cazul de față sunt, după cum s-a arătat, situațiile în care instanța are obligația de a acorda termen reclamantului pentru regularizarea cererii de chemare în judecată sau pentru plata taxelor legale de timbru.

Garanția de bună conduită reprezintă, prin natura sa, o specie de cauțiune, iar regulile care guvernează cauțiunea judiciară (cartea a VI-a, titlul XIV C. proc. civ.) îi permit instanței să acorde un termen pentru constituirea cauțiunii.

Considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005 pot fi transpuse, cu adaptările de rigoare, la speța de față.

„Având în vedere întregul sistem normativ al Constituției, Curtea constată totodată că libertatea legiuitorului de a stabili condițiile de exercitare a căilor de atac și procedura de judecată nu este absolută, limitele libertății de reglementare fiind determinate și în aceste cazuri de obligativitatea respectării normelor și principiilor privind drepturile și libertățile fundamentale și a celorlalte principii consacrate prin Legea fundamentală și prin actele juridice internaționale la care România este parte.

Astfel, potrivit art. 21 alin. (1) din Constituție, orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime, iar, potrivit alin. (2) al aceluiași articol, nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

În reglementarea exercitării acestui drept legiuitorul are posibilitatea să impună anumite condiții de formă, ținând de natura și de exigențele administrării justiției, **fără însă ca aceste condiționări să aducă atingere substanței dreptului sau să îl lipsească de efectivitate.**

În sensul considerentelor expuse mai sus, Curtea Constituțională are în vedere și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului care a statuat că scopul Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale este "să apere nu drepturi teoretice sau iluzorii, ci concrete și efective" (Cazul Airey contra Irlandei, 1979, și Cazul Artico contra Italiei, 1980).

Într-o cauză similară celei deduse controlului de constituționalitate, Curtea de la Strasbourg a statuat prin Hotărârea din 9 noiembrie 2004, pronunțată în cazul Saez Maeso contra Spaniei, că a existat o violare a art. 6 paragraful 1 din convenție, atunci când normele referitoare la formele ce trebuie respectate pentru introducerea unui recurs și aplicarea lor îi împiedică pe justițiabili să se prevaleze de căile de atac disponibile. În considerentele hotărârii Curtea a precizat că, deși accesul la o instanță de judecată nu este un drept absolut, ci este susceptibil de limitări, în

special în ceea ce privește condițiile de admisibilitate a unei căi de atac, totuși, **aceste limitări nu trebuie să restrângă accesul deschis unui justițiabil de o asemenea manieră sau până la un asemenea punct încât dreptul să fie atins în însăși substanța lui.**

În lumina acestor considerente Curtea Constituțională constată că dispozițiile art. 302 ind. 1 alin. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă, prin care se sancționează cu nulitate absolută omisiunea de se preciza în cuprinsul cererii de recurs "numele, domiciliul sau reședința părților ori, pentru persoanele juridice, denumirea și sediul lor, precum și, după caz, numărul de înmatriculare în registrul comerțului sau de înscriere în registrul persoanelor juridice, codul unic de înregistrare sau, după caz, codul fiscal și contul bancar", precum și - dacă recurentul locuiește în străinătate - "domiciliul ales în România, unde urmează să i se facă toate comunicările privind procesul", **apar ca un formalism inacceptabil de rigid, de natură să afecteze grav efectivitatea exercitării căii de atac și să restrângă nejustificat accesul liber la justiție.**

[...] instituirea sancțiunii nulității pentru neîndeplinirea acestor cerințe de formă în însuși cuprinsul cererii de recurs, fără nici o posibilitate de remediere a omisiunii, îl lipsește pe recurent, fără o justificare rezonabilă, de posibilitatea de a se examina, pe calea recursului, susținerile sale întemeiate privind modul eronat, eventual abuziv, prin care s-a soluționat, prin hotărârea atacată, litigiul în care este parte.

Având în vedere aceste efecte ale aplicării prevederilor art. 302 ind. 1 alin. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă, Curtea constată că, prin sancțiunea nulității pe care o instituie, textul de lege atacat încalcă atât dispozițiile art. 21, cât și pe cele ale art. 129 și ale art. 24 alin. (1) din Constituție."

Așadar, pentru a nu aduce atingere substanței dreptului persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, cu efecte de ordin constituțional, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și, coroborat cu analogia textelor evocate mai sus, să acorde contestatorului un termen pentru constituirea și prezentarea garanției de bună conduită, în conformitate cu dispozițiile legale invocate, de care este condiționată judecarea pe fond a cauzei.

Prin urmare, Consiliul apreciază că, în condițiile în care, astfel cum rezultă din motivarea anterioară, ... a constituit garanția de bună conduită, potrivit dispozițiilor art. 271 ind. 1 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, așadar, scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatorului, astfel cum impune 271¹ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, este atins.

Nici excepția lipsei de interes a ..., invocată de autoritatea contractantă nu va fi reținută de Consiliu, urmând a fi respinsă ca nefondată, din următoarele considerente:

- autoritatea contractantă invocă lipsa de interes a ..., pe motiv că nu sunt îndeplinite cerințele prevăzute de dispozițiile art. 255 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006;

- dispozițiile art. 255 din ordonanța de urgență aplicabilă în materie prevăd „(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională (...).

(2) În sensul prevederilor art. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedură de atribuire.”

Procedând la verificarea îndeplinirii celor două condiții cumulative sus-menționate, Consiliul reține faptul că ... a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, iar prin contestație acesta solicită Consiliului să analizeze modul în care autoritatea contractantă a pus în aplicare Decizia Curții de Apel ... nr. .../..., decizie prin care a fost admisă plângerea formulată de ...

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

Deși nici O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau

material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța analizată, Consiliul constată că prezenta contestație este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante în soluționare mențiunile din cadrul concluziilor scrise formulate de ..., respectiv *„vă solicităm să constatați că interesul asocierii noastre cu privire la această contestație este (potrivit dispozițiilor art. 33 din Noul Cod de Procedură Civilă) determinat (adică concret, susceptibil de o verificare judiciară), legitim (adică în concordanță cu legea, protejat, juridic), personal (aparținând titularului cererii, întrucât folosul urmărit se verifică în persoana acestuia), născut și actual (să existe la momentul formulării cererii dar și pe parcursul soluționării acesteia)”*.

Astfel, față de cele reținute anterior, Consiliul respinge excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă.

Așa cum a fost mai sus reținut, analizând criticile formulate de către ..., Consiliul constată că acestea se referă la modul în care autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Curții de Apel ..., în sensul că, în opinia societății contestatoare, autoritatea contractantă trebuia să reevalueze doar ofertele menționate în cadrul deciziei Curții de Apel, respectiv ofertele operatorilor economici implicați în procedură, în sensul art. 206 alin. 1¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Înainte de a proceda la analiza fondului cauzei în speța, Consiliul apreciază a fi indispensabilă expunerea câtorva elemente de fixare a cadrului speței, menite să înlăesnească înțelegerea ei și a contextului în care a evoluat, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Demne de reținut în soluționare sunt cele menționate de Curtea de Apel ... în cadrul Deciziei nr. .../2014 din 02 octombrie 2014 cu privire la ofertele depuse de ... și ..., respectiv:

„[...] Modalitatea în care autoritatea contractantă a analizat răspunsurile Asocierii ... & ... & ... la solicitarea de clarificări nr. 216/13.02.2014 față de răspunsurile date acelorlași solicitări de ..., dovedesc faptul că autoritatea contractantă nu a tratat în mod similar operatorii economici care se află în aceeași situație și a creat un avantaj nejustificat ofertantului declarat câștigător.

(...)

Față de răspunsurile ofertantei se observă că autoritatea contractantă nu a avut în vedere că prin caietul de sarcini a solicitat

ofertanților (Preambul la lista de cantități - Prevederi generale - pct. 2) să se evite cotarea aceluiași lucrări în cadrul mai multor secțiuni.

Or, Asocieria ... și ... deși s-a conformat indicațiilor din caietul de sarcini și se refuză explicațiile privind componentele articolelor și lucrărilor necotate, fără ca prin raportul procedurii să se motiveze într-o manieră logică și verificabilă de ce nu poate fi aplicată cerința din caietul de sarcini la situația dată.

În aceeași ordine de idei, la același punct din caietul de sarcini (Preambul la lista de cantități - Prevederi generale - pct. 2) s-a menționat că, „Un articol pe care ofertantul nu l-a completat cu un preț unitar sau total se va considera ca fiind acoperit de alte prețuri unitare sau totale introduse în Lista de Cantități”.

Așa cum s-a arătat la analiza ofertei ... această cerință nu poate fi interpretată decât în sensul că un articol pe care ofertantul nu l-a completat cu un preț unitar sau total se va considera ca fiind acoperit de alte prețuri unitare sau totale, dacă articolul necompletat este o componentă a unui alt articol cotate iar prețul unitar sau total al acestuia include și prețul articolului necompletat.

Faptul că autoritatea contractantă în cazul ofertei ... un articol pentru care prețul este „0” și poate fi acoperit din „Profit” dar nu a analizat explicațiile ... prin raportare la caietul de sarcini dovedesc și în acest caz că autoritatea contractantă nu a tratat în mod similar operatorii economici care se află în aceeași situație și a creat un avantaj nejustificat ofertantului declarat câștigător.

Față de cele reținute, Curtea constată că la analiza ofertelor Asocierii ...&...&... și Asocierii ... și ... autoritatea contractantă a încălcat obligația prevăzută de art. 17 din OUG nr. 34/2006 care o obligă la „a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire” motiv pentru care constată că se impune reluarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, cu obligarea autorității contractante să facă aplicarea dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice și a prevederilor din documentația de atribuire.

La reanalizarea ofertelor autoritatea contractantă va avea în vedere și faptul că finanțarea contractului de lucrări „Extinderea rețelelor de canalizare în aglomerarea ...” se face în baza contractului de finanțare nerambursabilă încheiat cu POS MEDIU - Axa prioritară I - iar prin OUG nr. 66/2011 legiuitorul sancționează cu retragerea fondurilor nerambursabile sau cu aplicarea de corecții financiare, nerespectarea dispozițiilor referitoare la procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică.”

Față de cele mai sus reținute, Consiliul constată că modul defectuos în care autoritatea contractantă a procedat la analiza și evaluarea ofertelor în speță a fost sesizat inclusiv de Curtea de Apel ... prin decizia pronunțată.

Raționamentul conturat de societatea contestatoare, potrivit căruia în mod nelegal autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea tuturor ofertelor în procedura de achiziție în cauză nu este judicios și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

În urma derulării procesului de reevaluare a ofertelor pot fi descoperite și alte neconformități ale ofertelor depuse, însă important este să nu fie neglijate pe cele constatate la prima evaluare.

Curtea a analizat și s-a pronunțat doar asupra aspectelor cu care a fost legal investit. Astfel, Curtea de Apel ... nu a constatat cu putere de lucru judecat admisibilitatea tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii. Autoritatea de lucru judecat există doar asupra a ceea ce a judecat și stabilit instanța, iar nu asupra a ceea ce nu a fost judecat de instanță.

Cu privire la raționamentul contestatoarei, Consiliul apreciază că el este unul eronat, dat fiind că premisa principală pe care se fundamentează este una invalidă. Astfel, în logica autoarei contestației, reevaluarea completă a tuturor ofertelor nesocotește decizia Curții cel puțin prin prisma autorității de lucru judecat și a neagravării situației sale în propria cale de atac. Însă, este sesizabil încă de la început faptul că instanța nu a fost investită cu declararea sau constatarea admisibilității/inacceptabilității /neconformității, sub toate aspectele, a ofertelor depuse, situație pentru care ea nici nu s-a pronunțat în această privință. Nefiind statuat nimic pe această temă, este clar că nu poate exista autoritate de lucru judecat în legătură cu admisibilitatea ofertelor depuse.

... încearcă să deducă autoritatea de lucru judecat în privința admisibilității /inacceptabilității /neconformității ofertelor depuse, pe cale de consecință, tocmai din faptul că instanța nu le-a analizat, ceea ce este dincolo de lege și de principiile dreptului român.

Nu transpare de nicăieri că instanța ar fi interzis reevaluarea completă a tuturor ofertelor depuse, ci dimpotrivă. Este adevărat că cercetarea efectuată de către Curte și, în consecință, argumentația expusă în motivarea deciziei au vizat doar anumite elemente ale celor trei oferte, însă niciunde în cuprinsul deciziei. Cele statuate de Curte în decizia sa au fost circumscrise aspectelor în divergență cu care a fost sesizat și, prin urmare, era firesc ca în cuprinsul deciziei să nu se facă referire la orice neconformitate sau abatere a ofertelor în contextul în care ea nu i-a fost supusă analizei. Faptul că reevaluarea și-a avut la origine una sau mai multe deficiențe de la lege, reținute de Curte în decizie, nu presupune ipso facto că

autorității i-ar fi interzisă o reevaluare atentă și completă a ofertelor operatorilor implicați. Cum instanța nu a interzis evaluarea totală a tuturor ofertelor, Consiliul apreciază că autorității contractante nu numai că îi era permisă, ci îi era chiar impusă de lege.

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

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

În considerarea celor antemenționate este și raționamentul conturat de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, respectiv:

„Autoritatea contractantă a procedat corect atunci când a revocat Raportul procedurii, invocând dispozițiile art. 2 alin. (2) punctul b) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece principiul tratamentului egal se poate respecta prin reanalizarea ofertelor ținând cont de aspectele menționate în cuprinsul motivării Deciziei Curții de Apel

Astfel, prin Decizia nr. .../..., Curtea de Apel ... a reținut unele aspecte care au fost interpretate de către comisia de evaluare în prima etapă în mod diferit față de cel al Curții, cum ar fi:

- modul de interpretare a mențiunii din caietul de sarcini (Preambul la lista de cantități - Prevederi generale - pct. 2) care prevede că „Un articol pe care ofertantul nu l-a completat cu un preț unitar sau total se va considera ca fiind acoperit de alte prețuri unitare sau totale introduse în Lista de Cantități”; Curtea de Apel consideră că această mențiune se poate aplica numai „dacă articolul necompletat este o

componentă a unui alt articol cotate iar prețul unitar sau total al aceluia include și prețul articolului necompletat”;

- modul de interpretare a închirierii de către ofertantul ... a utilajului pentru execuția lucrărilor de subtraversare de la ...; Curtea opinează că „(...) în fapt ... va executa forajul propriuzis și pozarea tubului” și „(...) faptul că această lucrare se va executa sub directă autoritate a ... și că aceasta deține autorizația necesară efectuării lucrării este nerelevant în condițiile în care o parte a lucrării este executată de o altă persoană juridică. Activitatea ... chiar dacă a fost calificată de ofertantă ca fiind o activitate de furnizare de servicii, constituie în fapt o execuție de lucrări și, conform fișei de date a achiziției, ofertanta trebuia să prezinte informații despre partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze (...)”.

Aceste aspecte privesc și ofertele depuse de către alți ofertanți și ca urmare, procedând în alt mod, s-ar ajunge ca unii ofertanți să fie evaluați diferit, aplicând diferențiat prevederile legale, ceea ce nu este admisibil.

(...)

Au fost necesare aceste acțiuni pentru a putea asigura ducerea la îndeplinire a Deciziei Curții de Apel ..., pentru a asigura cadrul legal și necesar comisiei de evaluare să poată relua procedura și să reanalizeze toate ofertele sub toate aspectele și prin prisma considerentelor, interpretărilor și motivării instanței de judecată, pentru respectarea normelor legale incidente și a principiului tratamentului egal cu privire la ofertanții aflați în competiție.

Revocarea Raportului procedurii cu privire la ceilalți 8 ofertanți este motivată de necesitatea reanalizării ofertelor aflate în competiție - în perioada de valabilitate a ofertei și cu garanție de participare constituită - pentru reconsiderarea încadrărilor făcute pentru fiecare ofertant în parte și prin prisma interpretărilor și motivării date de instanță pe aspectele și pentru ofertanții/petenți pentru care a fost investită. Este necesară, legală și justificată revocarea actelor subsecvente sau adiacente celor anulate de către instanță”.

Curtea de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. ..., a precizat că „dispozițiile ordonanței permit numai verificarea legalității actelor de achiziție publică, atât în procedura administrativ-jurisdicțională, cât și în căile de atac judiciare, fără a permite substituirea organului jurisdicțional sau instanței de contencios administrativ în atribuțiile autorității contractante, reglementate de dispozițiile normative din materie”.

În concluzie, este eronată părerea pe care o exprimă contestatorul, în sensul că autorității îi era interzisă evaluarea completă a celorlalte oferte rămase în competiție, între care și a sa, motivat de faptul că instanța a dispus reanalizarea ofertelor "...".

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia. Pe de altă parte, dacă nu ar fi pe deplin convinsă de admisibilitatea ofertei sau, chiar, știind că oferta nu este admisibilă, autoritatea nu ar reanaliza-o în amănunt, ci s-ar mărgini să se bazeze pe o veche evaluare, atunci nu numai că nu și-ar respecta propriile obligații și ar comite o neglijență în serviciu, ci ar putea fi suspectată/acuzată de favorizarea ofertantului respectiv, cu eventuale implicații în planul dreptului penal.

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

Deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante în etapa de reevaluare, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine, altfel consecința semnării contractului cu o societate a cărei ofertă este necorespunzătoare fiind deosebit de gravă.

Totodată, util de subliniat este că instanțele îmbrățișează această abordare, elocventă fiind, de exemplu, Decizia Civilă nr. ... a Curții de Apel ..., pronunțată în dezbaterile aceleiași probleme, din cuprinsul căreia redăm:

„[...] Curtea nu poate reține argumentația Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor în sensul că, urmare completării ulterioare a documentației și aprecierii ofertei ca admisibilă, nu se poate veni la data de 04.05.2011 cu argumentul că oferta nu mai este admisibilă, eventualul viciu al nedepunerii la prima solicitare a celor două CV-uri fiind acoperit prin acceptarea și punctarea ofertei de către autoritate prin raportul din 08.04.2011.

Astfel, se observă că, urmare primei contestații formulate de intimata ..., prin decizia nr. [...]/... a Consiliului a fost admisă contestația, a fost anulat raportul procedurii nr. 6475/08.04.2011, autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertelor, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire. Or, ca urmare a

anulării raportului procedurii nr. 6475/08.04.2011, acest act nu mai poate produce absolut niciun efect, cu privire la niciun aspect, inclusiv cu privire la declararea ca admisibilă a ofertei intimă. Este adevărat că, Consiliul a analizat doar condițiile în care oferta petentei ... a fost declarată admisibilă, însă aceasta pentru că era ținut de limitele investiției sale de către contestator. De vreme ce raportul procedurii nr. 6475/08.04.2011 a fost anulat, iar autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertelor, este evident că în cadrul reevaluării autoritatea contractantă urma a verifica și a face o nouă analiză a ofertelor, fără a putea fi ținută de ce stabilite printr-un act ce nu mai poate produce efecte (*quod nullum est nullum producit effectum*)."

Sub o altă perspectivă, concluzia care rezultă din cadrul prevederilor art. 256¹ și art. 256³ din ordonanță este aceea că autoritatea contractantă are opțiunea firească de a își corecta propriile acte dacă este sesizată în privința netemeinicii /nelegalității lor fie printr-o notificare, fie direct printr-o contestație. Mai mult, deși nu reiese din normele invocate mai sus, autoritatea contractantă are opțiunea de a își anula un act, sau chiar întreaga procedură, și din oficiu, în absența notificării sau contestației vreunei persoane vătămate, în ipoteza în care, în derularea procedurii, constată că a încălcat prevederi legale a căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/procedurii de atribuire (dovadă în acest sens fiind dispozițiile art. 209 din ordonanță). Privită prin prisma imperativului restabilirii legalității actelor sau procedurii în ansamblu, opțiunea remedierii apare ca fiind una firească, iar datorită facilității ei este preferabilă aceleia a anulării actelor/procedurii pe calea contencioasă a purtării unui proces la Consiliu sau/și la instanța de judecată.

Contrar argumentației contestatoarei, în materia achizițiilor publice opțiunea autorității de a își revizui și remedia propriile acte (cum ar fi raportul procedurii), chiar și din oficiu, există oricând până la momentul finalizării achiziției prin semnarea contractului. Așadar, și din această perspectivă, în speță, autoritatea era îndrituită să își revizuiască actele atacate și să procedeze la reexaminarea legalității situației consemnate în acestea.

Pe de o parte, caracterul de act administrativ deținut de un contract de achiziție publică, dar și de actele premergătoare acestuia, consacrat la art. 2 alin. (1) lit. c) și la art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ, nr. 554/2004, asigură emitentului lor (autoritatea contractantă din procedura de atribuire), în general, dreptul de a le revoca, în condițiile prevăzute la art. 1 alin. (6) din aceeași lege, dispozițiile de drept comun completând prevederile O.U.G. nr. 34/2006, conform art. 297 din aceasta. În

acest sens, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, pentru respectarea principiului legalității actului de acceptare în procedură a unei oferte, poate revizui acest act, înainte ca el să intre în circuitul civil, respectiv înainte să producă efecte ce nu ar mai putea fi răsturnate de către părți.

Chiar dacă principiul legalității, din motive care nu necesită explicații aici, nu apare enumerat între principiile de la art. 2 alin. (2) din ordonanță, nu înseamnă că el nu ar fi aplicabil și cu ocazia derulării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, mai ales în contextul obligației de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă art. 2 alin. (2) lit. g).

În considerare celor mai sus reținute este și Decizia civilă nr. ... ale Curții de Apel ... care a reținut următoarele: *„Analizând argumentele prezentate de petentă în cuprinsul contestației sale, punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, documentația dosarului de achiziție și dispozițiile legale incidente, Consiliul a reținut în mod corect, prin considerentele deciziei atacate în cauză, că, deși o situație de acest gen (reevaluarea voluntară a ofertelor de către autoritate) nu este explicit precizată de ordonanță, o astfel de măsură este, totuși, posibilă, atât prin prisma principiilor de bază consacrate la art. 2 din ordonanță, în concordanță cu cele precizate la art. 2 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cât și în baza dispozițiilor Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, în condițiile în care art. 297 din ordonanță face trimitere la dispozițiile de drept comun ori de câte ori nu există o reglementare specifică în domeniul achizițiilor publice.*

Consiliul a constatat în mod corect, pe de o parte, că măsura autorității contractante de a face o reevaluare și a ofertei contestatoarei, în mod voluntar, nu contravine niciunui dintre principiile consacrate la art. 2 din ordonanță, iar, pe de altă parte, că dispozițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 pot fi considerate că făcând parte din dreptul comun aplicabil achizițiilor publice, contractele de achiziție publică și actele premergătoare acestora fiind acte administrative. Consiliul a reținut în mod corect că disponibilitatea autorității contractante de a revizui un act în tot, inclusiv în partea în care nu a fost anterior atacat sau modificat, ține de obligația generală de a respecta legea [principiul legalității consacrat de art. 1 alin. (5) din Constituție], precum și de capacitatea emitentului de a-l revizui [principiul revocabilității actului administrativ, consacrat condiționat prin art. 1 alin. (6) din Legea nr. 554/2004]. Revocabilitatea actului administrativ este un principiu general al activității organelor administrației publice, iar această posibilitate recunoscută autorității publice emitente, în situația în care actul respectiv nu a intrat în circuitul civil și nu a produs efecte juridice, se justifică prin necesitatea asigurării respectării legii, care reprezintă însuși fundamentul statului de drept. Tocmai în considerarea acestor principii autoritatea contractantă a decis,

ca măsură corectivă având drept finalitate respectarea întocmai a legislației achizițiilor publice, anularea raportului procedurii în totalitate și reevaluarea tuturor ofertelor, inclusiv a celei depuse de contestatoarea-petentă.

Critica petentei referitoare la încălcarea principiilor stabilității/securității raporturilor juridice și respectării drepturilor câștigate este nefondată, Curtea subliniind că aceste principii generale de drept trebuie privite și interpretate în cauză ținându-se cont de specificul litigiului de față, cu privire specială asupra regimului actelor administrative. În această ordine de idei, art. 1 alin. (6) din Legea nr. 554/2004 reglementează expres posibilitatea și dreptul autorității emitente de revocare a actului administrativ, cu excepția situației în care acesta a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice. Contrar celor susținute de petentă, Curtea constată că această excepție de la principiul revocabilității actelor administrative nu este incidentă în cauză, întrucât, astfel cum în mod întemeiat a arătat și autoritatea contractantă în întâmpinare, raportul inițial de validare a ofertelor (inclusiv a ofertei petentei) nu a intrat în circuitul civil și nu a produs efecte juridice.

În acest sens, în literatura de specialitate s-a arătat că un act administrativ poate fi revocat, de regulă, numai până în momentul în care, în temeiul lui, s-a încheiat un alt act juridic, ceea ce presupune intrarea în circuitul civil și producerea de efecte juridice. De asemenea, potrivit jurisprudenței Înaltei Curți de Casație și Justiție, în sprijinul invocării irevocabilității actului administrativ, petenta ar fi trebuit să dovedească faptul că actul administrativ a fost pus în executare sau a produs efecte în alte domenii, ieșind astfel din sfera de reglementare exclusivă a dreptului administrativ. Or, între autoritatea contractantă și petentă nu a intervenit niciun alt act juridic civil ori de altă natură, oferta acesteia fiind declarată necâștigătoare prin adresa nr. 2407/28.06.2012, adresă care reprezintă un act de informare, în sensul prevederilor art. 207 alin. (2) din ordonanță.

Prin prisma celor arătate mai sus și raportându-se la împrejurările specifice ale speței, Curtea apreciază că declararea ofertei petentei ca admisibilă și conformă și necontestarea acesteia nu echivalează cu producerea de efecte juridice și intrarea actului respectiv în circuitul civil, susținerile petentei în acest sens neputând fi primite.

Pe de altă parte, principiul stabilității raporturilor juridice, invocat de către petentă, nu poate implica promovarea unui drept prin intermediul unei ilegalități. Cu alte cuvinte, obținerea sau apărarea unui drept ori protejarea unui interes, chiar legitim, nu se poate fonda pe un act a cărui legalitate este îndoielnică.

Nu poate fi reținută nici critica referitoare la încălcarea principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, întrucât autoritatea contractantă nu a invocat propria culpă, ci a uzat de o procedură permisă prin interpretarea dispozițiilor art. 209 din ordonanță, precum și de Legea nr. 554/2004.

Este adevărat că, prin decizia sa, Consiliul a obligat autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei desemnate câștigătoare, însă această împrejurare nu este de natură a conduce la concluzia că decizia autorității contractante de reevaluare voluntară a tuturor ofertelor ar fi nelegală, întrucât, pe de o parte, Consiliul s-a pronunțat în limitele contestației depuse de petentă, iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă a constatat că abaterile de la legislația achizițiilor publice stabilite de Consiliu în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse de câștigătoare se aplică și ofertei petentei, impunându-se, astfel, ca măsură corectivă, continuarea procedurii prin evaluarea tuturor ofertelor, ca o aplicare a principiilor legalității, nediscriminării și tratamentului legal.

Principiul nediscriminării și cel al tratamentului egal impun autorității contractante obligația de a aplica în toate etapele procedurii aceleași reguli și criterii tuturor ofertanților economici, de așa manieră încât orice participant la procedură să beneficieze de șanse egale de a dobândi calitatea de contractant. Este considerată afectată procedura de atribuire atunci când în modul de aplicare a acesteia se constată omisiuni care au drept efect încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal, al proporționalității, omisiuni care pot consta și în neobservarea întrunirii cerințelor/criteriilor cerute prin documentație.

Mai mult, prin decizia Consiliului nu s-a constatat legalitatea/temeinicia ofertei depuse de petentă (aceste aspecte nefăcând obiectul contestației ce a stat la baza emiterii deciziei), astfel încât susținerile petentei cu privire la încălcarea principiilor securității raporturilor juridice și respectării drepturilor câștigate nu pot fi primite.

În virtutea principiului legalității și a principiului revocabilității actelor administrative, intimata autoritate contractantă are dreptul de a retracta actul administrativ prin care oferta petentei fusese considerată acceptabilă și de a proceda la reevaluarea tuturor ofertelor. Soluția adoptată de autoritatea contractantă nu este discreționară sau abuzivă, astfel cum a susținut neîntemeiat petenta, ci se circumscrie respectării și aplicării în procedura de atribuire respectivă a principiului legalității.

Față de aceste considerente, constatând că motivele invocate prin plângere sunt neîntemeiate, Curtea va respinge plângerea ca nefondată”.

Opinia Curții de Apel ... este îmbrățișată de autoritatea contractantă în speță, demne de reținut în soluționare fiind susținerile acesteia menționate în cadrul punctului de vedere formulat, respectiv:

„Prin derogare de la art. 1 alin. 6 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, în materia achizițiilor publice, ca măsură de remediere, autoritatea contractantă își poate anula propriile acte în măsura în care au fost sesizate abateri.

Astfel, autoritatea contractantă își poate remedia propriile acte, atât anterior cât și ulterior formulării unei contestații. Relevante în speța de față sunt dispozițiile art. 256¹, 256³ și 287 cuprinse în O.U.G. nr. 34/2006.

Concluzia care reiese din lecturarea acestor dispoziții este aceea că autoritatea contractantă are opțiunea firească de a-și corecta propriile acte dacă este sesizată în privința netemeniciei/ nelegalității lor fie printr-o notificare, fie direct printr-o contestație, sau cum este cazul în speța de față, printr-o decizie a instanței de judecată. Mai mult, deși nu reiese din normele menționate mai sus, autoritatea contractantă are opțiunea de a-și anula un act, sau chiar întreaga procedură, și din oficiu, în absența notificării sau contestații vreunei persoane vătămate, în ipoteza în care, în derularea procedurii, constată că a încălcat prevederi legale ale căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/ procedurii de atribuire. Privită prin prisma imperativului restabilirii legalității actelor sau procedurii în ansamblu, opțiunea remedierii apare ca una firească, și de preferat aceleia a anulării actelor/ procedurii pe cale contencioasă.

Autoritatea contractantă a procedat corect atunci când a revocat Raportul procedurii, invocând dispozițiile art. 2 alin. (2) punctul b) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, deoarece principiul tratamentului egal se poate respecta prin reanalizarea ofertelor ținând cont de aspectele menționate în cuprinsul motivării Deciziei Curții de Apel

(...)

Privitor la posibilitatea ... de a revoca acte, autoritatea contractantă subliniază și următoarele aspecte:

- anularea sau revocarea unor acte este impusă de necesitatea de a respecta legislația specifică în materia achizițiilor publice ca urmare a aspectelor de nelegalitate reținute de către instanță. Acest lucru este permis, chiar obligatoriu, pentru ca în etapa de reevaluare sau reanalizare a ofertelor să se poată îndrepta eventualele erori sau încălcări ale prevederilor legale în procesul de evaluare a ofertelor. Astfel, prin decizie, conducătorul unității a revocat Raportul procedurii cu privire la ceilalți 8 ofertanți și acesta a fost remis către comisia de evaluare.

Odată cu revocarea Raportului privind ceilalți 8 ofertanți, s-a impus și revocarea tuturor comunicărilor privind rezultatul procedurii transmis către acești ofertanți.

Au fost necesare aceste acțiuni pentru a putea asigura ducerea la îndeplinire a Deciziei Curții de Apel ..., pentru a asigura cadrul

legal și necesar comisiei de evaluare să poată relua procedura și să reanalizeze toate ofertele sub toate aspectele și prin prisma considerentelor, interpretărilor și motivării instanței de judecată, pentru respectarea normelor legale incidente și a principiului tratamentului egal cu privire la ofertanții aflați în competiție.

Revocarea Raportului procedurii cu privire la ceilalți 8 ofertanți este motivată de necesitatea reanalizării ofertelor aflate în competiție - în perioada de valabilitate a ofertei și cu garanție de participare constituită - pentru reconsiderarea încadrărilor făcute pentru fiecare ofertant în parte și prin prisma interpretărilor și motivării date de instanță pe aspectele și pentru ofertanții/petenți pentru care a fost investită. Este necesară, legală și justificată revocarea actelor subsecvente sau adiacente celor anulate de către instanță.

Revocarea propriilor acte administrative, motivată de îndepărtarea eventualelor cazuri de încălcare a normelor legale privind achizițiile publice, este o opțiune și în speța de față o obligație a Autorității contractante de a-și revizui și remedia propriile acte, temeiul de drept aplicabil în acest caz fiind obligația de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă prevăzută la art. 2 alin. (2) lit. g) din O.U.G. nr. 34/2006”.

În raport de cele mai sus reținute, criticile ... referitoare la încălcarea principiilor stabilității/securității raporturilor juridice și faptul că „actul administrativ individual își produce efecte juridice și intră în circuitul juridic civil de la data comunicării acestuia subiectului de drept căruia i se adresează (în speță de la data de 16.06.2014)” sunt nefondate, Consiliul, așa cum a fost mai sus reținut aliniindu-se la opiniile exprimate de Curțile de Apel.

Față de toate aspectele mai sus evocate, Consiliul apreciază că, în speța de față, ținând cont de aspectele menționate în cuprinsul motivării deciziei Curții de Apel ..., în mod corect autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea tuturor ofertelor depuse.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...