

GHID DE BUNE PRACTICI
-
CULEGERE DE SPEȚE
ÎN DOMENIUL ACHIZIȚIILOR
PUBLICICE

CUPRINS:

Capitolul 1: Informații generale.....	7
1.1. Context.....	7
1.2. Rolul și misiunea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor	8
1.3. Instrumente structurale – scurtă definire.....	8
1.4. Principiile care guvernează etapa de soluționare a contestațiilor	9
1.5. Procedura de soluționare a contestațiilor în fața CNSC – scurte considerații.....	10
Capitolul 2: Evoluția contestațiilor formulate de operatorii economici - cantitativ și calitativ.....	13
Capitolul 3: Obiectul contestațiilor formulate de operatorii economici	18
Capitolul 4: Prezentare: raport analiză, metodologie	27
4.1. Concluzii ale analizei diagnostic internă cu privire la problemele în domeniul achizițiilor publice cu care se confruntă autoritățile contractante și beneficiarii de finanțări prin instrumente structurale	27
4.2. Metodologia de eficientizare a achizițiilor publice și de reducere a neregulilor în cadrul achizițiilor publice finanțate prin instrumente structurale	32
4.2.1. Considerații privind modul de elaborare a metodologiei.....	32
4.2.2. Cauze corespunzătoare criticilor formulate la documentația de atribuire.....	33
4.2.3. Măsuri corespunzătoare criticilor formulate la documentația de atribuire.....	38
4.2.4. Cauze corespunzătoare criticilor formulate la rezultatul procedurii	42
4.2.5. Măsuri corespunzătoare criticilor formulate la rezultatul procedurii	45
Capitolul 5: Culegere de spețe.....	48
5.1. Critici formulate la documentația de atribuire	48
5.1.1. Cerințe restrictive cu privire la experiența similară, criteriile de calificare, specificații tehnice (D1).....	48
5.1.2. Criteriile de atribuire și factori de evaluare fără algoritm de calcul, cu algoritm de calcul netransparent sau subiectiv (D2)	59
5.1.3. Menționarea în cadrul documentației de atribuire a unor denumiri de tehnologii, produse, mărci, producători, fără a se utiliza sintagma „sau echivalent” (D3).....	78

5.1.4. Lipsa unui răspuns clar, complet și fără ambiguități din partea autorității contractante, la solicitările de clarificări vizând prevederile documentației de atribuire (D4).....	89
5.1.5. Forma de constituire a garanției de participare (D5)	99
5.1.6. Impunerea de clauze contractuale inechitabile sau excesive (D6)	103
5.1.7. Nedivizarea achiziției pe loturi, în cazul produselor/lucrărilor similare (D7).....	109
5.1.8. Alte motive de critici formulate la documentația de atribuire (D8)	123
5.2. Critici formulate la rezultatul procedurii.....	125
5.2.1. Contestații împotriva procesului - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor (neluarea în considerare a garanției de participare, modul de desfășurare a ședinței de deschidere a ofertelor) (R1)	125
5.2.2. Respingerea ofertei contestatorului ca neconformă sau inacceptabilă (R2)	128
5.2.3. Prețul neobișnuit de scăzut al ofertelor altor participanți la procedura de atribuire (R3)	147
5.2.4. Documentele de calificare depuse de alți ofertanți participanți sau modul de punctare/evaluare a acestora de către autoritatea contractantă (R4)	154
5.2.5. Faptul că, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă nu a precizat motivele de respingere a ofertei (R5)	163
5.2.6. Respingerea ofertei fără ca autoritatea contractantă să solicite clarificări referitoare la propunerea tehnică/ prețul ofertat, sau aprecierea incorectă a răspunsurilor la clarificări (R6)	173
5.2.7. Anularea fără temei legal a procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă (R7).....	180
5.2.8. Alte motive de critici formulate la rezultatul procedurii (R8).....	191

ABREVIERI

CJUE	Curtea de Justiție a Uniunii Europene, care include Curtea de Justiție, Tribunalul și Tribunalul Funcției Publice
CNSC Curtea	Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor Curtea de Justiție din cadrul CJUE
Directiva 89/665/CEE	Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor privind căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări
Directiva 92/13/CEE	Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor
Directiva 2004/17/CE	Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de achiziție a entităților care operează în sectoarele apă, energie, transport și servicii poștale
Directiva 2004/18/CE	Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor pentru atribuirea contractelor publice de lucrări, furnizare și servicii
Directiva 2007/66/CE	Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice
Directiva 2014/24/CE	Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Directiva 2014/25/CE	Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE Text cu relevanță pentru SEE
OUG nr. 34/2006	Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii
HG nr. 925/2006	Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii
Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002	Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului din 25 iunie 2002 privind regulamentul financiar aplicabil bugetului general al Comunităților Europene
Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002	Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002 al Comisiei din 23 decembrie 2002 de stabilire a normelor de aplicare a Regulamentului (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului privind regulamentul financiar aplicabil bugetului general al Comunităților Europene
Regulamentul (UE, Euratom) nr. 966/2012	Regulamentul (UE, Euratom) nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) Nr. 1605/2002 al Consiliului
Regulamentul delegat (UE) nr. 1268/2012	Regulamentul delegat (UE) nr. 1268/2012 al Comisiei din 29 octombrie 2012 privind normele de aplicare a Regulamentului (UE, Euratom) nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii
TCE	Tratatul de instituire a Comunității Europene

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

TCEE	Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene
TFUE	Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene
Tribunalul	Tribunalul din cadrul CJUE (anterior denumit Tribunalul de Primă Instanță)
UE	Uniunea Europeană

Capitolul 1: Informații generale

1.1. Context

Prezentul *Ghid de bune practici (Culegere de spețe)* în domeniul achizițiilor publice aferente proiectelor finanțate din Instrumente Structurale este elaborat în cadrul proiectului „Îmbunătățirea managementului la nivelul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aferent competențelor specifice legate de implementarea cu succes a proiectelor susținute din instrumente structurale, bazată pe eficientizarea procesului de achiziție publică” (cod SMIS 48792), proiect finanțat în cadrul Programului Operațional Asistență Tehnică, axa prioritară 1 „Sprijin pentru implementarea instrumentelor structurale și coordonarea programelor”, domeniul major de intervenție 1.1. „Îmbunătățirea procesului de luare a deciziilor la nivel politico-administrativ”, operațiunea „Sprijin pentru managementul și implementarea instrumentelor structurale”, fiind cofinanțat din Fondul European de Dezvoltare Regională și de la bugetul de stat.

Prin elaborarea acestui *Ghid de bune practici (Culegere de spețe)*, se dorește îmbunătățirea procesului de implementare a instrumentelor structurale prin asigurarea derulării corecte a achizițiilor publice, precum și îmbunătățirea comunicării și colaborării între autoritățile de management și beneficiari.

Prezentul Ghid a fost elaborat prin raportare la legislația din materia achizițiilor publice, în vigoare la data publicării, în special la prevederile legale *OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii* și la prevederile *HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*. De asemenea, s-au avut în vedere jurisprudența comunitară și cea națională din materia achizițiilor publice.

În acest ghid sunt preluate, sintetic, și rezultatele unei analize diagnostic interne, cu privire la problemele în domeniul achizițiilor publice cu care se confruntă autoritățile contractante și beneficiarii de finanțări prin instrumente structurale, precum și măsurile propuse printr-o metodologie de eficientizare a achizițiilor publice și de reducere a neregulilor în cadrul achizițiilor publice finanțate prin instrumente structurale.

Analiza diagnostic internă, precum și metodologia de eficientizare a achizițiilor publice reprezintă livrabile distincte față de prezentul ghid și sunt elaborate în cadrul aceluiași proiect finanțat din fonduri nerambursabile, neinterferând astfel cu documentele strategice sau de reglementare din domeniul achizițiilor publice.

1.2. Rolul și misiunea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor

În conformitate cu prevederile *OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii*, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC) este un organism independent cu activitate administrativ-jurisdicțională [art. 257 alin. (1)], iar în ceea ce privește deciziile sale, Consiliul este independent și nu este subordonat niciunei autorități sau instituții publice [art. 257 alin. (4)].

Organism de jurisdicție specifică, Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedura de atribuire, având ca principal rol remedierea, iar în subsidiar, anularea procedurilor de atribuire nelegale.

1.3. Instrumente structurale – scurtă definire

În perioada 2007 – 2013, Fondurile Structurale și de Coeziune (FSC) sau Instrumentele Structurale au definit instrumentele financiare prin care Uniunea Europeană a acționat pentru eliminarea disparităților economice și sociale între regiuni, în scopul realizării coeziunii economice și sociale. În această perioadă regulile generale privind Fondurile Structurale și de Coeziune au fost stabilite prin Regulamentul Consiliului Uniunii Europene nr. 1083/2006, care definește regulile generale privind Fondul European pentru Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de Coeziune.

În perioada de programare 2014 – 2020, Fondul european de dezvoltare regională (FEDR), Fondul social european (FSE), Fondul de coeziune (FC), Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală (FEADR) și Fondul european pentru

pescurt și afaceri maritime (FEPAM) funcționează în temeiul unui cadru comun : „fondurile structurale și de investiții europene” – „fondurile ESI”.

Un pachet legislativ comunitar a fost adoptat pentru a reglementa regulile aplicabile pentru managementul și implementarea fondurilor ESI:

- Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 („Regulamentul privind dispoziții comune”);
- Regulamentul (UE) nr. 1301/2013 („Regulamentul privind FEDR”);
- Regulamentul (UE) nr. 1304/2013 („Regulamentul privind FSE”);
- Regulamentul (UE) nr. 1300/2013 („Regulamentul privind FC”);
- Regulamentul (UE) nr. 1299/2013 („Regulamentul privind CTE”);
- Regulamentul (UE) nr. 1305/2013 („Regulamentul privind FEADR”).

Instrumentele structurale ale Uniunii Europene au rolul de a stimula creșterea economică a statelor membre ale Uniunii și de a conduce la reducerea disparităților dintre regiuni. Ele nu acționează însă singure, necesitând asigurarea unei contribuții din partea statelor membre implicate. Ele cofinanțează practic resursele publice ale statului membru și contribuția financiară privată, respectiv contribuția beneficiarului de finanțare.

Informații suplimentare privind instrumentele structurale și, în special, despre Programul Operațional Asistență Tehnică 2007 – 2013, pot fi accesate pe site-ul Autorității de Management – <http://www.poa.ro/>.

1.4. Principiile care guvernează etapa de soluționare a contestațiilor

În desfășurarea activității care i-a fost încredințată – soluționarea contestațiilor formulate de operatorii economici în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, prin deciziile adoptate în exercitarea atribuțiilor sale, Consiliul asigură aplicarea coerentă a legislației în vigoare, conform principiilor de drept expres reglementate: **legalitate, celeritate, contradictorialitate și dreptul la apărare** (OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, art. 269).

1.5. Procedura de soluționare a contestațiilor în fața CNSC – scurte considerații

Procedura de soluționare a contestațiilor este reglementată de OUG nr. 34/2006.

Contestația reprezintă instrumentul aflat la dispoziția oricărei persoane 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.

Pașii urmați de partea care se consideră vătămată:

- **Notificarea autorității contractante** cu privire la pretinsa încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la intenția de a sesiza CNSC.
Notificarea nu are ca efect suspendarea de drept a procedurii de atribuire. Notificarea autorității contractante nu este un element obligatoriu pentru introducerea cererii în fața CNSC.

Persoana vătămată care a notificat autoritatea contractantă se poate adresa CNSC, fără a fi obligată să aștepte comunicarea măsurilor luate de autoritatea contractantă.

- **Sesizarea CNSC** în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim

Cui se adresează contestația?

- CNSC
- Autorității Contractante (AC)

Când poate o parte care se consideră vătămată să înainteze o contestație la CNSC?

În termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul AC considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit este egală sau mai mare decât pragurile pentru care este obligatorie publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

În termen de 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul AC considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit este mai mică decât pragurile menționate anterior.

În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Cum se formulează și ce conține contestația?

Contestația se formulează **în scris**, cu respectarea conținutului minim prevăzut la art. 270 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Contestația se transmite printr-una dintre modalitățile prevăzute la art. 60 din OUG nr. 34/2006:

- a) prin poștă;
- b) prin fax;
- c) prin mijloace electronice;
- d) prin orice combinație a celor prevăzute la lit. a)-c).

Toate notificările sau comunicările actelor procedurale se fac cu confirmare de primire.

• **Obligații ale AC la primirea unei contestații:**

- Înștiințează ceilalți participanți încă implicați în procedura de atribuire, inclusiv prin transmiterea unei copii a contestației;
- Transmite către CNSC, în cel mult 5 zile lucrătoare, a **punctului său de vedere asupra contestației**, însoțit de documente edificatoare și, sub sancțiunea unei amenzi, a unei copii a dosarului achiziției publice, cu excepția anunțurilor publicate în SEAP;
- Notifică punctul său de vedere și contestatarului;
- Nu poate încheia contractul decât după comunicarea deciziei CNSC.

- **Procedura în fața CNSC**

- La cerere, contestatorul are acces la dosarul achiziției publice de la CNSC.

În vederea soluționării contestației, CNSC:

- Are dreptul de a solicita lămuriri părților, de a administra probe și de a solicita orice alte documente relevante;
- Are dreptul de a solicita orice date necesare și de la alte persoane fizice sau juridice;
- Poate desemna un expert independent pentru lămurirea unor aspecte de natură tehnică sau financiară, costul expertizei fiind suportat de partea care a formulat cererea de efectuare a acesteia.
- Procedura în fața CNSC este scrisă, părțile vor fi audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de CNSC.

Decizia CNSC trebuie motivată și comunicată în scris părților în termen de 3 zile de la pronunțare; decizia este obligatorie pentru părți și face parte din dosarul achiziției publice.

- **În funcție de soluția pronunțată, CNSC va decide:**

- continuarea procedurii de atribuire, inclusiv prin încheierea contractului de achiziție. Dacă este cazul, AC are obligația de a remedia eventualele aspecte învederate în decizia CNSC (de exemplu, emiterea/revizuirea unui act al procedurii, reevaluarea ofertelor). În funcție de decizia CNSC, AC va continua procedura din faza în care se găsea la înaintarea contestației sau ca relua procedura de la etapa impusă de CNSC;
- anularea procedurii de atribuire.

Deciziile CNSC sunt obligatorii pentru părți.

- **Atacarea deciziilor CNSC**

- AC și/sau orice persoană vătămată poate ataca decizia CNSC, cu plângere la curtea de apel competentă, în termen de 10 zile de la comunicare.

Capitolul 2: Evoluția contestațiilor formulate de operatorii economici - cantitativ și calitativ

Prezentarea evoluției contestațiilor formulate de operatorii economici se bazează pe analiza realizată la nivelul deciziilor CNSC, ca urmare a contestațiilor din perioada 2007 - 2014, cât și pe analiza realizată la nivelul autorităților contractante și a operatorilor economici contestatori.

Conform **Analizei cantitative a criticilor formulate la documentația de atribuire/rezultatul procedurii** realizate prin analiza deciziilor CNSC din perioada 2007 - 2014, redăm mai jos o parte din rezultatele principale:

Analiza deciziilor emise de CNSC în perioada 2007 - 2014, arată o proporție mai mare a deciziilor privind contestarea rezultatului procedurii, în detrimentul contestațiilor privind documentația de atribuire, pe întreaga perioadă menționată. Dacă în anul 2007, rezultatul procedurii a făcut obiectul a 75,99% dintre decizii, această pondere s-a diminuat până în anul 2011, ajungând să reprezinte 57,89%. După acest an, ponderea deciziilor care au avut ca obiect contestațiile privind rezultatul procedurii a început din nou să crească ușor, ajungând până la 63,01%, în anul 2014.

Situația pe ani a deciziilor CNSC în funcție de categoria criticilor contestației

baza = decizii emise în perioada 2007 - 2014, cuprinse în eșantionul analizat

Anul deciziei	Critica la documentație / rezultat	
	Documentația de atribuire	Rezultatul procedurii
2007	24,01%	75,99%
2008	30,04%	69,96%
2009	30,43%	69,57%
2010	30,47%	69,53%
2011	42,11%	57,89%

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

2012	38,59%	61,41%
2013	36,79%	63,21%
2014	36,99%	63,01%
Total 2007- 2014	35,49%	64,51%

În perioada 2007 - 2014, CNSC a admis 36,25% dintre contestațiile privind documentația de atribuire și a respins 49,01% dintre contestații. În aceeași perioadă, în cazul a 14,00% dintre decizii, CNSC a luat act de renunțare la contestație din partea contestatorului, iar pentru 0,73% a declinat competența.

În ceea ce privește evoluția deciziilor referitoare la documentația de atribuire, în perioada 2011 - 2014, se remarcă o creștere a ponderii deciziilor prin care CNSC admite contestația formulată. Coroborat cu diminuarea ponderii contestațiilor la care contestatorul renunță, începând cu anul 2012, aceste schimbări pot semnala o informare și o cunoaștere a legislației achizițiilor publice mai riguroasă din partea contestatorilor, ori o îmbunătățire a calității documentațiilor de atribuire întocmite.

Situația pe ani în funcție de decizia CNSC – contestații privind documentația de atribuire

baza = decizii emise în perioada 2007 - 2014, cuprinse în eșantionul analizat

Anul deciziei	ADMITE contestația	RESPINGE contestația	DECLINĂ competența	RENUNȚARE	Total
2007	28,77%	50,68%	-	20,55%	100,00%
2008	28,36%	62,69%	-	8,96%	100,00%
2009	20,00%	48,57%	1,43%	30,00%	100,00%
2010	26,76%	46,48%	1,41%	25,35%	100,00%
2011	37,50%	37,50%	0,00%	25,00%	100,00%

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

2012	33,80%	52,11%	1,41%	12,68%	100,00%
2013	34,61%	50,53%	0,79%	14,08%	100,00%
2014	43,69%	47,07%	0,71%	8,53%	100,00%
TOTAL					
2007 -					
2014	36,25%	49,01%	0,73%	14,00%	100,00%

În perioada 2007 - 2014, majoritatea deciziilor CNSC în privința contestațiilor referitoare la rezultatul procedurii (57,16%) au ca rezultat respingerea acestor contestații. În aceeași perioadă, 32,68% decizii au avut ca rezultat admiterea contestațiilor privind rezultatul procedurii, prin 6,96% decizii s-a comunicat renunțarea la contestație de către contestator, iar pentru 3,20% decizii s-a declinat competența.

Situația pe ani în funcție de decizia CNSC – contestații privind rezultatul procedurii

baza = decizii emise în perioada 2007 - 2014, cuprinse în eșantionul analizat

REZULTATUL PROCEDURII

Anul deciziei	ADMITE contestația	RESPINGE contestația	DECLINĂ competența	RENUNȚARE	Total
2007	17,75%	71,00%	-	11,26%	100,00%
2008	27,56%	62,18%	1,28%	8,97%	100,00%
2009	26,25%	63,75%	1,88%	8,13%	100,00%
2010	32,10%	55,56%	1,23%	11,11%	100,00%
2011	25,00%	64,39%	1,52%	9,09%	100,00%
2012	29,20%	60,18%	1,77%	8,85%	100,00%

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

2013	34,76%	54,21%	3,98%	7,04%	100,00%
2014	36,91%	54,85%	4,17%	4,07%	100,00%
TOTAL					
2007 -					
2014	32,68%	57,16%	3,20%	6,96%	100,00%

Conform **Analizei calitative a problemelor întâmpinate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică**, realizată pe baza unui chestionar de anchetă aplicat în rândul Autorităților contractante și a operatorilor economici contestatori, redăm mai jos o parte din rezultatele principale:

Numărul mediu de proceduri derulate anual de către Autoritățile Contractante este de 238 achiziții publice, din care 154,78 derulate prin intermediul SEAP, adică aproximativ 65,04% din total. În funcție de tipul autorității contractante, cel mai mare număr mediu de achiziții publice este realizat de autoritățile publice centrale (412,07 proceduri anual, din care 74,69% prin intermediul SEAP), urmate de companii (298,39 proceduri de achiziție publică, din care 44,32% prin intermediul SEAP) și de autoritățile publice locale (74,05 proceduri de achiziție, din care 42,32% prin intermediul SEAP).

Din totalitatea de autorități contractante participante la studiu, **79,12% au înregistrat contestații la achizițiile publice derulate prin SEAP.** În funcție de tipul autorității contractante, cele mai multe contestații au fost înregistrate de companii (92,11%), urmate de cele ale autorităților publice centrale (77,27%) și de cele ale autorităților publice locale (74,36%).

Dintre autoritățile contractante care au derulat proiecte finanțate din fonduri structurale europene, în ultimii 2 ani, 83,00% au înregistrat contestații, un nivel mai ridicat față de cel general (79,12% AC-uri au înregistrat contestații la procedurile derulate prin SEAP). 100,00% dintre companii, 86,67% dintre autoritățile publice centrale și 77,59% dintre autoritățile publice locale care au avut proiecte, au înregistrat contestații.

În funcție de **categoriile de critici ale contestațiilor înregistrate la achizițiile derulate prin SEAP,** din numărul total de AC care au înregistrat contestații, 55,56% au înregistrat contestații privind rezultatul procedurii, 33,33% atât documentația de atribuire, cât și rezultatul procedurii, iar 10,42% doar

documentația de atribuire. Clasamentul categoriilor de critici ale contestațiilor este același și în cazul autorităților publice care, în ultimii 2 ani, au implementat proiecte finanțate prin fonduri europene și care au înregistrat contestații la achizițiile publice derulate prin SEAP.

Cele mai frecvente **critici privind documentația de atribuire** fac referire la Cerințe cu privire la Caietul de sarcini/Cerințe cu privire la specificațiile tehnice (menționate de 35,42% dintre autoritățile contractante), Cerințe cu privire la alte criterii de calificare (menționate de 20,83% dintre autoritățile contractante) și Cerințe restrictive cu privire la experiența similară (menționate de 16,67% dintre autoritățile contractante).

Cele mai frecvente **critici privind rezultatul procedurii** fac referire la respingerea ofertei contestatorului ca neconformă sau inacceptabilă (aspect menționat de 70,14% dintre autoritățile contractante care au înregistrat contestații la achizițiile publice prin SEAP), la documentele de calificare depuse de alți ofertanți participanți, sau modul de punctare/evaluare a acestora de către autoritatea contractantă (menționat de 20,83% dintre autoritățile contractante) și prețul neobișnuit de scăzut al ofertelor altor participanți la procedura de atribuire (menționat de 19,44% dintre autoritățile contractante).

În anul 2014, o pondere de 55,13% dintre operatorii economici au participat la un număr de la 1 până la 60 de proceduri și achiziții directe. Pentru anul 2015, o pondere de 57,69% dintre operatorii economici estimează o participare de până la 60 de proceduri și/sau achiziții publice.

Pentru anul 2015, operatorii economici au estimat un număr mediu de 114,75 de oferte/participări la achiziții publice, mai puțin decât media anului 2014, de 134,44 participări și aproape de nivelul mediu din anul 2013 de 112,52 de oferte/participări la achiziții publice.

Numărul mediu de oferte/participări la achizițiile publice directe este de aproximativ două ori mai mare decât numărul mediu de participări la proceduri (licitație deschisă/restrânsă, cereri de ofertă, licitații deschise etc.).

Capitolul 3: Obiectul contestațiilor formulate de operatorii economici

Conform **Analizei cantitative a criticilor formulate la documentația de atribuire/rezultatul procedurii** realizate prin analiza deciziilor CNSC din perioada 2007 - 2014, redăm mai jos o parte din rezultatele principale:

În perioada **2007 - 2014**, cele mai frecvente critici formulate în contestațiile privind **documentația de atribuire** sunt cele care fac referire la **cerințele restrictive cu privire la experiența similară, criteriile de calificare, specificații tehnice** (în cazul a 46,75% dintre deciziile CNSC în care este contestată documentația de atribuire); și cele care fac referire la **lipsa unui răspuns clar, complet și fără ambiguități din partea autorității contractante, la solicitările de clarificări vizând prevederile documentatiei de atribuire** (în cazul a 15,42% dintre deciziile CNSC în care este contestată documentația de atribuire).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Situția pe ani a criticilor formulate în contestații, pe categorii										
<i>baza = decizii emise în perioada 2007 - 2014, cuprinse în eșantionul analizat</i>										
DOCUMENTATIA DE ATRIBUIRE										
Critica la documentație	Anul deciziei									
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	TOTAL 2007 - 2014	
D1	52,05%	38,81%	54,29%	45,07%	58,33%	52,11%	47,89%	42,10%	46,75%	
D2	9,59%	7,46%	5,71%	9,86%	14,58%	7,04%	7,89%	5,51%	7,51%	
D3	10,96%	11,94%	7,14%	5,63%	6,25%	7,04%	0,92%	1,07%	2,77%	
D4	5,48%	10,45%	7,14%	8,45%	1,04%	11,27%	21,18%	14,39%	15,42%	
D5	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	1,32%	0,00%	0,56%	
D6	0,00%	4,48%	0,00%	1,41%	2,08%	1,41%	2,11%	9,06%	4,18%	
D7	0,00%	1,49%	1,43%	4,23%	3,13%	2,82%	1,18%	3,02%	2,03%	
D8	21,92%	25,37%	24,29%	25,35%	14,58%	18,31%	17,50%	24,87%	20,78%	

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%
D1	cerințe restrictive cu privire la experiența similară, criteriile de calificare, specificații tehnice;						
D2	criterii de atribuire și factori de evaluare fără algoritmi de calcul, cu algoritmi de calcul netransparenți sau subiectivi;						
D3	menționarea în cadrul documentației de atribuire a unor denumiri de tehnologii, produse, mărci, producători, fără a se utiliza sintagma "sau echivalent";						
D4	lipsa unui răspuns clar, complet și fără ambiguități din partea autorității contractante, la solicitările de clarificări vizând prevederile documentației de atribuire;						
D5	forma de constituire a garanției de participare;						
D6	impunerea de clauze contractuale inechitabile sau excesive;						
D7	nedivizarea achiziției pe loturi, în cazul produselor/lucrărilor similare;						
D8	altele.						

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În aceeași perioadă se remarcă frecvența ridicată a criticilor la documentația de atribuire referitoare la critérii de atribuire și factori de evaluare fără algoritm de calcul, cu algoritm de calcul netransparent sau subiectiv și a criticilor referitoare la menționarea în cadrul documentației de atribuire a unor denumiri de tehnologii, produse, mărci, producători, fără a se utiliza sintagma "sau echivalent".

Cele 4 categorii de critici privind documentația de atribuire, menționate mai sus, sunt cele mai frecvente și luând în considerare tipul de contract, de lucrări, servicii sau furnizare de bunuri, pentru întreagă perioadă analizată, 2007 - 2014. Însă, în cazul contractelor de **furnizare de bunuri**, o altă critică frecventă în contestațiile privitoare la documentația de atribuire este cea privind nedivizarea achiziției pe loturi, în cazul produselor/lucrărilor similare. În cazul contractelor de **servicii**, se contestă frecvent și impunerea de clauze contractuale inechitabile sau excesive.

Situația criticilor formulate în contestații, pe tipuri de contracte, în perioada 2007 - 2014

baza = decizii emise în perioada 2007 - 2014, cuprinse în eșantionul analizat

DOCUMENTAȚIA DE ATRIBUIRE

Critica la documentație	Tip contract			
	Bunuri	Lucrări	Servicii	Total
D1 cerințe restrictive cu privire la experiența similară, criteriile de calificare, specificații tehnice;	50,32%	45,45%	45,45%	46,75%
D2 criteriile de atribuire și factori de evaluare fără algoritm de calcul, cu algoritm de calcul netransparent, sau subiectiv;	6,34%	6,66%	9,09%	7,51%
D3 menționarea în cadrul documentației de atribuire a unor	5,07%	2,60%	1,32%	2,77%

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

denumiri de tehnologii, produse, mărci, producători, fără a se utiliza sintagma "sau echivalent";				
D4 lipsa unui răspuns clar, complet și fără ambiguități din partea autorității contractante, la solicitările de clarificări vizând prevederile documentației de atribuire;	12,68%	18,18%	14,81%	15,42%
D5 forma de constituire a garanției de participare;	0,42%	0,81%	0,44%	0,56%
D6 impunerea de clauze contractuale inechitabile sau excesive;	2,75%	2,92%	6,30%	4,18%
D7 nedivizarea achiziției pe loturi, în cazul produselor/lucrărilor similare;	5,50%	0,49%	1,03%	2,03%
D8 altele.	16,91%	22,89%	21,55%	20,78%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

În perioada 2007 - 2014, cele mai frecvente critici formulate în cadrul contestațiilor privind rezultatul procedurii privesc **respingerea ofertei contestatorului ca neconformă sau inacceptabilă** (în cazul a 50,98% dintre deciziile CNSC privind contestarea rezultatului procedurii) și **documentele de calificare depuse de alți ofertanți participanți sau modul de punctare/evaluare a acestora de către autoritatea contractantă** (în cazul a 12,67% dintre deciziile CNSC privind contestarea rezultatului procedurii).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Situția pe ani a criticilor formulate în contestații, pe categorii									
<i>baza = decizii emise în perioada 2007 - 2014, cuprinse în eșantionul analizat</i>									
REZULTATUL PROCEDURII									
Critica la rezultat	Anul deciziei								
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	TOTAL 2007 - 2014
R1	16,88%	13,46%	11,25%	4,94%	4,55%	6,19%	3,37%	1,56%	4,91%
R2	27,71%	32,69%	37,50%	41,98%	39,39%	45,13%	58,50%	55,37%	50,98%
R3	5,19%	5,77%	4,38%	6,79%	6,06%	7,08%	4,59%	4,69%	4,97%
R4	21,65%	19,23%	16,88%	22,22%	17,42%	17,70%	7,58%	12,83%	12,67%
R5	3,46%	0,64%	4,38%	0,62%	2,27%	3,54%	0,77%	1,88%	1,62%
R6	5,63%	3,85%	6,25%	5,56%	6,06%	7,08%	6,28%	5,84%	5,96%
R7	2,16%	3,85%	6,88%	3,09%	3,79%	3,54%	3,22%	2,50%	3,17%

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

R8	17,32%	20,51%	12,50%	14,81%	20,45%	9,73%	15,70%	15,33%	15,72%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

R1 contestații împotriva procesului - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor (neluarea în considerare a garanției de participare, modul de desfășurare a ședinței de deschidere a ofertelor);

R2 respingerea ofertei contestatorului ca neconformă, sau inacceptabilă;

R3 prețul neobișnuit de scăzut al ofertelor altor participanți la procedura de atribuire;

R4 documentele de calificare depuse de alți ofertanți participanți, sau modul de punctare/evaluare a acestora de către autoritatea contractantă;

R5 faptul că, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă nu a precizat motivele de respingere a ofertei;

R6 respingerea ofertei fără ca autoritatea contractantă să solicite clarificări referitoare la propunerea tehnică/prețului ofertat, sau aprecierea incorectă a răspunsurilor la clarificări;

R7 anularea fără temei legal a procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă;

R8 altele.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În plus, pe categorii de contracte, se remarcă o pondere importantă a deciziilor CNSC ce privesc critici împotriva **procesului - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor (neluarea în considerare a garanției de participare, modul de desfășurare a ședinței de deschidere a ofertelor)** în cazul contractelor de furnizare bunuri, critici privind și **respingerea ofertei fără ca autoritatea contractantă să solicite clarificări referitoare la propunerea tehnică/prețului oferit, sau aprecierea incorectă a răspunsurilor la clarificări** în cazul contractelor de furnizare bunuri și de lucrări. În cazul contractelor de servicii se particularizează în perioada 2007 - 2014 și criticile privind **prețul neobișnuit de scăzut al ofertelor altor participanți la procedura de atribuire**.

Situația criticilor formulate în contestații, pe tipuri de contracte, în perioada 2007 - 2014

baza = decizii emise în perioada 2007 - 2014, cuprinse în eșantionul analizat

REZULTATUL PROCEDURII

Critica la rezultat	Tip contract			Total
	Bunuri	Lucrări	Servicii	
R1 contestații împotriva procesului - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor (neluarea în considerare a garanției de participare, modul de desfășurare a ședinței de deschidere a ofertelor);	6,26%	4,26%	4,85%	4,91%
R2 respingerea ofertei contestatorului ca neconformă, sau inacceptabilă;	46,68%	56,42%	45,84%	50,98%
R3 prețul neobișnuit de scăzut al ofertelor altor participanți la procedura de atribuire;	2,74%	4,99%	6,74%	4,97%

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

R4 documentele de calificare depuse de alți ofertanți participanți, sau modul de punctare/evaluare a acestora de către autoritatea contractantă;	13,95%	11,04%	14,23%	12,67%
R5 faptul că, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă nu a precizat motivele de respingere a ofertei;	1,43%	1,40%	2,11%	1,62%
R6 respingerea ofertei fără ca autoritatea contractantă să solicite clarificări referitoare la propunerea tehnică/prețul ofertat, sau aprecierea incorectă a răspunsurilor la clarificări;	6,26%	6,99%	4,11%	5,96%
R7 anularea fără temei legal a procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă;	3,91%	2,13%	4,21%	3,17%
R8 altele.	18,77%	12,77%	17,91%	15,72%
Total	100,00 %	100,00 %	100,00 %	100,00 %

Capitolul 4: Prezentare: raport analiză, metodologie

4.1. Concluzii ale analizei diagnostic internă cu privire la problemele în domeniul achizițiilor publice cu care se confruntă autoritățile contractante și beneficiarii de finanțări prin instrumente structurale

Conform **Analizei calitative a problemelor întâmpinate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică**, realizată pe baza unui chestionar de anchetă aplicat în rândul Autorităților contractante și a operatorilor economici contestatori, redăm mai jos o parte din rezultatele principale:

Autoritățile contractante intervievate au menționat o serie de problemele pe care le întâmpină în întreg procesul de realizare a achizițiilor publice. Din totalitatea problemelor menționate, se evidențiază principalele probleme ale acestui proces: **lipsa personalului specializat, termele legale în anumite etape ale procesului de achiziții publice, legislația existentă și modificarea frecventă a acesteia, platforma electronică SEAP**, precum și **volumul documentației necesare în derularea achizițiilor publice**.

Totodată, acestea sunt și principalele probleme cu care se confruntă în procesul de achiziții publice, **autoritățile contractante care au implementat proiecte finanțate din fonduri europene structurale**, în ultimii 2 ani.

Aspectele referitoare la **legislația în vigoare**, la momentul realizării studiului, în domeniul achizițiilor publice semnaleză faptul că legislația reprezintă principala problemă a autorităților contractante, cu o proporție de 28,73% din totalul răspunsurilor exprimate de către toate autoritățile contractante intervievate și cu 29,17% din totalul răspunsurilor exprimate de către autoritățile contractante care au implementat proiecte finanțate din fonduri europene structurale, în ultimii 2 ani.

Așadar, legislația reprezintă o problemă în procesul de realizare a achizițiilor publice, prin faptul că acesta este percepută ca fiind **CONTRADICTORIE, NECLARĂ** (9,39% din total răspunsuri valide), **ÎN NECONCORDANȚĂ** cu legislația din alte domenii (construcții, mediu, sănătate, energie electrică) sau cu directivele europene din același domeniu (5,52% din total răspunsuri valide), **ÎNCĂRCATĂ și COMPLICATĂ** (4,42% din total răspunsuri valide) și **nu acoperă toate situațiile posibile** (1,66% din total răspunsuri valide), fiind eliminate din legislația actuală aspecte precum „*obligația de autentificare a angajamentului*”

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

de susținere a terțului". Aceste aspecte au fost evidențiate și de autoritățile de management participante la interviurile realizate în cadrul proiectului. Respondenții au vorbit despre procedura greoaie, cu principii învechite, sau inadecvate la cerințele pieții, despre pachetul legislativ stufoș și cu diferențe în aplicarea principiilor, ceea ce conduce la lipsa asumării răspunderii, despre existența de prevederi interpretabile, de exemplu, sub aspectul pârghiilor pe care le are autoritatea contractantă pentru gestionarea contestațiilor sau a rezultatului deciziilor CNSC, precum și despre dificultățile ridicate de procesul de evaluare.

Totodată, **MODIFICAREA FRECVENȚĂ A LEGISLAȚIEI** este considerată o problemă a întregului proces de realizare a achizițiilor publice (7,18% din totalitatea răspunsurilor valide).

De asemenea, autoritățile contractante resimt insuficiența personalului de specialitate angajat, atât raportat la volumul documentației necesare, la volumul de achiziții derulate, cât și raportat la necesitatea cunoștințelor tehnice de specialitate în derularea achizițiilor publice.

Termenele stabilite reprezintă o problemă în derularea achizițiilor publice, fiind menționate răspunsuri valide, în 14,36% din total. Cele mai problematice termene sunt cele de evaluare/validare a documentației de atribuire, termenul scurt de evaluare a ofertelor, termenul scurt de semnare a contractelor etc.

Platforma electronică SEAP a fost menționată ca problemă în derularea achizițiilor publice, fiind menționată în 4,97% din totalitatea răspunsurilor valide a autorităților contractante respondente. Platforma electronică este percepută ca fiind complicat de utilizat, având o interfață complicată, fișierele existente nefiind structurate și verificate, nu permite căutări facile după anumite criterii și afișarea ordonată etc.

Autoritățile contractante care au implementat, în ultimii 2 ani, proiecte finanțate din fonduri europene, au inclus în topul problemelor întâmpinate în procesul de elaborare a documentației de atribuire **gradul de detaliere a specificațiilor tehnice**, precum și **întocmirea caietului de sarcini**. Aceste aspecte sunt evidențiate, din perspectiva finanțatorilor și de către autoritățile de management.

Dacă lipsa personalului specializat este precizat într-o proporție de 22,58% din răspunsurile totale valide, autoritățile contractante resimțind nevoia „*specialiștilor, experților în diferite domenii, pentru realizarea unor documentații*

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

de atribuire complexe”, stabilirea criteriilor de calificare și atribuire reprezintă cea de-a doua mare problemă în elaborarea documentației de atribuire, regăsindu-se în 17,74% dintre răspunsurile valide ale autorităților contractante.

În ceea ce privește procesul de evaluare a ofertelor și atribuirea contractului de bunuri/servicii/lucrări, analiza la nivelul autorităților contractante a evidențiat ca principale probleme cu care se confruntă, **lipsa personalului specializat** (27,56% răspunsuri valide), **legislația incompletă, complicată, necorelată** (15,75% răspunsuri valide), **termenele din anumite etape** ale procesului de evaluare și atribuire a contractului (12,60% răspunsuri valide), **nerespectarea cerințelor de către ofertanți** (11,81% răspunsuri valide) și **modul de întocmire a ofertelor** (10,24% răspunsuri valide).

Interviurile realizate la nivelul autorităților de management au evidențiat ca principale elemente care au ridicat dificultăți pe parcursul procedurilor de achiziție publică: **dificultăți referitoare la documentația de achiziție**, atât în ceea ce privește elaborarea documentației de către autoritățile contractante, cât și în ceea ce privește înțelegerea documentației și pregătirea ofertelor de către operatorii interesați (*definirea caietelor de sarcini la servicii și corelarea lor cu valoarea estimată și criteriile de calificare; elaborarea specificațiilor tehnice și dificultăți ale operatorilor de a înțelege specificațiile tehnice; inexistența unui cod COR ca profesie pentru anumite servicii; criterii de calificare restrictiv definite atât pentru servicii, cât și pentru lucrări; validarea documentației de către ANRMAP*), precum și **dificultăți la nivelul procesului de evaluare a ofertelor** (*documentația incompletă; interpretarea foarte diferită a criteriilor de calificare și selecție de către fiecare entitate și chiar de către persoane din cadrul aceleiași entități; multitudinea de documente de evaluat; operatori economici neserioși*).

Cât privește procesul de contestare, răspunsurile autorităților contractante au evidențiat faptul că principala problemă este considerată întârzierea procedurilor de achiziție, din cauza depunerii de contestații și timpul ridicat de soluționare a acestora (25,23% din răspunsurile valide).

Totodată, în rândul problemelor frecvente în procesul de contestare, autoritățile contractante au inclus legislația specifică achizițiilor publice (13,51% răspunsuri valide), depunerea de contestații nefondate din partea ofertanților (11,71% răspunsuri valide). Acestea li se adaugă: deciziile neuniforme ale CNSC; termenul redus de depunere a dosarului de achiziție; lipsa personalului specializat; volumul mare de documente ce trebuie depuse.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În opinia Autorităților Contractante, procedura de soluționare a contestațiilor prevăzută în OUG 34/2006 este CORECT CONCEPUTĂ astfel încât să permită respectarea, într-o măsură foarte bună și satisfăcătoare, a principiilor: **Legalitatea** (87,36% dintre AC), **Dreptul al apărare** (83,52% dintre AC), **Celeritatea** (78,02% dintre AC), **Contradictorialitatea** (75,27% dintre AC).

Principalele cauze care favorizează procesul de contestare a achizițiilor publice sunt:

- **În primul rând:** Lipsa de claritate a legislației specifice/modificările frecvente (pentru 57,6% dintre AC) și Insuficiența personalului pentru a putea analiza întocmi în condiții optime puncte de vedere (pentru 24,3% dintre AC);
- **În al doilea rând:** Lipsa de claritate a procedurii de contestare (pentru 33,3% dintre AC) și Expertiza redusă a personalului propriu pentru întocmirea de puncte de vedere (pentru 18,8% dintre AC);
- **În al treilea rând:** Capacitatea/cunoștințele personalului propriu de elaborare a documentațiilor de atribuire (22,9% dintre AC) și Capacitatea/cunoștințele personalului propriu de evaluare a ofertelor (24,3% dintre AC).

Reprezentanții autorităților de management au considerat că *interpretarea defectuoasă a legislației în ceea ce privește cerințele de calificare, fără a ține cont de principii și scopul calitativ al contractului; lacune sau interpretări diferite ale legislației; documentațiile de atribuire neclare; multitudinea de cerințe; experiența insuficientă la nivelul Autorității Contractante pe diferite domenii ale obiectului achiziției, solicitarea de cerințe care nu sunt stăpânite nici de Autoritățile Contractante, nici pentru definire, nici în etapa de evaluare; dificultatea în a defini specificațiile pentru bunuri și servicii în așa fel încât acestea să nu fie interpretate ca restrictive* se constituie în principalii factori care încurajează procesul de contestare. La aceștia se adaugă: existența unui interes pentru o anumită procedură; caiete de sarcini dedicate; valoarea mare a contractelor, precum și posibilitatea de a avea dreptate.

Analiza realizată la nivelul operatorilor economici contestatori a arătat faptul că cele mai frecvente probleme întâmpinate de către aceștia în procesul de ofertare privesc **documentația de atribuire neclară/ambiguă/contradictorie/incompletă** (30,46% dintre răspunsurile valide ale operatorilor economici) și de **specificațiile tehnice/condițiile de calificare restrictive** (25,83% dintre răspunsurile valide ale operatorilor economici).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Cele mai frecvente probleme întâmpinate de operatorii economici contestatori în procesul de evaluare și atribuire a contractului de bunuri/servicii/lucrări fac referire la **calitatea slabă/restrictivă a documentațiilor de atribuire în baza cărora se întocmesc ofertele** (14,95% răspunsuri valide), **lipsa transparenței** (14,95% răspunsuri valide), **durata mare de evaluare a ofertelor și atribuire a contractelor** (13,08% răspunsuri valide), **tratament inegal al ofertanților/favorizarea unor ofertanți în vederea atribuirii contractului** (13,08% răspunsuri valide).

Majoritatea operatorilor economici contestatori consideră legislația specifică achizițiilor publice **foarte bună și satisfăcătoare** prin prisma **clarității legislației** (60,26% dintre operatorii economici), **transpunerii directivelor** referitoare la achizițiile publice în legislația românească (47,44% dintre operatorii economici), **concordanței** cu legislația specifică care reglementează diferite domenii de activitate (44,87% dintre operatorii economici) și a completitudinii legislației (41,03% dintre operatorii economici).

Completitudinea și claritatea legislației sunt atributele legislației specifice achizițiilor publice evaluate cel mai slab, 32,05% dintre operatorii economici considerând acestea ca fiind nesatisfăcătoare și deloc satisfăcătoare.

Dacă la nivelul autorităților contractante și la nivelul autorităților de management se consideră că se abuzează de procedura de contestare, majoritatea operatorilor economici contestatori (67,95%) consideră că se abuzează de posibilitatea legală de a contesta procedura de achiziții publice din partea ofertanților, **într-o mică și foarte mică măsură.**

În opinia operatorilor economici contestatori, cele mai frecvente probleme întâmpinate de aceștia în procesul de contestare **sunt deciziile neuniforme/contradictorii ale CNSC** (20,29% răspunsuri valide), **constituirea/reținerea garanției de bună conduită** (15,94% răspunsuri valide), **lipsa transparenței/comunicare deficitară** (14,49% răspunsuri valide).

4.2. Metodologia de eficientizare a achizițiilor publice și de reducere a neregulilor în cadrul achizițiilor publice finanțate prin instrumente structurale

4.2.1. Considerații privind modul de elaborare a metodologiei

Având în vedere că expresia cea mai elocventă a problemelor percepute de actorii din domeniul achizițiilor publice o reprezintă criticile formulate în contestațiile depuse la CNSC, metodologia a fost axată pe rezultatele *Analizei calitative a problemelor întâmpinate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică*.

Un prim pas l-a constituit sistematizarea datelor cuprinse în *Analiza calitativă*, cu evidențierea acelor motive de critică cu cea mai mare pondere în ansamblul contestațiilor formulate cu privire la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică. În mod similar, au fost extrase din *Analiza calitativă* principalele probleme, ce grevează achizițiile publice, grupate în ordinea ponderii rezultate în urma aplicării chestionarelor.

De asemenea, interviurile realizate la nivelul autorităților de management au evidențiat ca principale elemente care au ridicat dificultăți pe parcursul procedurilor de achiziție publică: **dificultăți referitoare la documentația de atribuire**, atât în ceea ce privește elaborarea documentației de către autoritățile contractante, cât și în ceea ce privește înțelegerea documentației și pregătirea ofertelor de către operatorii interesați (*definirea caietelor de sarcini la servicii și corelarea lor cu valoarea estimată și criteriile de calificare; elaborarea specificațiilor tehnice și dificultăți ale operatorilor de a înțelege specificațiile tehnice; inexistența unui cod COR ca profesie pentru anumite servicii; criteriile de calificare restrictiv definite atât pentru servicii, cât și pentru lucrări; validarea documentației de către ANRMAR*), precum și **dificultăți la nivelul procesului de evaluare a ofertelor** (*documentația incompletă; interpretarea foarte diferită a criteriilor de calificare și selecție de către fiecare entitate și chiar de către persoane din cadrul aceleiași entități; multitudinea de documente de evaluat; operatori economici neserioși*).

Pe baza acestor date, au fost determinate cauzele care generează probleme în procesul de derulare a achizițiilor publice, respectiv măsurile corespunzătoare pentru prevenirea, remedierea, sau eliminarea, după caz, a respectivelor probleme.

4.2.2. Cauze corespunzătoare criticilor formulate la documentația de atribuire

Conform *Analizei calitative a problemelor întâmpinate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică*, principalele probleme, ce grevează achizițiile publice, sunt, în ordinea ponderii rezultate în urma aplicării chestionarelor:

- lipsa personalului specializat (19,34% din total răspunsuri valide);
- termenele legale în anumite etape ale procesului de achiziții publice (14,36% din total răspunsuri valide);
- legislația contradictorie, neclară (14,36% din total răspunsuri valide);
- modificarea frecventă a legislației (9,39% din total răspunsuri valide);
- neconcordanța legislației din materia achizițiilor publice cu legislația din alte domenii (construcții, mediu, sănătate, energie electrică) sau cu directivele europene din același domeniu (5,52% din total răspunsuri valide);
- platforma electronică SEAP (4,97% din total răspunsuri valide);
- legislația încărcată și complicată (4,42% din total răspunsuri valide);
- volumul documentației necesare în derularea achizițiilor publice (3,87% din total răspunsuri valide).

Așa cum se poate observa, între problemele menționate, o recurență crescută o au cele referitoare la legislația din materia achizițiilor publice (prin cumularea diverselor probleme ce vizează, sub o formă sau alta, legislația, obținându-se o pondere de 33,69%).

Alături de problemele generate de legislație, o pondere semnificativă o mai au problemele generate de lipsa personalului specializat și de termenele legale în anumite etape ale procesului de achiziție.

Dintre problemele menționate, prezintă relevanță, prin raportare la **criticile formulate la documentația de atribuire**, în special cele referitoare la legislația din materia achizițiilor publice și la lipsa personalului specializat.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Pentru problemele ce se referă la documentația de atribuire, se pot identifica următoarele cauze principale:

- **Prevederi legale interpretabile, în special cu privire regulile de definire a criteriilor de calificare/selecție și a factorilor de evaluare.** Lipsa de claritate a unor prevederi legale și inexistența unei bune practici, consacrate, pentru abordarea acelor aspecte care nu fac și nu pot face obiectul reglementării normative (din cauza caracterului prea specific sau prea detaliat al respectivelor aspecte), ridică dificultăți considerabile autorităților contractante la identificarea măsurilor și acțiunilor ce asigură respectarea strictă a prevederilor legale.

- O consecință a cauzei anterior menționate, o constituie și **practica neunitară a instituțiilor cu competențe în domeniul achizițiilor publice.** Abordările diferite de la nivelul aceleași instituții, sau între diverse instituții, conduc la creșterea gradului de nesiguranță al autorităților contractante, în ceea ce privește corecta aplicare a dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice.

Această cauză este, în mod semnificativ, amplificată în cazul achizițiilor publice finanțate din instrumente structurale; astfel, în cazul proiectelor finanțate din instrumente structurale, la instituțiile cu competențe generale în domeniul achizițiilor publice, se adaugă și instituțiile cu competențe specifice de monitorizare, verificare și control, care, privesc inclusiv respectarea dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice. Astfel, în acest caz, riscul intervenirii unei interpretări, sau aplicări diferite a legislației este sensibil mai mare.

- **Lipsa expertizei de specialitate, la nivelul autorităților contractante,** lipsă care se traduce într-un mod defectuos de elaborare a documentației de atribuire și de derulare, în general, a procedurii de atribuire.

- **Lipsa de instrumente** (ghiduri/recomandări/manuale privind stabilirea criteriilor de calificare/selecție și a factorilor de evaluare) **dedicate autorităților contractante,** care să le sprijine în elaborarea corectă a documentației de atribuire, de natură să asigure alegerea unui ofertant capabil să implementeze contractul de achiziție, la standardele de calitate solicitate.

- **Preferința autorității contractante pentru un anumit ofertant.** O astfel de practică este întâlnită, în special, în achizițiile complexe și în domeniile în care numărul ofertanților de pe piață este restrâns (produse și servicii IT de o

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

complexitate ridicată, echipamente de cercetare-dezvoltare, echipamente medicale, lucrări de infrastructură, servicii de proiectare etc.).

Având în vedere condiționările impuse de implementarea proiectelor finanțate din fonduri nerambursabile (de timp, de resurse bugetare, de calitate), precum și responsabilitatea implementării acestor proiecte (corecții financiare în cazul neatingerii indicatorilor care pot ajunge până la pierderea/retragerea fondurilor), autoritățile contractante stabilesc cerințe disproporționate față de obiectul achiziției, din dorința de a se asigura că vor atribui contractul de achiziție, către un ofertant cu experiență și capacitate tehnică și profesională evidente.

De asemenea, preferința pentru un anumit ofertant poate fi determinată, de exemplu, în cazul produselor și serviciilor IT, și de inerția autorităților contractante în a adopta și implementa produse sau servicii echivalente, asociate cu o perturbare a activității curente și cu posibile probleme de compatibilitate; totodată, opțiunea pentru utilizarea aceluiași produs sau serviciu IT poate fi determinată de pregătirea specifică, limitată, a personalului autorităților contractante, care conduce la dificultăți de adaptare la produse sau servicii echivalente, cu consecințe negative corespunzătoare asupra îndeplinirii atribuțiilor de serviciu.

În cazul echipamentelor care înglobează tehnologie avansată, cum este cazul echipamentelor pentru cercetare-dezvoltare, sau echipamentele medicale, se poate manifesta preferința autorităților contractante pentru anumite echipamente care au performanțe unice și corespund cel mai bine nevoii acestora prin prisma experienței în exploatarea de echipamente similare.

Din perspectiva criticilor la documentația de atribuire, cauza descrisă la prezentul punct se traduce, de cele mai multe ori, fie în stabilirea anumitor criterii de calificare/selecție, fie în definirea specificațiilor tehnice, în așa mod încât doar oferta operatorului economic preferat să fie acceptabilă și conformă, deci admisibilă.

- **Dificultatea de a defini factori de evaluare obiectivi, fără risc de interpretare sau contestare**, determină autoritățile contractante să concentreze efortul de identificare a unui ofertant capabil să execute contractul de achiziție publică, în definirea de criterii de calificare/selecție, cu riscul inevitabil ca acestea să fie considerate restrictive.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

De exemplu, paleta de factori de evaluare care poate fi utilizată în cazul aplicării criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă” este foarte redusă, în special în cazul procedurilor de achiziție de servicii (nu pot fi utilizați factori de evaluare obiectivi, cum ar fi experiența firmei în domeniul contractului sau experiența personalului ofertantului¹). Spre deosebire, pentru achizițiile de bunuri sau de lucrări se pot stabili cu ușurință factori de evaluare constând în performanțe superioare ale bunurilor/lucrărilor care fac obiectul achiziției.

Această dificultate de definire a factorilor de evaluare a condus la aplicarea cu preponderență a criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, afectând, în mod negativ, calitatea executării contractelor.

- **Lipsa de corelare între specificațiile din caietul de sarcini, ce descriu obiectul contractului, pe de o parte, și criteriile de calificare/selecție și factorii de evaluare, pe de altă parte.** Acest lucru este adesea indus de neimplicarea personalului responsabil de redactarea caietului de sarcini în elaborarea criteriilor de calificare/selecție și a factorilor de evaluare, sau de lipsa de colaborare între direcțiile tehnice și direcțiile de achiziții publice din cadrul autorităților contractante.

- Între cauzele care determină nedivizarea, pe loturi, a contractelor, cea mai frecventă motivație a autorităților contractante se referă la **facilitatea gestionării unui număr mai mic de contractori**. Determinant este faptul că, în acest mod, responsabilitatea realizării unui anumit obiectiv de investiție cade în sarcina unui singur contractor, astfel încât recuperarea unor eventuale daune, cauzate de neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate, să facă obiectul unui demers legal bazat pe un singur temei juridic (i.e. un singur contract), și nu pe o multitudine de asemenea temeiuri juridice (cum ar fi cazul în care ar exista mai multe contracte de achiziție publică, ce concură pentru realizarea aceluiași obiectiv de investiții).

În cazul acelor criterii, cum ar fi experiența similară sau cifra de afaceri, pentru care valoarea minimă, solicitată prin documentația de atribuire, este corelată cu valoarea estimată a contractului de achiziție publică, nedivizarea achiziției pe loturi creează și premisele utilizării unor criterii de calificare/selecție mai

¹ Conform art. 67 alin. (2) lit. (b) din Directiva 2014/24/UE, printre criteriile, în baza cărora se poate determina oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, se pot număra și organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat să execute contractul, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului de executare a contractului.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

restrictive, afectând în acest mod competiția (sunt eliminați operatorii economici care ar fi putut îndeplini criteriile de calificare/selecție, dacă acestea s-ar fi raportat la valoarea unui lot) și, pe cale de consecință, eficiența cheltuirii banilor publici.

○ **Intenția autorităților contractante de a transfera, către contractanți, cât mai multe dintre riscurile aferente contractelor de achiziție publică** conduce, uneori, la impunerea de clauze contractuale inechitabile sau excesive, cum ar fi:

- riscul prelungirii duratei contractului/a termenelor de execuție. Unele autorități contractante transferă riscul, integral, contractorilor, inclusiv în situațiile în care prelungirea nu este imputabilă acestora. Astfel, o clauză contractuală des utilizată privește posibilitatea prelungirii contractului și a termenelor de execuție activităților acestuia, cu obligația contractorilor de a continua executarea contractelor, fără a beneficia însă de o suplimentare corespunzătoare a prețului;
- riscul rambursării cu întârziere a fondurilor de la organismele finanțatoare, în cazul contractelor de achiziție publică încheiate în cadrul unor proiecte cu finanțare nerambursabilă. Unele autorități contractante nu defineau termenele de plată a prețului, prin raportate la momentul îndeplinirii, de către contractori, a obiectului contractului, ci le condiționau de rambursarea, în prealabil, de către finanțator, a sumelor aferente respectivelor contracte. Această practică a fost limitată prin intrarea în vigoare a Legii nr. 72/2013, care stabilește termene maxime de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate între profesioniști și autorități contractante, fiind sancționate cu nulitatea absolută clauzele contractuale care fixează termene de plată mai mari decât cele stabilite prin lege;
- riscul de neexecutare a contractelor de achiziție publică, în condițiile stabilite prin documentația de atribuire. De exemplu, practica neutilizării, în executarea propriu-zisă a contractului, a personalului ofertat inițial, cu efecte negative asupra calității execuției, a determinat unele autorități contractante să impună clauze contractuale prin care contractantul este obligat la plata unor sume semnificative, drept sancțiune pentru înlocuirea experților nominalizați prin ofertă, clauze ce pot fi considerate excesive.

4.2.3. Măsuri corespunzătoare criticilor formulate la documentația de atribuire

Pentru reducerea neregulilor ce generează critici formulate la documentația de atribuire, se recomandă aplicarea următoarelor măsuri:

○ **Revizuirea legislației din materia achizițiilor publice**, în sensul clarificării dispozițiilor interpretabile. Având în vedere caracterul general al normelor legale, care, prin natura lor, nu pot viza abordarea punctuală a anumitor spețe, ci stabilirea de reguli generale, pretabile la o varietate de situații, această măsură are o aplicabilitate restrânsă, o importanță sporită revenind procesului de conturare a unei practici unitare cu privire la interpretarea și punerea în aplicare a dispozițiilor legale.

○ **Valorificarea rezultatelor înregistrate de instituțiile cu competențe în domeniul achizițiilor publice și creșterea transparenței asupra activității acestora**. Această transparență ar contribui semnificativ la conturarea unei practici unitare la nivelul diverșilor actori implicați în achizițiile publice. Cu titlu de exemplu, această măsură s-ar putea concretiza în următoarele acțiuni:

- sintetizarea activității rezultate din sesiunile de help-desk ale ANRMAP, sub forma unor culegeri de spețe și recomandări periodice;
- organizarea de forumuri, administrate de instituții cu competențe în domeniul achizițiilor publice (cum ar fi ANAP), la care să poată avea acces autoritățile contractante și operatorii economici, și care să permită atât schimbul de experiență între actorii implicați în achizițiile publice, cât și intervenții, pe spețe punctuale, ale instituțiilor ce administrează respectivele forumuri;
- publicarea, în format tipărit și/sau on-line, de culegeri de decizii ale CNSC, respectiv de decizii ale instanțelor de judecată. Publicarea on-line ar trebui însoțită și de implementarea unui instrument de căutare avansată, pentru identificarea, cu ușurință, a spețelor de interes;
- publicarea, în format tipărit și/sau on-line, de culegeri de spețe în care instituțiile cu competențe de control privind modul de atribuire a contractelor de achiziție publică, încheiate în cadrul unor proiecte finanțate din fonduri nerambursabile (Curtea de Conturi, Autoritatea de

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Audit, autoritățile de management, organismele intermediare), au aplicat corecții/reduceri financiare;

- îmbunătățirea platformei SEAP, pentru ca aceasta să permită generarea de statistici cu privire la achizițiile publice.

O creștere a transparenței acestor instituții, prin publicarea rezultatelor activităților pe care le desfășoară, ar putea îndruma autoritățile contractante în alegerea unor soluții cu privire la problemele pe care le întâmpină, și ar contribui semnificativ la conturarea unei practici unitare, la nivelul tuturor actorilor implicați în achizițiile publice.

o **Asumarea, ca măsură de bună practică intra-instituțională, sau legiferarea opozabilității concluziilor pe care le trage o instituție cu competențe în domeniul achizițiilor publice, față de respectiva instituție.** Această acțiune ar garanta o practică unitară la nivelul fiecărei instituții și ar proteja autoritățile contractante de modificări ale modului de interpretare a legislației de către aceeași instituție.

Această acțiune ar putea fi extinsă, cu respectarea corespunzătoare a dispozițiile legale, și în privința opozabilității inter-instituționale a rezultatelor activității instituțiilor cu competențe. Astfel, s-ar putea opta pentru **asumarea, ca măsură de bună practică în domeniul cooperării inter-instituționale, sau pentru legiferarea opozabilității concluziilor pe care le trage o instituție cu competențe în domeniul achizițiilor publice, față de celelalte instituții cu competențe similare**, bineînțeles, sub rezerva verificării posibilității legale și în funcție de natura și modul de organizare a diverselor instituții (în mod evident, de exemplu, o astfel de opozabilitate nu ar putea fi impusă CNSC, ca organism independent cu activitate administrativ-jurisdicțională, sau instanțelor de judecată). În acest mod, s-ar crea premisele pentru o coordonare inter-instituțională asupra interpretării și aplicării legislației specifice, eliminând situațiile în care diferite instituții abordează diferit aceeași speță, sau spețe similare.

o **Revizuirea atribuțiilor acordate diferitelor instituții, în materia achizițiilor publice, în sensul eliminării suprapunerilor de competențe.** O altă sursă pentru practica neunitară o constituie suprapunerile de competențe ale diferitelor instituții, fapt ce îngreunează procesul de stabilire și menținere a unei practici unitare. Astfel, eliminarea suprapunerilor de competențe ar conduce, în mod direct, la reducerea considerabilă a eventualelor interpretări diferite ale

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

legislației și ar constitui o alternativă la măsura menționată anterior, referitoare la opozabilitatea concluziilor pe care le trage o instituție cu competențe în domeniul achizițiilor publice, față de celelalte instituții cu competențe similare.

- **Organizarea de instruiți specifice periodice ale personalului, din cadrul autorităților contractante, implicat în derularea procedurilor de achiziție publică.** Pentru creșterea nivelului de expertiză al personalului autorităților contractante, este important ca instruirile să aibă un caracter periodic și să fie organizate, în măsura în care este posibil, de instituții cu competențe în domeniul achizițiilor publice; de asemenea, este esențial ca aceste instruiți să pună accent pe aspectele practice ale achizițiilor publice, cu ilustrarea celor mai întâlnite spețe.

Organizarea acestor instruiți, de către instituțiile cu competențe în domeniul achizițiilor publice, ar prezenta, pe de o parte, avantajul de a oferi autorităților contractante un contact nemijlocit cu instituțiile ce monitorizează/verifică achizițiile publice, iar, pe de altă parte, ar permite acestor instituții să ia la cunoștință despre cele mai frecvente probleme întâmpinate de autoritățile contractante și astfel să se obțină o corelare optimă între acțiunile instituțiilor (cum ar fi, organizarea de instruiți și elaborarea de ghiduri de bună practică) și nevoile autorităților contractante.

- **Stimularea specializării personalului cu atribuții în derularea achizițiilor publice și creșterea ratei de menținere a personalului cu expertiză de specialitate.**

Pentru a oferi premisele și pentru a stimula specializarea, este necesar ca, în cazul personalului cu atribuții în derularea achizițiilor publice, să se evite aplicarea cumulului de funcții, întrucât aglomerarea acestui personal cu alte atribuții creează serioase obstacole în procesul de acumulare a cunoștințelor specifice pe care le presupun materia achizițiilor publice.

De asemenea, este deosebit de importantă menținerea în cadrul autorităților contractante, a personalului care a dobândit deja o expertiză semnificativă în materia achizițiilor publice; astfel, se recomandă ca, în măsura în care cadrul legal și resursele autorităților contractante o permite, remunerația acestui personal să reflecte, în mod corespunzător, răspunderea asociată implicării în achizițiile publice.

- **Elaborarea unor ghiduri de bună practică și a unor manuale privind modul de definire a criteriilor de calificare/selecție și a factorilor de evaluare, pe**

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

tipuri de proceduri și categorii de contracte, promovate de instituții cu competențe în domeniul achizițiilor publice (ANAP/CNSC). Aceste materiale ar veni, în special, în sprijinul autorităților contractante, care nu dispun de expertiza specifică în domeniul achizițiilor publice (autorități ale administrației publice locale/institute etc.).

○ **Îmbunătățirea modului de lucru, la nivelul autorităților contractante, prin stimularea colaborării dintre compartimente, în funcție de specificul contractului de achiziție publică** (de exemplu: colaborarea dintre compartimentele de achiziții publice și compartimentele juridice, în vederea elaborării clauzelor contractuale; colaborarea dintre compartimentele de achiziții publice și compartimentele tehnice și/sau financiare, în vederea elaborării caietelor de sarcini și termenilor financiari ai contractului). Pentru aceasta este necesar ca procedurile interne, de la nivelul autorităților contractante, referitoare la derularea achizițiilor publice, să prevadă atribuțiile și sarcinile concrete ale diverselor compartimente implicate, astfel încât să se obțină o definiție clară a rolului fiecărui compartiment și, implicit, o asumare a respectivului rol.

Constituirea unor echipe interdisciplinare de realizare a documentațiilor de atribuire ar permite o abordare coordonată a tuturor aspectelor (criteriile de calificare/selecție, specificațiile tehnice, clauzele contractuale), ce vizează alegerea unui operator economic și execuția contractului de achiziție publică. În acest sens, un caiet de sarcini, corect și complet întocmit, și clauze contractuale, care să permită monitorizarea ofertantului câștigător, pe parcursul derulării contractului, și care să reflecte complexitatea contractului și efectele generate de riscul neîndeplinirii contractului, ar constitui, dincolo de simplele criterii de calificare/selecție, instrumente ale autorităților contractante atât pentru alegerea „*celui mai bun ofertant*”, cât și pentru responsabilizarea operatorilor economici.

O altă expresie a îmbunătățirii modului de lucru o reprezintă exercitarea, deplină și promptă, a drepturilor pe care autoritățile contractuale le dețin în temeiul contractelor de achiziție publică, îndeosebi în ceea ce privește angajarea, atunci când este cazul, a răspunderii operatorilor economici. Sancționarea corespunzătoare a operatorilor economici, care nu își îndeplinesc obligațiile contractuale, la standardele și termenele asumate, ar avea ca efect și eliminarea, din procedurile de atribuire, a acelor operatori.

4.2.4. Cauze corespunzătoare criticilor formulate la rezultatul procedurii

Dintre problemele menționate în *Analiza calitativă a problemelor întâmpinate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică* (enumerare la Capitolul 2), prezintă relevanță, prin raportare la **criticile formulate la rezultatul procedurii**, în special, cele referitoare la legislația din materia achizițiilor publice, la lipsa personalului specializat, la termenele legale în anumite etape ale procesului de achiziții publice și la platforma electronică SEAP.

Pentru problemele ce se referă la rezultatul procedurii, se pot identifica următoarele cauze principale:

- **Caracterul eliptic sau echivoc al unora dintre prevederile legale care reglementează procesul de evaluare a candidaturilor/ofertelor** face dificilă sarcina autorităților contractante de a evalua, în mod obiectiv și imparțial, candidaturile/ofertele și potențează suspiciunile operatorilor economici cu privire la presupusul arbitrar al deciziilor luate de autoritățile contractante.

Cu titlu exemplificativ, printre aceste prevederi legale se numără:

- modul efectiv de completare a anexei pe care trebuie să o prezinte operatorul economic care înțelege să utilizeze facilitatea prevăzută la art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006;
- exercitarea, de către autoritatea contractantă, a dreptului de a solicita clarificări cu privire la ofertă (art. 201 din OUG nr. 34/2006, art. 35 și art. 78 din HG nr. 925/2006);
- semnificația termenilor „completarea ofertei” și „modificarea ofertei” (art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 78-80 din HG nr. 925/2006);
- modul de justificare a prețului aparent neobișnuit de scăzut (art. 202 din OUG nr. 34/2006 și art. 36¹ din HG nr. 925/2006).

- Ca și în cazul aspectelor referitoare la documentația de atribuire, caracterul eliptic și echivoc a generat **o practică neunitară a instituțiilor cu competențe în domeniul achizițiilor publice**, în ceea ce privește modul în care se apreciază legalitatea și temeinicia diverselor decizii ale autorităților contractante, caracterul neunitar fiind cu atât mai evident în cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică finanțate din fonduri structurale,

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

care presupun monitorizarea/verificarea/controlul din partea unor instituții cu competențe specifice în domeniul acestor finanțări.

- **Lipsa expertizei de specialitate, la nivelul autorităților contractante**, coroborată cu **termenele scurte, prevăzute de legislație, pentru derularea procedurii de atribuire**, conduce la o evaluare deficitară a candidaturilor/ofertelor și la luarea de decizii fără un temei legal corespunzător, sau fără o justificare temeinică.

- **Lipsa de instrumente** (ghiduri de bună practică/manuale privind evaluarea candidaturilor/ofertelor și alegerea ofertantului câștigător) **dedicate autorităților contractante**, care să le sprijine în alegerea candidatului/ofertantului care răspunde în întregime, tuturor cerințelor stabilite prin documentația de atribuire.

- **Lipsa de transparență în procesul de evaluare a candidaturilor/ofertelor**. Respectarea formală a prevederilor legale, ce reglementează conținutul comunicărilor transmise operatorilor implicați în procedura de atribuire, nu este, de cele mai multe ori, suficientă pentru a edifica respectivii operatori cu privire la legalitatea și temeinicia deciziilor luate de autoritățile contractante. Necunoașterea raționamentului aplicat de autoritățile contractante, determină operatorii economici să conteste deciziile acestora, cu evidente efecte defavorabile asupra duratei procedurilor de atribuire; importanța riscului de prelungire a procedurilor de atribuire este semnificativ mai mare în cazul contractelor de achiziție publică finanțate din instrumente structurale, întrucât pot determina inclusiv retragerea finanțării nerambursabile, dacă obiectivul proiectului nu este atins.

- **Neexercitarea, în mod rezonabil, de către autoritățile contractante, a dreptului de a solicita clarificări**, având drept consecință respingerea, ilegală și neîntemeiată, a candidaturilor/ofertelor în cauză.

- **Încălcarea principiului tratamentului egal, determinată de intenția autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de un anumit ofertant**. Principiul tratamentului egal impune, în interpretarea dată de jurisprudență comunitară², ca situațiile comparabile să nu fie tratate în moduri diferite și ca situațiile diferite să nu fie tratate în același fel, cu excepția cazului

² A se vedea Cauza T-195/05, privind procedura Deloitte Business Advisory NV vs Comisia Comunităților Europene (pct. 110).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv. Astfel, în cazul în care decide să solicite clarificări unui ofertant, cu privire la anumite aspecte ale ofertei, autoritatea contractantă are obligația de a solicita aceleași clarificări de la orice alt ofertant care se află în aceeași situație.

○ **Verificarea superficială, de către autoritățile contractante, a justificării furnizate de ofertanții care au depus oferte cu un preț aparent neobișnuit de scăzut.** Autoritățile contractante au obligația nu doar de a solicita, în mod formal, justificarea ofertelor cu un preț aparent neobișnuit de scăzut, ci trebuie să procedeze la verificare temeinică a argumentelor prezentate de ofertanți, pentru a evita situațiile în care decizia, din acest motiv, a unor oferte să fie catalogată drept arbitrară.

Conform percepției unora dintre autoritățile contractante³, **interfața aferentă platformei SEAP este dificil și complicat de utilizat.** Această percepție face ca autoritățile contractante să fie reticente în aplicarea procedurilor de atribuire, prin utilizarea mijloacelor electronice; neapelând la funcționalitățile suplimentare oferite de SEAP, autoritățile contractante se expun unui risc crescut de apariție a neregulilor, ce sunt generate de limitările inerente administrării unui volum considerabil de documente/notificări/termene și de gradul mai redus de transparență al modului clasic de aplicare a procedurilor de atribuire (care determină suspiciuni cu privire la legalitatea și temeinicia deciziilor luate de autoritățile contractante).

³ Conform *Analizei calitative a problemelor întâmpinate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică*, platforma electronică SEAP a fost menționată, ca problemă în derularea achizițiilor publice, în 4,97% din totalitatea răspunsurilor valide a autorităților contractante respondente.

4.2.5. Măsuri corespunzătoare criticilor formulate la rezultatul procedurii

Pentru reducerea neregulilor ce generează critici formulate la rezultatul procedurii, se recomandă aplicarea următoarelor măsuri⁴:

- **Revizuirea legislației din materia achizițiilor publice**, în sensul clarificării dispozițiilor echivoce, sau eliptice. Așa cum s-a arătat la secțiunea privind documentația de atribuire, această măsură trebuie însoțită de un efort susținut pentru conturarea unei practici unitare cu privire la interpretarea și punerea în aplicare a dispozițiilor legale.
- **Valorificarea rezultatelor înregistrate de instituțiile cu competențe în domeniul achizițiilor publice și creșterea transparenței asupra activității acestora.**
- **Asumarea, ca măsură de bună practică intra-instituțională, sau legiferarea opozabilității concluziilor pe care le trage o instituție cu competențe în domeniul achizițiilor publice, față de respectiva instituție, și, în măsura în care o permite legislația și în funcție de natura și modul de organizare a diverselor instituții, asumarea, ca măsură de bună practică în domeniul cooperării inter-instituționale, sau legiferarea opozabilității concluziilor pe care le trage o instituție cu competențe în domeniul achizițiilor publice, față de celelalte instituții cu competențe similare.**
- **Revizuirea atribuțiilor acordate diferitelor instituții, în materia achizițiilor publice, în sensul eliminării suprapunerilor de competențe.**
- **Organizarea de instruire specifice periodice ale personalului, din cadrul autorităților contractante, implicat în derularea procedurilor de achiziție publică.**

⁴ Întrucât problemele identificate în cadrul *Analizei calitative a problemelor întâmpinate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică*, cu privire la documentația de atribuire, sunt, în mare parte, aceleași cu problemele identificate cu privire la rezultatul procedurii, majoritatea măsurilor propuse pentru reducerea neregulilor sunt identice la ambele categorii de probleme. Din acest motiv, pentru măsurile ce se regăsesc și la capitolul dedicat criticilor formulate la documentația de atribuire, nu s-a mai reluat detalierea modului de aplicare a respectivelor măsuri, decât pentru sublinierea, acolo unde este cazul, a elementelor specifice criticilor formulate la rezultatul procedurii.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

○ **Stimularea specializării personalului cu atribuții în derularea achizițiilor publice și creșterea ratei de menținere a personalului cu expertiză de specialitate.**

○ **Elaborarea unor ghiduri de bună practică și a unor manuale privind procesul de evaluare a candidaturilor/ofertelor.** Aceste instrumente ar trebuie să privească, în special, aspectele care generează cele mai multe probleme în procesul de evaluare, cum ar fi:

- limitele exercitării dreptului autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la oferte;
- semnificația termenilor „completarea ofertei” și „modificarea ofertei”;
- solicitarea de justificări privind prețul aparent neobișnuit de scăzut și modul de verificare a respectivelor justificări, în funcție de tipurile de contracte.

○ **Îmbunătățirea modului de lucru, la nivelul autorităților contractante, prin stimularea colaborării dintre compartimente, în funcție de specificul contractului de achiziție publică.** În mod analog cu abordarea ce ar trebui să existe la elaborarea documentației de atribuire, și în procesul de evaluare a candidaturilor/ofertelor se recomandă implicarea de persoane cu competențe în toate domeniile relevante; astfel, în afara persoanelor cu competențe specifice achizițiilor publice, se recomandă și implicarea, după caz, a persoanelor cu competențe tehnice, juridice, economice/financiare. De asemenea, pentru aspectele ce necesită o expertiză specială, se recomandă ca autoritățile contractante să uzeze de posibilitatea legală a desemnării a unor specialiști externi, în calitate de experți cooptați.

Asigurarea unei nivel corespunzător al competenței persoanelor implicate în procesul de evaluare prezintă, atât pentru autoritățile contractante, cât și pentru operatorii economici implicați, garanția că deciziile luate în procesul de evaluare sunt legale și permite o justificare temeinică și detaliată a respectivelor decizii.

○ În continuarea măsurii menționate anterior, se impune **creșterea gradului de transparență a deciziilor luate de autoritățile contractante.** Asigurarea expertizei necesare pentru evaluarea candidaturilor/ofertelor, tradusă într-o justificare temeinică și detaliată a deciziilor autorităților contractante, trebuie să fie dublată de comunicarea corespunzătoare a acelor justificări.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Aplicarea acestei măsuri ar contribui la o mai bună înțelegere, de către operatorii economici implicați în procedurile de atribuire, a raționamentului autorităților contractante, reducând suspiciunile cu privire la un presupus comportament abuziv și discriminatoriu al acestora din urmă. În consecință, s-ar înregistra o reducere a numărului de contestații introduse împotriva actelor autorităților contractante, în mod nefondat, din cauza necunoașterii, de către contestatori, a justificării autorităților, cu efecte benefice asupra celerității procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică.

De asemenea, **transparența sporită ar trebui să privească și celelalte documente ale procedurii de atribuire, inclusiv candidaturile/ofertele operatorilor economici implicați în procedură.** În acest sens, este indicat ca publicitatea documentelor procedurii să privească toate informațiile, cu excepția celor pe care operatorii economici le-au indicat, expres și motivat, drept confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

○ **Adaptarea interfeței aferente SEAP, pentru a accentua caracterul intuitiv al acesteia și, și adăugarea de noi funcționalități, pentru a răspunde nevoilor specifice ale autorităților contractante.**

Pentru a garanta o înțelegere corectă și o utilizare corespunzătoare a facilităților deja existente, se recomandă ca, în cadrul măsurilor referitoare la organizarea de instruiți și elaborarea de manuale, un accent special să fie pus pe difuzarea informațiilor privind aplicarea procedurilor de atribuire prin utilizarea mijloacelor electronice SEAP.

De asemenea, este necesară o dezvoltare a funcționalităților platformei SEAP, pentru a veni în întâmpinarea nevoilor autorităților contractante, precum și pentru a remedia aspectele revelate de practică (cum ar fi, de exemplu, în cazul majorării prețului contractului, posibilitatea de publicare, pe pagina procedurii, a valorii finale a contractului).

Capitolul 5: Culegere de spețe

5.1. Critici formulate la documentația de atribuire

5.1.1. Cerințe restrictive cu privire la experiența similară, criteriile de calificare, specificații tehnice (D1)

- **Cerințele cu privire la criteriile de calificare (inclusiv experiența similară) trebuie formulate cu luarea în considerare a naturii și complexității contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit**

Speța: Autoritatea contractantă a prevăzut, în documentația de atribuire, următoarele cerințe cu privire la criteriile de calificare:

- *„ofertanții trebuie să facă dovada implementării/dezvoltării, în ultimii 3 ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor, a unui sistem informatic care a inclus cel puțin:*
 - *servicii de analiză, (...) pentru aplicații de tip web (...);*
 - *servicii de analiză, dezvoltare, implementare, testare și instruire pentru sistem electronic de achiziții;*
 - *servicii de configurare/reconfigurare, instalare, baza de date;*
 - *infrastructură hardware de tip server, stocare, networking;*
 - *servicii de furnizare, (...) aplicație software pentru autentificare unitară la aplicații Web pe bază de certificat digital (...);*
- *„demonstrarea experienței se va realiza prin prezentarea a min. 1 și maxim 3 contracte în cadrul cărora s-au livrat produse/servicii similare, în oricare din combinațiile de furnizări/servicii impuse”;*
- *ofertanții trebuie să propună un număr minim de 31 de experți grupați pe 26 de profiluri;*
- *în cazul a 10 profiluri de experți solicitați era specificată următoarea cerință: „participarea în cadrul a cel puțin unui proiect similar (prin proiect similar se înțelege un contract care a avut ca obiect dezvoltarea unui sistem informatic de achiziții)”.*

Mai mulți operatori economici au formulat contestație împotriva documentației de atribuire, principalele argumente fiind:

- *cerința vizând experiența similară are un caracter restrictiv, considerând că îndeplinirea unui număr de 11 cerințe printr-un număr de maxim 3 contracte este restrictivă, ținând cont de faptul că obiectul fiecărei cerințe face obiectul unei soluții și implicit a unui contract distinct și că îndeplinirea experienței similare prin solicitarea prezentării a maxim 3 contracte*

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

limitează accesul la procedură al operatorilor economici ce ar putea îndeplini cerința prin cumularea a mai mult de 3 contracte. Contestatorii afirmă că cerințele privind experiența similară corespund descrierii unui singur proiect de pe piața românească – Sistemul Electronic de Achiziții Publice;

- numărul de 31 de experți solicitați este foarte mare raportat la obiectul contractului;
- prin prisma argumentelor referitoare la cerințele ce privesc dovedirea experienței similare a ofertantului prin implicarea în realizarea unui sistem IT specific (respectiv SEAP), cerința privind experiența specifică a experților constând în participarea la un proiect de dezvoltare a unui sistem informatic de achiziții este vădit restrictivă, aceasta contravenind prevederilor art. 179 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Decizia CNSC: prin raportare la criticile contestatorilor, CNSC reține:

- în ceea ce privește **cerința de experiență similară**, CNSC constată că autoritatea contractantă a stabilit această cerință cu luarea în considerare a naturii, complexității contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, cele 11 activități menționate în cuprinsul acesteia fiind în concordanță cu obiectul contractului și cu scopul și obiectivele proiectului. CNSC nu reține alegațiile contestatorilor vizând faptul că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile Anexei nr. 1, Ordinul ANRM nr. 509/2011, în ceea ce privește contractele de furnizare întrucât prin Fișa de date nu s-a solicitat un număr fix de contracte, ci prezentarea a minim 1 și maxim 3 contracte. CNSC nu reține în soluționare nici critica vizând faptul că un singur operator economic din România ar putea îndeplini în întregime, cerințele vizând experiența similară, întrucât nu sunt suficiente argumente și dovezi concrete;
- în ceea ce privește critica privind **numărul de experți solicitați**, CNSC o respinge ca neîntemeiată, întrucât solicitarea vizează necesitățile proprii ale autorității contractante în legătură cu îndeplinirea contractului. În acest sens, CNSC reține susținerile autorității contractante cu privire la faptul că în cadrul acestui contract un specialist nu ar putea să realizeze simultan mai multe sarcini, responsabilitățile acestora fiind bine delimitate, ținând cont de natura și complexitatea contractului;
- în ceea ce privește critica vizând **experiența specifică a 10 experți în domeniul achizițiilor**, Consiliul a constatat că cerința nu are caracter

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

restrictiv întrucât obiectul contractului se referă la furnizarea de produse HW, SW, COMM, în vederea implementării sistemului informativ colaborativ pentru mediu performant de desfășurare a achizițiilor publice. Astfel cerința respectivă prezintă relevanță, nefiind disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondate, contestațiile formulate împotriva documentației de atribuire.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1254.pdf

Unul dintre contestatori a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând să se dispună remedierea cerințelor disproporționate și restrictive ale documentației de atribuire, conform detaliilor din motivarea plângerii, iar, în subsidiar, în situația în care se constată imposibilitatea remedierii aspectelor sesizate, să se dispună anularea procedurii de atribuire.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei, ca nefondată, pentru următoarele considerente:

- Curtea a reținut că autoritatea contractantă a stabilit cerința privind experiența similară cu luarea în considerare a naturii și complexității contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit;
- referitor la criticile privind numărul de experți solicitați Curtea a constatat că acestea sunt nefondate, cerințele fiind determinate de complexitatea contractului de achiziție publică. Astfel, numărul mare de experți solicitați a fost determinat de faptul că activitățile în care sunt implicați vor fi derulate pe întreaga perioadă de execuție a contractului și, prin urmare, nu se acceptă propunerea unor persoane de specialitate care să ocupe mai multe poziții tocmai pentru a se asigura disponibilitatea completă a experților;
- Curtea consideră că cerințele privind experiența specifică a celor 10 experți este justificată, respectând principiul proporționalității, și nu are caracter restrictiv, întrucât participarea acestor experți la un proiect similar conferă acestora înțelegerea gestionării competente precum și a riscurilor pe care le presupun sistemele electronice de achiziții publice.

- **Specificațiile tehnice trebuie să redea cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante**

Speța: Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări, prin cerere de oferte, având ca obiect Documentația de atribuire prevedea, printre altele, o serie de specificații tehnice, printre care:

- la „*specificația tehnică numărul 1 – Lampă de operație cu satelit și pregătire pentru camera video*”, se solicită, printre altele: „*rotirea brațelor în plan vertical 360° fără oprire*” și „*rotirea cupolei în plan vertical minim 400° fără oprire*”;
- la „*specificația tehnică nr. 9 Aparat de anestezie*” se solicită, printre altele: „*sistem de anestezie format din aparat de anestezie cu ventilator electric integrat*”.

Împotriva documentației de atribuire a formulat contestație ..., lider al Asocierii dintre ... și ..., față de cerințele menționate mai sus, contestatorul formulând următoarele critici:

- prin raportare la cerințele privind „*specificația tehnică numărul 1 – Lampă de operație cu satelit și pregătire pentru camera video*”, contestatorul a susținut că acestea sunt restrictive și indică o anumită categorie de lămpi, în acest context alte lămpi fiind neconforme în raport cu cerințele caietului de sarcini;
- prin raportare la cerința privind „*specificația tehnică nr. 9 Aparat de anestezie*”, contestatorul susține că aceasta se execută de către un anumit producător și are un caracter restrictiv pentru echipamentele superioare din punct de vedere al tehnologiei folosite; astfel, un echipament ce folosește un ventilator cu comandă electro-pneumatică este neconform cu cerințele caietului de sarcini.

Decizia CNSC: CNSC respinge criticile, ca nefondate, întrucât contestatorul nu a precizat modul în care trebuie efectuate modificările solicitate, ci se limitează la a susține că specificațiile tehnice stabilite de autoritate și a căror modificare o solicită corespund unui singur produs; de asemenea, contestatorul nu prezintă dovezi din care să rezulte că modificarea cerințelor criticate conduc la obținerea unui produs care să asigure necesitățile autorității contractante.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația formulată împotriva documentației de atribuire.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1348.pdf

Operatorul economic a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând să se dispună, în principal, obligarea autorității contractante la eliminarea tuturor specificațiilor tehnice discriminatorii din fișa de date a achiziției și caietul de sarcini și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, după remedierea caietului de sarcini, în conformitate cu normativele și prevederile legale în vigoare, iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, întrucât prin modificările aduse la documentația de atribuire autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsurile corecte fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) din OUG nr. 34/2006.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei, ca fiind nefondată, pentru următoarele considerente:

Specificațiile tehnice din caietul de sarcini nu reprezintă obstacole nejustificate, deoarece, precizarea acestor specificații tehnice este justificată de necesitatea descrierii fiecărui produs, serviciu și lucrare în așa manieră încât să corespundă nivelului de calitate al achiziției dorite de autoritatea contractantă.

Prin modificările cerute de petentă nu s-ar mai satisface cerințele intimei pentru o astfel de achiziție, deoarece aceste modificări ar duce la achiziționarea altor tipuri de aparate medicale, cu alte caracteristici tehnico-constructive decât cele avute în vedere de autoritatea contractantă.

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică D1:

- Cauza C-234/03, privind procedura Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA vs Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), fostul Instituto Nacional de la Salud (Insalud);
- Cauza C-465/11, privind procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z.o.o. vs Poczta Polska SA;
- Cauza C-368/10, privind procedura Comisia Europeană vs Regatul Țărilor de Jos.

- **Criteriile de calificare, impuse de autoritatea contractantă, trebuie să îndeplinească o serie de condiții cumulative⁵**

Cauza: C-234/03, privind procedura Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA vs Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), fostul Instituto Nacional de la Salud (Insalud).

Speța: În baza a două decizii, din 24 mai 2000, Insalud a lansat proceduri de cereri de ofertă pentru furnizarea de servicii de terapii respiratorii la domiciliu și alte tehnici de respirație asistată în provinciile Cáceres și Badajoz.

Ca și condiție de admitere, în cererile de oferte s-a stipulat că ofertantul trebuie să dispună de cel puțin un birou deschis publicului, cel puțin 8 ore pe zi, dimineața și după-amiaza, cinci zile pe săptămână, în capitala provinciei în cauză. Reclamantele au contestat legalitatea acestei condiții de admitere.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Curții, din 27 octombrie 2005, pronunțată în cauza C-234/03, s-a decis că art. 49 TCE⁶ nu permite ca o autoritate contractantă să prevadă, în documentația de atribuire a unui contract de achiziție publică privind servicii sanitare de terapii respiratorii la domiciliu și alte tehnici de respirație asistată, o condiție de admitere⁷ care obligă ca întreprinderea ofertantă să dispună, la momentul depunerii ofertei, de un birou deschis publicului în capitala provinciei unde serviciul trebuie furnizat, în măsura în care această condiție este aplicată într-un mod discriminatoriu, nu este justificată de motive imperative de interes general, nu este adecvată pentru atingerea scopului urmărit, sau merge dincolo de ceea ce este necesar pentru atingerea scopului urmărit.

Într-o formulare pozitivă, condițiile cumulative pe care trebuie să le îndeplinească, în general, măsurile naționale ce pot limita sau ce pot face mai puțin atractiv exercițiul libertăților fundamentale garantate prin art. 43 TCE⁸ și prin art. 49 TCE⁹ (pct. 25), respectiv, în speță, condițiile cumulative pe care

⁵ Legislația corespondentă din România: art. 178 alin. (2), art. 179 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 7, art. 8 alin. (1), art. 9 din HG nr. 925/2006.

⁶ În prezent, art. 56 TFUE.

⁷ Termen ce poate fi asimilat, prin raportare la terminologia utilizată în legislația românească din materia achizițiilor publice, criteriului de calificare.

⁸ În prezent, art. 49 TFUE.

⁹ În prezent, art. 56 TFUE.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

trebuie să le îndeplinească, ca orice măsură națională, o condiție de admitere impusă de autoritatea contractantă sunt următoarele (pct. 35 – 46):

- a) măsura națională trebuie să se aplice în mod nediscriminatoriu;
- b) măsura națională trebuie să fie justificată de motive imperative de interes general;
- c) măsura națională trebuie să fie adecvată pentru atingerea scopului urmărit;
- d) măsura națională nu trebuie să meargă dincolo de ceea ce este necesar pentru atingerea scopului urmărit.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-234/03>

- **Dreptul statelor membre de a preciza, în legislația națională, condițiile de aplicare a criteriilor de calificare, prevăzute de legislația comunitară în materia achizițiilor publice, trebuie circumscris principiilor și normelor stabilite de respectiva legislație comunitară¹⁰**

Cauza: C-465/11, privind procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z.o.o. vs Poczta Polska SA.

Speța: Conform art. 45 alin. (2) lit. (d) din Directiva 2004/18/CE, poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic, care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica. Ultima teză a art. 45 alin. (2) lit. (d) din Directiva 2004/18/CE prevede dreptul statelor membre de a preciza, în temeiul dreptului intern și prin respectarea dreptului comunitar, condițiile de aplicare a respectivului alineat. Directiva 2004/17/CE cuprinde norme de trimitere către prevederea citată din Directiva 2004/18/CE.

Legea din 29 ianuarie 2004 privind achizițiile publice (legislația națională poloneză în materie), cu modificările și completările ulterioare, includea dispoziția, conform căreia „*sunt excluși de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice operatorii economici în raport cu care autoritatea contractantă în cauză a reziliat, a anulat sau a denunțat unilateral contractul de atribuire încheiat anterior, din motive imputabile operatorului economic respectiv, în cazul în care rezilierea, anularea ori denunțarea unilaterală a*

¹⁰ Legislația corespondentă din România: art. 181 din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

contractului a survenit într-un interval de trei ani înainte de inițierea procedurii de atribuire a contractului, iar valoarea prestației neexecutate reprezintă cel puțin 5% din valoarea contractului”.

Poczta Polska, în calitate de entitate contractantă în sensul Directivei 2004/17/CE, a inițiat o procedură deschisă pentru atribuirea unui contract de achiziții publice; Poczta Polska a considerat că ofertele depuse de Forposta SA și ABC Direct Contact sp. z o.o. erau cele mai avantajoase pentru anumite loturi cuprinse în contract și le-a invitat să încheie un contract.

La data fixată pentru încheierea contractului, Poczta Polska a anulat însă atribuirea pe motivul că operatorii economici care prezentaseră ofertele selecționate trebuiau, în mod imperativ, să fie excluși de la procedură în temeiul prevederilor citate mai sus din legislația poloneză din materia achizițiilor publice.

Cele două societăți au atacat decizia entității contractante la instanța competentă din Polonia, afirmând că dispoziția națională în cauză este contrară art. 45 alin. (2) primul paragraf lit. (d) din Directiva 2004/18/CE.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Curții, din 13 decembrie 2012, pronunțată în cauza C-465/11, s-a declarat că art. 45 alin. (2) primul paragraf lit. (d) din Directiva 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care prevede că există o abatere profesională gravă care conduce la excluderea automată a operatorului economic în cauză de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în curs, în ipoteza în care, din motive imputabile acestui operator economic, autoritatea contractantă a reziliat, a anulat sau a denunțat unilateral un contract de achiziții publice precedent încheiat cu operatorul menționat, dacă rezilierea, anularea ori denunțarea unilaterală a contractului a survenit într-un interval de trei ani înainte de inițierea procedurii în curs, iar valoarea părții neexecutate din contractul de achiziții publice precedent se ridică la cel puțin 5% din valoarea totală a acestui contract.

În motivare, Curtea a punctat că noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se, în mod normal, la un comportament al operatorului economic în cauză, care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă (pct. 30).

Spre deosebire de această abordare, Curtea a arătat că, dimpotrivă, reglementarea națională în discuție determină ea însăși parametrii, pe baza cărora un comportament trecut al unui operator economic obligă autoritatea contractantă în cauză să excludă în mod automat acest operator de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice nou-încheiat, fără a lăsa acestei autorități contractante posibilitatea de a aprecia, de la caz la caz, gravitatea comportamentului pretins culpabil al operatorului menționat în cadrul executării contractului precedent (pct. 34).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-465/11>

- **În cazul în care prevăd, ca specificații tehnice, caracteristici de mediu, în termeni de performanțe sau de cerințe funcționale, autoritățile contractante pot utiliza specificații detaliate definite de etichetele ecologice europene sau multi(naționale), însă nu pot face referire, exclusiv, la respectivele etichete, în sine**¹¹

Cauza: C-368/10, privind procedura Comisia Europeană vs Regatul Țărilor de Jos.

Speța: La 16 august 2008, a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, la cererea provinciei olandeze Noord-Holland, un anunț de participare la atribuirea unui contract de achiziții publice pentru livrarea și gestionarea unor distribuitoare de cafea începând de la 1 ianuarie 2009.

Intitulată „Cerințe minime 1: Set de cerințe”, secțiunea 1 din subcapitolul 5.2 din caietul de sarcini aferent procedurii, făcea trimitere la o anexă distinctă și preciza că ofertanții trebuie să se conformeze setului de cerințe astfel cum a fost formulat. Anexa A la caietul de sarcini, intitulată „Set de cerințe”, includea și pct. 31:

¹¹ Legislația corespondentă din România: art. 37 din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

„În ceea ce privește consumul de cafea și de ceai, provincia Noord-Holland utilizează etichetele de calitate MAX HAVELAAR și EKO. [...] [Aprecieri:] cerință[.]”

Comisia Europeană a considerat că au fost încălcate dispozițiile Directivei 2004/18/CE și a decis să introducă acțiune în fața Curții, printre temeiurile invocate fiind:

- a) încălcarea art. 23 alin. (6) din Directiva 2004/18/CE, în ceea ce privește utilizarea etichetei EKO;
- b) încălcarea art. 23 alin. (8) din Directiva 2004/18/CE, în ceea ce privește utilizarea etichetei MAX HAVELAAR.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 10 mai 2012, pronunțată în cauza C-368/10, prin faptul că a impus în caietul de sarcini obligația ca anumite produse care urmau să fie furnizate să poarte o anumită etichetă ecologică (în speță, eticheta EKO) în loc să utilizeze specificațiile detaliate definite de această etichetă ecologică, provincia Noord-Holland a stabilit o specificație tehnică incompatibilă cu art. 23 alin. (6) din Directiva 2004/18/CE.

În acest sens, conform motivării Curții, din prevederile primului paragraf al art. 23 alin. (6) din Directiva 2004/18/CE, rezultă că, în ceea ce privește caracteristicile de mediu, acesta conferă autorităților contractante posibilitatea de a recurge la specificațiile detaliate ale unei etichete ecologice, însă nu la o etichetă ecologică în sine (pct. 63).

Pentru a facilita verificarea respectării unei astfel de cerințe, al doilea paragraf al art. 23 alin. (6) din Directiva 2004/18/CE autorizează, în plus, autoritățile contractante să prezume că produsele care prezintă etichete ecologice, pentru care au fost utilizate specificațiile detaliate, respectă specificațiile tehnice în cauză. Acest al doilea paragraf nu extinde totuși domeniul de aplicare al primului paragraf al art. 23 alin. (6), întrucât nu permite să se recurgă la însăși eticheta ecologică decât în mod secundar, ca dovadă că îndeplinește „*specificațiile tehnice definite în caietul de sarcini*” (pct. 64). Astfel, în conformitate cu al doilea paragraf al art. 23 alin. (6) din Directiva 2004/18/CE, autoritățile contractante trebuie să admită orice alt mijloc de probă corespunzător, cum ar fi un dosar tehnic al producătorului sau un raport de testare al unui organism recunoscut (pct. 65).

În ceea ce privește motivul de critică referitor la utilizarea etichetei MAX HAVELAAR, Curtea a considerat că acesta este inadmisibil, pentru că cele patru

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

criterii pe care se bazează această etichetă nu corespund definiției noțiunii de specificație tehnică utilizată la pct. 1 lit. (b) din anexa VI la Directiva 2004/18/CE (pct. 74), ci se subscriu noțiunii „*condiții de executare a contractului*”, în sensul art. 26 din Directiva 2004/18/CE (pct. 75).

Având însă în vedere că în cadrul procedurii precontencioase, precum și, de altfel, în cadrul cererii introductive, Comisia a criticat clauza vizată din caietul de sarcini, exclusiv în temeiul art. 23 alin. (8) din Directiva 2004/18/CE, invocând numai în stadiul memoriului său în replică faptul că argumentarea dezvoltată în această privință s-ar aplica *mutatis mutandis* unei condiții de executare, care intră sub incidența art. 26 din Directiva 2004/18/CE (pct. 77), iar obiectul unei acțiuni formulate în temeiul art. 258 TFUE este delimitat de procedura precontencioasă prevăzută la acest articol (pct. 78), acest motiv a trebuit respins ca inadmisibil.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-368/10>

5.1.2. Criterii de atribuire și factori de evaluare fără algoritm de calcul, cu algoritm de calcul netransparent sau subiectiv (D2)

- **Factorii de evaluare utilizați trebuie să aibă o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit și să reflecte un avantaj real pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorilor respectivi**

Speța: Autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire având ca obiect „*Achiziție manuale școlare pentru clasa I și a II-a*”, criteriul de atribuire fiind oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic. Documentația de atribuire menționează 7 factori de evaluare, modul de punctare fiind următorul: „*fiecare dintre indicatorii corelați criteriilor de notare au fost elaborați pe trei niveluri de performanță, corespunzător punctajelor 5, 7 și 9 din 10 puncte posibile. Se acordă 6 puncte atunci când proiectul de manual școlar depășește indicatorul pentru 5 puncte, dar nu atinge standardele corespunzătoare pentru 7 puncte. În mod similar se acordă 8 puncte. Se acordă 10 puncte atunci când standardul pentru 9 puncte este depășit*”.

De exemplu, descriptorii de performanță Corectitudinea științifică a itemilor de evaluare/autoevaluare sunt:

Indicator	Descriptori	Punctaj
1. Structurarea conținutului proiectului de manual școlar pentru eficientizarea învățării.	1.1. în toate conținuturile proiectului de manual școlar este realizată structurarea textului, prin evidențierea elementelor de conținut cu elemente grafice/multimedia (alineate, chenare, tabele, culori/nuanțe distincte; marcaje etc.), exprimare clară, coerență, asigurând eficientizarea învățării și realizarea finalităților programei școlare.	9
	1.2. în general, în conținuturile proiectului de manual școlar este realizată structurarea textului, prin evidențierea elementelor de conținut cu elemente grafice/multimedia (alineate, chenare, tabele, culori/nuanțe distincte, marcaje etc.), exprimare clară, coerență, asigurând înțelegerea conținuturilor.	7

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

	1.3. structurarea textului este realizată parțial pe parcursul proiectului de manual școlar, prin evidențierea elementelor de conținut cu elemente grafice/multimedia (alineate, chenare, tabele, culori/nuanțe distincte, marcaje etc.), exprimare clară, coerență, asigurând prezentarea conținuturilor.	5
--	--	---

Operatorul economic ... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, invocând, printre altele, că, în aplicarea mențiunii din documentația de atribuire, citată mai sus, *„pentru 5 puncte, adică minimul ce se punctează, solicitarea este extrem de vagă, lăsând la aprecierea subiectivă a autorității în ce măsură structurarea textului este realizată parțial, neputând fi cuantificată o astfel de structurare, astfel încât să permită o evaluare corectă și imparțială a ofertelor. Pentru 7 puncte, proiectul de manual școlar trebuie să prezinte în general o structurare a textului, iar pentru acordarea punctajului intermediar de 6 puncte, respectiv 8 puncte, singura modalitate de evaluare descrisă este depășirea indicatorului pentru aceste puncte, fără să fie atinse solicitările pentru punctajul următor”*.

De asemenea, un alt operator economic a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, apreciind, printre altele, că, prin modul în care a înțeles să formuleze factorii de evaluare, autoritatea contractantă a lăsat în mod voit și intenționat la latitudinea fiecărui membru al comisiei de evaluare, posibilitatea punctării subiective a ofertelor tehnice, creând în acest fel condiții de favorizare a unor ofertanți.

Decizia CNSC: Analizând respectarea prevederilor legale în stabilirea factorilor de evaluare aferenți criteriului de atribuire *„oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”*, CNSC a ajuns la concluzia că nu se impune anularea sau modificarea factorilor de evaluare și implicit nu se impune anularea procedurii potrivit prevederilor art. 199 alin (5) din O.U.G. nr.34/2006.

Astfel, toate cele 7 criterii tehnice (factori de evaluare componenți ai punctajului tehnic) au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit și reflectă un avantaj real pe care autoritatea contractanta îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv. De asemenea, ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

tehnic (adică între 5% și 10% din punctajul total) nu este exagerată și nu conduce la distorsionarea rezultatului procedurii.

CNSC subliniază, de asemenea, că, teoretic, există și posibilitatea unor aprecieri subiective din partea membrilor comisiei de evaluare, dar această situație nu poate fi evitată deoarece conținutul, structura și prezentarea unui manual școlar sunt la fel de importante ca și prețul acestuia.

În concluzie, CNSC apreciază că nu au fost încălcate prevederile legislative în stabilirea factorilor de evaluare tehnici, a algoritmului de calcul și a ponderii acestora, celor 17 membri ai comisiei de evaluare (cu sprijinul evaluatorilor specializați coopțați) revenindu-le responsabilitatea majoră a acordării corecte și obiective a punctajelor pentru fiecare ofertă.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondate, criticile referitoare la factorii de evaluare.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1474.pdf

Operatorii economici au formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând să se dispună anularea procedurii achiziției publice, din cauza numeroaselor abateri grave de la prevederile legislative, sau, în subsidiar, obligarea autorității contractante la remedierea actelor atacate în contestație.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerile conexasle ale petentelor, ca nefondate, pentru următoarele considerente:

În ceea ce privește posibilitatea ca acești factori să fie evaluați subiectiv de către comisia de evaluare, Curtea constată că s-au luat o serie de măsuri pentru a se evita o astfel de apreciere subiectivă, nu numai prin detalierea factorilor și indicarea punctajului ce se acordă fiecăruia dintre ei, ci și prin faptul că evaluarea manualelor școlare urmează să se realizeze după metodologia prevăzută în Ordinul MEN 5559/2013 și anume, de către cadre didactice cărora li se formează competențe necesare pentru realizarea și desfășurarea acestui proces.

Fiecare manual va fi evaluat de către 5 evaluatori care vor acorda punctaje proprii, iar în situația în care punctajul diferă cu mai mult de 5 puncte se aplică o procedură pentru a se diminua diferențele dintre punctajele acordate de

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

evaluatori. De asemenea, fiecare evaluator este obligat să menționeze nu numai punctajul acordat, dar și argumente și exemple care susțin acest punctaj.

Curtea consideră că toate elementele de mai sus sunt de natură să înlăture o posibilă evaluare subiectivă a manualelor școlare oferite.

- **Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care nu reflectă un avantaj real și evident pe care îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv**

Speța: Prin anunțul de participare, autoritatea contractantă a ales criteriul de atribuire „*oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*”, factorii de evaluare și ponderea aferentă acestora fiind:

1. „*Prețul ofertei – 60%*;
2. *Identificarea, descrierea și argumentarea riscurilor care pot afecta execuția contractului – 20%*;
3. *Recomandări de reducere/eliminare a riscurilor identificate fără afectarea cerințelor caietului de sarcini – 20%*”.

În documentația de atribuire s-a mai specificat că „*ofertanții vor identifica, descrie și argumenta, până la limita maximă de 50 de riscuri care pot afecta execuția contractului*”.

Conform documentației de atribuire, pentru factorul de evaluare „*Identificarea, descrierea și argumentarea riscurilor care pot afecta execuția contractului*”, punctajul se acordă astfel:

„*Se vor contabiliza toate riscurile care decurg din procesul efectiv de prestare a activităților necesare atingerii rezultatelor proiectului, așa cum sunt analizate de către fiecare ofertant în parte în cadrul propunerii tehnice, în vederea obținerii numărului maxim de riscuri identificate de către toți ofertanții din cadrul procedurii de atribuire (notat NR (maxim)).*

a) pentru ofertele cu număr maxim de riscuri identificate notat NR (maxim) se acordă 20 de puncte.

b) pentru ofertele cu număr mai mic de riscuri decât NR (maxim) punctajul P2(n) se calculează proporțional, astfel: $P2(n) = [NR(n) / NR(maxim)] \times 20$ pct.

Notă: i. Pentru un NR mai mare de 50, ofertele nu sunt punctate suplimentar.[...]

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

iii. *Autoritatea contractantă va evalua și va puncta acele oferte care prezintă/identifică riscuri suplimentare față de cele identificate în caietul de sarcini.*"

Prevederi similare sunt incluse și în ceea ce privește modul de determinare a punctajului acordat în baza factorului de evaluare „*Recomandări de reducere/eliminare a riscurilor identificate fără afectarea cerințelor caietului de sarcini*”.

Împotriva documentației de atribuire a fost formulată contestație, contestatoarea apreciind că, în ceea ce privește factorii de evaluare „*Identificarea, descrierea și argumentarea riscurilor care pot afecta execuția contractului*” și, respectiv, „*Recomandări de reducere/eliminare a riscurilor identificate, fără afectarea cerințelor caietului de sarcini*” se poate constata că, indiferent de numărul de riscuri/recomandări de reducere a riscurilor (peste numărul de 50 menționat ca fiind maxim) pe care le-ar identifica un ofertant, ponderea obținută pentru factorul de evaluarea ar fi de 20%.

Astfel, susține contestatoarea, se creează situația în care indiferent dacă un ofertant identifică doar un număr de 50 de riscuri/recomandări de reducere a riscurilor, iar un alt ofertant 2.000 de riscuri/recomandări de reducere a riscurilor, viabile și care pot apărea în perioada de desfășurare a contractului, ambii ofertanți primesc același punctaj (20 de puncte). Față de cele prezentate, autoarea contestației a apreciat că singurul criteriu care va sta la baza desemnării ofertei câștigătoare va fi prețul ofertei.

Decizia CNCSC: Criticile petentei au fost analizate prin raportare la dispozițiile art. 15 alin 2 lit. b) din HG nr. 925/2006 și la considerentele pct. 46 justificativ din Directiva 2004/18/CE coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, conform căroră *“pentru a garanta egalitatea de tratament, criteriile de atribuire trebuie să permită compararea și evaluarea ofertelor în mod obiectiv”*.

CNCSC subliniază, astfel, că, în condițiile în care, prin documentația de atribuire s-a precizat că *„riscurile (...) care în mod evident nu influențează execuția contractului și/sau care nu sunt descrise sub forma unei liste (numerotată în ordine crescătoare) nu vor fi numărate”* și respectiv *„recomandările care nu au fost descrise și argumentate, ori cele care nu pot avea impact în mod evident în desfășurarea activității și/sau care nu sunt descrise sub forma unei liste (numerotată în ordine crescătoare) nu vor fi numărate”*, entitatea contractantă

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

a impus reguli subiective de apreciere a ofertelor, lăsând la discreția comisiei de evaluare aprecierea dacă riscurile prezentate de către ofertanți influențează, sau nu, execuția contractului și, mai mult, posibilitatea de neluare a acestora în considerare, chiar dacă ar avea influență asupra derulării proiectului, pe motiv că „nu sunt descrise sub forma unei liste (numerotata în ordine crescătoare)”.

Totodată, impunând regula ca „pentru un NR mai mare de 50 ofertele nu vor fi punctate suplimentar”, autoritatea contractantă a creat premisa ca toți ofertanții să prezinte cele 50 de NR, factorul de evaluare respectiv fiind rămas fără eficiență, caz în care sunt încălcate prevederile art. 15 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006 potrivit cărora: „Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care: (...) b) nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv”.

Prin urmare, CNSC admite contestația și anulează documentația de atribuire și procedura de atribuire în integralitatea sa.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_0844.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică D2:

- Cauza C-31/87, privind procedura Gebroeders Beentjes BV vs Olanda;
- Cauza C-234/03, privind procedura Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA vs Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), fostul Instituto Nacional de la Salud (Insalud);
- Cauza C-226/09, privind procedura Comisia Europeană vs Irlanda;
- Cauza C-513/99, privind procedura Concordia Bus Finland Oy Ab vs Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne;
- Cauza C-448/01, privind procedura EVN AG și Wienstrom GmbH vs Republica Austria;
- Cauza C-368/10, privind procedura Comisia Europeană vs Regatul Țărilor de Jos.

- **Autoritatea contractantă are obligația de a menționa, în documentele procedurii (anunțul de participare/caietul de sarcini/documentația descriptivă), factorii de evaluare pe care îi va lua în calcul pentru a identifica oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic¹²**

Cauza: C-31/87, privind procedura Gebroeders Beentjes BV vs Olanda.

Speța: În cadrul unui litigiu dintre Gebroeders Beentjes BV și Ministerul Agriculturii și Pescuitului din Olanda, având ca obiect o invitație de participare pentru atribuirea unui contract de achiziții publice de lucrări referitoare la o operațiune de consolidare a terenului, s-a ridicat, printre altele, o întrebare referitoare la legalitatea utilizării criteriului de atribuire „*cea mai acceptabilă ofertă*”.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Curții, din 20 septembrie 1988, pronunțată în cauza C-31/87, s-a decis că un criteriu de atribuire privind „*cea mai acceptabilă ofertă*”, așa cum este prevăzut în legislația națională, poate fi compatibil cu Directiva 71/305/CEE¹³, dacă acest criteriu exprimă puterea de apreciere conferită autorităților contractante pentru a identifica oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, pe baza unor criterii obiective, și dacă acest criteriu nu presupune un element de alegere arbitrară.

De asemenea, s-a reținut că, în situația în care autoritățile contractante nu utilizează, drept unic criteriu de atribuire prețul cel mai scăzut, ci apelează la diverse criterii pentru a atribui contractul către oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, respectivele autorități au obligația de a prezenta acele criterii în anunțul de participare sau în caietul de sarcini.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-31/87>

¹² Legislația corespondentă din România: art. 199 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 și art. 14 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

¹³ Directiva 71/305/CEE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, abrogată prin Directiva 93/37/CEE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, abrogată prin Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.

- **Factorii de evaluare, impuși de autoritatea contractantă, trebuie să îndeplinească o serie de condiții cumulative¹⁴**

Cauza: C-234/03, privind procedura Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA vs Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), fostul Instituto Nacional de la Salud (Insalud).

Speța: În baza a două decizii, din 24 mai 2000, Insalud a lansat proceduri de cereri de ofertă pentru furnizarea de servicii de terapii respiratorii la domiciliu și alte tehnici de respirație asistată în provinciile Cáceres și Badajoz.

Prin cererile de oferte, s-au impus și următorii factori de evaluare:

- a) La secțiunea „*echipamente*”, în partea referitoare la furnizarea oxigenului în butelii de gaz sub presiune, s-a stipulat că un maxim de 4,6 puncte, stabilit în funcție de producția anuală totală, se acordă dacă, la momentul depunerii ofertelor, ofertantul deține cel puțin două fabrici de producție a oxigenului, situate într-o rază de 1.000 km față de provincia în cauză. Jumătate de punct se acordă, de asemenea, dacă, la momentul depunerii ofertelor, ofertantul deține cel puțin o fabrică de pregătire a buteliilor și cel puțin o fabrică de îmbuteliere a oxigenului, situate, în ambele cazuri, într-o rază de 1.000 km față de provincia în cauză.
- b) La secțiunea „*furnizarea serviciilor*”, s-a prevăzut că existența, la momentul depunerii ofertelor, a unor birouri deschise publicului, cel puțin 8 ore pe zi, dimineața și după-amiaza, cinci zile pe săptămână, în anumite orașe ale provinciei în cauză, poate conduce la acordarea a până la, cel mult, 0,9 puncte suplimentare (câte 0,3 puncte pentru fiecare dintre cele trei oraș menționate în cererile de oferte).

Potrivit cererilor de oferte, contractul urma să fie atribuit întreprinderii, a cărei ofertă obține cel mai mare punctaj. În caz de punctaje egale, oferta cu cea mai bună evaluare tehnică urma să fie declarată câștigătoare. Dacă egalitatea se menținea, urma să fie declarată câștigătoare întreprinderea care a mai furnizat, în trecut, serviciile în cauză.

Reclamantele au contestat legalitatea acestor factori de evaluare.

¹⁴ Legislația corespondentă din România: art. 199 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 15 alin. (1)-(3) din HG nr. 925/2006.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Curții, din 27 octombrie 2005, pronunțată în cauza C-234/03, s-a decis că art. 49 TCE¹⁵ nu permite ca o autoritate contractantă să prevadă în documentația de atribuire a unui contract de achiziție publică privind servicii sanitare de terapii respiratorii la domiciliu și alte tehnici de respirație asistată, un factor de evaluare care punctează existența, la momentul depunerii ofertei, unor fabrici de producție, pregătire și îmbuteliere a oxigenului, situate într-o rază de 1.000 km față de provincia unde serviciul trebuie furnizat, respectiv a unor birouri deschise publicului, în alte localități decât cele specificate, și care, în caz de egalitate între mai mulți ofertanți, favorizează întreprinderea ce a mai furnizat, în trecut, serviciile în cauză, în măsura în care acest factor este aplicat într-un mod discriminatoriu, nu este justificat de motive imperative de interes general, nu este adecvat pentru atingerea scopului urmărit, sau merge dincolo de ceea ce este necesar pentru atingerea scopului urmărit.

Într-o formulare pozitivă, condițiile cumulative pe care trebuie să le îndeplinească, în general, măsurile naționale ce pot limita sau ce pot face mai puțin atractiv exercițiul libertăților fundamentale garantate prin art. 43 TCE¹⁶ și prin art. 49 TCE¹⁷ (pct. 25), respectiv, în speță, condițiile cumulative pe care trebuie să le îndeplinească, ca orice măsură națională, un factor de evaluare impus de autoritatea contractantă sunt următoarele (pct. 49):

- a) măsura națională trebuie să se aplice în mod nediscriminatoriu;
- b) măsura națională trebuie să fie justificată de motive imperative de interes general;
- c) măsura națională trebuie să fie adecvată pentru atingerea scopului urmărit;
- d) măsura națională nu trebuie să meargă dincolo de ceea ce este necesar pentru atingerea scopului urmărit.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-234/03>

¹⁵ În prezent, art. 56 TFUE.

¹⁶ În prezent, art. 49 TFUE.

¹⁷ În prezent, art. 56 TFUE.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- **Autoritatea contractantă are obligația de a nu modifica ponderea factorilor de evaluare, pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor¹⁸**

Cauza: C-226/09, privind procedura Comisia Europeană vs Irlanda.

Speța: La 16 mai 2006, Ministerul Justiției, Egalității și al Reformei Legislative, din Irlanda, a publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JO S 92), sub numărul 2006/S 92-098663, un anunț de participare pentru atribuirea unui contract de prestare de servicii de interpretare și de traducere¹⁹ pentru mai multe instituții competente în materia azilului. Criteriul de atribuire utilizat era oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, stabilită pe baza a șapte criterii.

În anunțul de participare se preciza că cele șapte criterii prevăzute nu erau enumerate în ordinea descrescătoare a importanței, însă, în invitația de participare, care menționa aceleași criterii, nu se prevedea, în mod expres, că respectivele criterii nu erau enumerate în ordinea descrescătoare a importanței. Astfel, ponderea relativă a fiecăruia dintre cele șapte criterii alese pentru a determina oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic din perspectiva autorității contractante, nu fusese precizată nici în anunțul de participare, nici în invitația de prezentare a ofertelor.

La data limită de depunere a ofertelor, respectiv 9 iunie 2006, membrii comisiei de evaluare au primit o grilă de evaluare care preconiza aplicarea unei anumite ponderi relative a celor șapte criterii în cauză.

La 22 iunie 2006, în cadrul primei sale reuniuni, în urma unei solicitări venite din partea unuia dintre membri, comisia de evaluare a decis să modifice ponderea relativă a criteriilor, înainte de a evalua, în mod colectiv, ofertele prezentate. În continuare, comisia menționată a trecut la evaluarea ofertelor și la atribuirea contractului, aplicând noua pondere relativă a celor șapte criterii, care fusese aprobată.

În urma unei plângeri, Comisia a inițiat, în cursul lunii mai 2007, un schimb de corespondență cu Irlanda și, având în vedere în special răspunsurile oferite de Irlanda, Comisia a considerat că procedura de atribuire a contractului în litigiu

¹⁸ Legislația corespondentă din România: art. 199 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

¹⁹ Servicii care intră în categoria serviciilor neprioritare menționate în anexa II B la Directiva 2014/18/CE.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

se desfășurase cu încălcarea principiului egalității de tratament și a obligației de transparență care decurge din acesta și, în consecință, a decis să introducă acțiune în fața Curții, invocând, în principiu, două motive:

- a) faptul că ponderea criteriilor de atribuire a fost efectuată după expirarea termenului de prezentare a ofertelor;
- b) faptul că s-a procedat la modificarea ponderii criteriilor, după o examinare inițială a ofertelor depuse.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Curții, din 18 noiembrie 2010, pronunțată în cauza C-226/09, s-a decis, cu privire la cele două motive invocate de Comisie:

I. Primul motiv a fost respins ca neîntemeiat. Pentru luarea acestei decizii, Curtea a reținut că simpla solicitare a Irlandei de inserare a anunțului de participare pentru contractul în litigiu, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, deși contractul făcea parte din anexa II B la Directiva 2014/18/CE, nu determină în niciun caz obligația acestui stat membru de a atribui contractul respectiv în conformitate cu articolele din Directiva 2014/18/CE, care se aplică în privința contractelor de achiziții publice ce fac parte din anexa II A la aceasta (pct. 40).

În acest sens, obligația de a menționa ponderea relativă pentru fiecare dintre criteriile de atribuire, în etapa publicării anunțului de participare, astfel cum prevede, în prezent, art. 53 alin. (2) din Directiva 2014/18/CE, nu se poate extinde, în lipsa unei dispoziții specifice în acest sens în directiva menționată, până la a impune ca, în cadrul contractelor nesupuse unei dispoziții precum art. 53, ponderea relativă a criteriilor utilizate de autoritatea contractantă să fie determinată în prealabil și anunțată potențialilor ofertanți atunci când aceștia sunt invitați să își prezinte ofertele (pct. 43).

II. Al doilea motiv a fost admis, Curtea constatând că, prin modificarea ponderii criteriilor de atribuire a contractului în litigiu, în urma unei prime examinări a ofertelor depuse, Irlanda nu și-a îndeplinit obligațiile care îi revin în temeiul principiului egalității de tratament și al obligației de transparență care decurge din acesta, astfel cum sunt acestea interpretate de către Curte.

Curtea a subliniat că, principiile egalității de tratament și transparenței procedurilor de atribuire implică obligația autorităților contractante de a respecta aceeași interpretare a criteriilor de atribuire pe tot parcursul procedurii (pct. 59) și trebuie să se admită, cu atât mai mult, că acestea nu trebuie să suporte nicio modificare în cursul procedurii de atribuire (pct. 60).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Prin urmare, o modificare a ponderii criteriilor de atribuire, care intervine după o etapă în cursul căreia ofertele au fost examinate pentru prima dată, ar însemna să se modifice criteriile în baza cărora a fost efectuată prima examinare. Un astfel de comportament nu respectă principiul egalității de tratament și obligația de transparență care decurge din acesta.

De asemenea, Curtea a precizat că, pentru a reține, în speță, o încălcare a principiului egalității de tratament, nu este necesar să se demonstreze că modificarea ponderii relative a avut un efect discriminatoriu față de vreunul dintre ofertanți. Este suficient în această privință ca, la momentul la care a fost efectuată modificarea menționată, să nu fi fost exclus ca aceasta să fi putut avea un astfel de efect (pct. 63).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-226/09>

- **Factorii de evaluare, raportați la considerente ecologice, impuși de autoritatea contractantă, trebuie să îndeplinească o serie de condiții cumulative²⁰**

Cauza: C-513/99, privind procedura Concordia Bus Finland Oy Ab vs Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne.

Speța: Prin scrisoarea din 1 septembrie 1997 și prin anunțul de participare publicat în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, din 4 septembrie 1997, compartimentul achiziții din cadrul primăriei orașului Helsinki a solicitat oferte pentru operarea rețelei urbane de autobuze, pe teritoriul orașului Helsinki, conform rutelor și orarelor descrise într-un document și grupate în șapte loturi, procedura în fața Curții privind lotul 6 (ruta 62).

Criteriul de atribuire a procedurii era oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, unul dintre factorii de evaluare fiind calitatea flotei de vehicule. Pentru acest factor de evaluare, se acordau puncte suplimentare, printre altele, pentru utilizarea de autobuze cu emisii de oxid de azot mai mici de 4 g/kWh (+2,5 puncte/autobuz) sau mai mici de 2 g/kWh (+3,5

²⁰ Legislația corespondentă din România: art. 199 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 15 alin. (1)-(3) din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

puncte/autobuz) și cu un nivel al zgomotului exterior mai mic de 77 dB (+1 punct/autobuz).

În urma evaluării ofertelor, oferta depusă de HKL-Bussliikenne a fost declarată câștigătoare, obținând cel mai mare punctaj pentru factorul de evaluare citat mai sus (autobuzele ofertate aveau emisii de oxid de azot mai mici de 2 g/kWh și un nivel al zgomotului exterior mai mic de 77 dB).

Concordia Bus Finland Oy Ab (fostă Swebus Finland Oy Ab, fostă Stagecoach Finland Oy Ab) a contestat decizia autorității contractante, invocând, printre altele, că acordarea de puncte suplimentare pentru o flotă de vehicule cu emisii de oxid de azot și cu un nivel al zgomotului mai mici decât anumite limite, era nedreaptă și discriminatorie.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 17 septembrie 2002, pronunțată în cauza C-513/99, autoritatea contractantă poate impune factori de evaluare raportați la considerente ecologice²¹, numai în măsura în care aceștia îndeplinesc, cumulativ, următoarele condiții:

- a) au legătură cu obiectul contractului;
- b) nu conferă acelei autorități contractante o libertate necondiționată de decizie;
- c) sunt prevăzute expres în caietul de sarcini sau în anunțul de participare;
- d) respectă toate principiile fundamentale ale dreptului comunitar, în special principiul nediscriminării.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-513/99>

²¹ Prin Directiva 2014/24/UE, s-a prevăzut expres că, printre costurile ce pot fi luate în considerare la determinarea costurilor pe ciclul de viață [care constituie, conform art. 67 alin. (1) unul dintre modurile prin care se poate identifica oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic], se numără, conform art. 68 alin. (1) lit. (b), și costurile determinate de efectele externe asupra mediului legate de produs, serviciu sau lucrări pe parcursul ciclului lor de viață, cu condiția ca valoarea monetară a acestora să poată fi determinată și verificată. Astfel de costuri pot include costul emisiilor de gaze cu efect de seră și al altor emisii poluante și alte costuri de atenuare a efectelor schimbărilor climatice.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- **Factorii de evaluare, impuși de autoritatea contractantă, trebuie să fie însoțiți de cerințe care să permită verificarea informațiilor furnizate ofertanți și trebuie să aibă o legătură cu obiectul contractului de achiziție publică²²**

Cauza: C-448/01, privind procedura EVN AG și Wienstrom GmbH vs Republica Austria.

Speța: La 27 martie 2001, a fost publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, cererea de oferte, având ca obiect achiziție publică de energie electrică. Procedura de atribuire viza încheierea unui acord-cadru, urmat de contracte subsecvente pentru furnizarea de energie electrică către toate birourile administrației federale din landul Carintia.

Criteriul de atribuire stabilit prin cererea de oferte era *„oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, potrivit următorului criteriu: impactul serviciilor asupra mediului, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini”*.

Oferta trebuia să indice, în șilingi austrieci, prețul pe kilowattoră (kWh). Acest preț trebuia să se aplice pe întreaga durată a contractului și nu putea fi modificat sau ajustat. În măsura în care era tehnic posibil, ofertantul trebuia să se angajeze să furnizeze birourilor administrației federale energie electrică produsă din surse regenerabile de energie și, în nici un caz, să nu furnizeze energie electrică produsă prin fisiune nucleară; nu se cerea însă ca ofertantul să prezinte dovezi cu privire la sursele sale de aprovizionare. În caz de încălcare a obligațiilor menționate, era prevăzut, cu titlu de clauză penală, dreptul autorității contractante de a rezilia contractul.

În caietul de sarcini era precizat că autoritatea contractantă era conștientă că, din motive tehnice, nici un furnizor nu putea garanta că energia electrică furnizată unui anumit consumator era, în fapt, produsă din surse regenerabile de energie, dar autoritatea decisese totuși să încheie contractul cu ofertanți care putea furniza anual cel puțin 22,5 GWh de energie electrică produsă din surse regenerabile de energie, având în vedere că valoarea consumului anual al birourilor administrației federale era estimată la aproximativ 22,5 GWh.

²² Legislația corespondentă din România: art. 199 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 15 alin. (1)-(3) din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

De asemenea, se menționa că vor fi respinse ofertele care nu includeau dovezi, potrivit cărora, *„în ultimii doi ani și/sau în următorii doi ani, ofertantul a produs sau a achiziționat și/sau va produce sau va achiziționa anual cel puțin 22,5 GWh de energie electrică produsă din surse regenerabile de energie, pe care a furnizat-o și/sau o va furniza consumatorilor finali”*. Criteriile de atribuire stabilite erau prețul net pe kWh, în proporție de 55%, și criteriul *„energia produsă din surse regenerabile de energie”*, în proporție de 45%. În legătură cu acest din urmă criteriu, se preciza că *„va fi luată în considerare doar cantitatea anuală, ce depășește valoarea de 22,5 GWh de energie electrică produsă din surse regenerabile de energie, pe care ofertantul o va putea furniza”*.

În cadrul procedurii au fost depuse patru oferte; trei dintre oferte menționau diverse date referitoare la energie electrică produsă din surse regenerabile de energie, în timp ce a patra ofertă, depusă de EVN AG și Wienstrom GmbH, nu includea nicio cifră concretă referitoare la cantitatea de energie electrică produsă din surse regenerabile de energie, pe care respectivii operatori puteau să o furnizeze.

Autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de asocieria dintre Kärntner Elektrizitäts-AG et Stadtwerke Klagenfurt AG (unul dintre ceilalți ofertanți), astfel că EVN AG și Wienstrom GmbH au solicitat Bundesvergabeamt anularea, în întregime, a cererii de oferte, anularea unor prevederi din caietul de sarcini, precum și anularea unor decizii ale autorității contractante.

Prin decizia din 16 iulie 2001, Bundesvergabeamt a admis cererea reclamantelor și a hotărât, inițial, să interzică atribuirea procedurii, până la data de 10 septembrie 2001. Urmare a unei cereri suplimentare a reclamantelor, prin decizia din 17 septembrie 2001, Bundesvergabeamt a autorizat, cu titlu de măsură provizorie, atribuirea de către autoritatea contractantă a procedurii, sub condiția ca atribuirea să fie revocată și contractul reziliat, în cazul în care cel puțin unul dintre capetele de cerere formulate de reclamante este admis, sau în cazul în care decizia de a atribui contractul în cauză se dovedește a fi ilegală, pe baza unor alte constatări ale Bundesvergabeamt.

La data de 24 octombrie 2001, acordul-cadru a fost atribuit către Kärntner Elektrizitäts-AG et Stadtwerke Klagenfurt AG, sub condiția rezolutorie menționată mai sus.

Considerând că, pentru a soluționa litigiul, era necesară interpretarea unor prevederi din legislația comunitară, Bundesvergabeamt a decis să suspende

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

procedura și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare, printre care și o întrebare privind compatibilitatea criteriilor de atribuire stabilite în procedura în cauză, cu legislația comunitară din materia achizițiilor publice.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 4 decembrie 2003, pronunțată în cauza C-448/01, legislația comunitară din materia achizițiilor publice nu se opune ca o autoritate contractantă să impună, în vederea identificării ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, pentru atribuirea unui contract de achiziție publică de energie electrică, un criteriu de atribuire, cu o pondere de 45%, care solicită ca energia electrică furnizată să fie produsă din surse regenerabile de energie. Faptul că acest criteriu de atribuire nu contribuie, neapărat, la atingerea obiectivului vizat prin procedura de atribuire, este lipsit de relevanță din acest punct de vedere.

Pe de altă parte, Curtea a declarat că legislația comunitară din materia achizițiilor publice se opune aplicării unui asemenea criteriu, în măsura în care

- a) nu este însoțit de cerințe care permit verificarea efectivă a informațiilor incluse în oferte,
- b) solicită ofertanților să indice cantitatea de energie electrică produsă din surse regenerabile de energie, pe care o vor putea furniza unui grup nedefinit de consumatori, și presupune acordarea punctajului maxim către ofertantul care declară cea mai mare cantitate, fiind precizat că este luată în calcul doar cantitatea care depășește consumul estimat prin cererea de oferte.

Cu privire la primul motiv, Curtea a reținut că, atunci când o autoritate contractantă stabilește un criteriu de atribuire despre care declară că nici nu intenționează, nici nu are capacitatea de a verifica acuratețea informațiilor furnizate de ofertanți, acea autoritate încalcă principiul tratamentului egal, deoarece un astfel de criteriu de atribuire nu asigură transparența și caracterul obiectiv al procedurii de atribuire (pct. 51).

Cu privire la cel de-al doilea motiv, Curtea a punctat că, pentru a putea fi utilizate ca și criterii de atribuire pentru a determina oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, criteriile ecologice trebuie, printre altele, să aibă legătură cu obiectul contractului (pct. 66). În speța în cauză, criteriul de atribuire aplicat nu are legătură cu serviciul care este obiectul contractului, respectiv furnizarea către autoritatea contractantă a unei cantități de energie electrică, corespunzătoare consumului anual estimat în cererea de oferte, ci are

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

legătură cu cantitatea de energie electrică pe care ofertanții au furnizat-o sau o vor furniza unor alți clienți decât autoritatea contractantă (pct. 67). Un criteriu de atribuire, care se referă doar la cantitatea de energie electrică produsă din surse regenerabile de energie, ce depășește consumul anual estimat prin cererea de oferte, nu poate fi considerat ca având o legătură cu obiectul contractului (pct. 68).

Mai mult decât atât, faptul că, potrivit criteriului de atribuire aplicat, determinantă este cantitatea de energie electrică ce depășește consumul anual estimat prin cererea de oferte, poate conduce la acordarea unui avantaj ofertanților care, datorită capacităților mai mari de producție sau achiziționare, pot furniza cantități de energie electrică mai mari decât ceilalți ofertanți. Acest criteriu poate astfel să determine o discriminare nejustificată față de ofertanți cu oferte ce îndeplinesc, în fapt, toate cerințele legate de obiectul contractului. O asemenea limitare a sferei operatorilor economici care pot depune o ofertă, ar fi contrară obiectivului de promovare a concurenței, obiectiv urmărit de directivele pentru coordonarea procedurilor de achiziții publice (pct. 69).

În final, chiar presupunând că acest criteriu urmărea să asigure obținerea unei siguranțe a aprovizionării, fapt ce trebuie verificat de instanța națională, trebuie subliniat că, deși siguranța aprovizionării poate constitui, în principiu, unul dintre criteriile de atribuire utilizate pentru a determina oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, totuși capacitatea ofertanților de a furniza cea mai mare cantitate de energie electrică posibilă, peste cantitatea menționată în cererea de oferte, nu poate fi utilizată ca și criteriu de atribuire (pct. 70).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-448/01>

- **Referința la o etichetă ecologică europeană sau multi(națională) nu poate constitui, în sine, un factor de evaluare²³**

Cauza: C-368/10, privind procedura Comisia Europeană vs Regatul Țărilor de Jos.

²³ Legislația corespondentă din România: art. 199 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 15 alin. (1)-(3) din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Speța: La 16 august 2008, a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, la cererea provinciei olandeze Noord-Holland, un anunț de participare la atribuirea unui contract de achiziții publice pentru livrarea și gestionarea unor distribuitoare de cafea începând de la 1 ianuarie 2009.

Intitulată „*Cerințe minime 1: Set de cerințe*”, secțiunea 1 din subcapitolul 5.2 din caietul de sarcini aferent procedurii, făcea trimitere la o anexă distinctă și preciza că ofertanții trebuie să se conformeze setului de cerințe astfel cum a fost formulat. Anexa A la caietul de sarcini, intitulată „*Set de cerințe*”, includea și pct. 35:

„În măsura posibilului, ingredientele trebuie să corespundă etichetei de calitate EKO și/sau MAX HAVELAAR. [...] [Maximum] 15 [puncte. Apreciere:] deziderat [.]”

Comisia Europeană a considerat că au fost încălcate dispozițiile Directivei 2004/18/CE și a decis să introducă acțiune în fața Curții, susținând că art. 53 alin. (1) din Directiva 2004/18/CE se opune utilizării etichetelor [ca și criteriile de atribuire] și că etichetele sus-menționate nu erau legate de obiectul contractului în cauză.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 10 mai 2012, pronunțată în cauza C-368/10, întrucât a prevăzut în caietul de sarcini că, în situația în care anumite produse care urmează să fie furnizate poartă anumite etichete, se va acorda un anumit număr de puncte în cadrul alegerii ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, fără să fi enumerat criteriile pe baza cărora se acordă aceste etichete și fără să fi autorizat posibilitatea de a demonstra prin orice mijloc de probă că un produs îndeplinește aceste criterii, provincia Noord-Holland a stabilit un criteriu de atribuire incompatibil cu art. 53 alin. (1) lit. (a) din Directiva 2004/18/CE.

Pe de altă parte, Curtea a constatat că criteriul de atribuire în litigiu prezintă, în raport cu obiectul contractului în cauză, legătura la care se referă art. 53 alin. (1) lit. (a) din Directiva 2004/18/CE, astfel încât al doilea motiv invocat de Comisie nu este întemeiat (pct. 92). În acest sens, Curtea a reținut că criteriile pe baza cărora sunt acordate etichetele EKO și MAX HAVELAAR caracterizează produse care provin din agricultura ecologică și, respectiv, din comerțul echitabil (pct. 89). Având în vedere că, în conformitate cu descrierea contractului din subcapitolul 1.4 din caietul de sarcini, acest contract privea în special furnizarea de cafea și de ceai și a unor alte ingrediente necesare pentru

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

producerea unor băuturi disponibile în distribuitoare, și că din modul de redactare a criteriului de atribuire în litigiu rezultă că acesta viza numai ingredientele care urmează să fie furnizate în cadrul contractului menționat, fără vreo consecință asupra politicii generale de cumpărare a ofertanților, se impune concluzia că aceste criterii priveau produse a căror furnizare constituia o parte din obiectul contractului respectiv (pct. 90).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-368/10>

5.1.3. Menționarea în cadrul documentației de atribuire a unor denumiri de tehnologii, produse, mărci, producători, fără a se utiliza sintagma „sau echivalent” (D3)

- **Cerința de ofertare a unor produse originale OEM nu este restrictivă, nefiind necesară completarea cerinței cu mențiunea „sau echivalent”**

Speța: Autoritatea contractantă ... a lansat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Consumabile pentru imprimante, multifuncționale și copiatoare”, cod CPV: 30237310-5 (Rev.2).

Operatorul economic ... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, făcând obiect al contestației, printre altele, și cerința din caietul de sarcini, conform căreia „*produsele oferite vor fi originale (...)*”. Contestatoarea susține că cerința de a se oferta numai produse originale OEM, contravine prevederilor art. 35, art. 36, art. 38 și art. 176 din OUG nr. 34/2006, precum și legislației europene, și solicită completarea cu mențiunea „sau echivalent” și înlăturarea oricăror cerințe contrare acceptării de produse echivalente.

În punctul de vedere transmis în urma introducerii contestației, autoritatea contractantă a menționat, referitor la cerințele din caietul de sarcini: „1. Produsele oferite vor fi originale și vor respecta cerințele din manualul tehnic al echipamentului și/sau recomandările producătorului echipamentelor” și criticile privind solicitarea unor produse originale OEM, că „*O.E.M.*” este prescurtarea pentru Original Equipment Industriale și că acestea, prin comparație cu produsele aftermarket, sau echipamentele reîncărcate, prezintă garanția respectării caracteristicilor tehnice solicitate. Autoritatea contractantă arată că, deși legislația europeană prevede măsuri în ceea ce privește instrumentele care asigură siguranța consumabilelor livrate pe piață, există o diferență majoră de calitate între consumabilele originale, sau de origine și consumabilele fabricate de constructori independenți, ori consumabilele reîncărcate. În acest context, autoritatea contractantă susține că nu are expertiza necesară pentru a stabili conformitatea produselor aftermarket și a-și asuma riscul recepționării unor produse neconforme.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că echipamentele OEM pot fi comercializate atât de producătorii de echipamente, cât și de către distribuitorii independenți, astfel că, prin urmare, nu se îngreșește accesul operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică și susține

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

totodată că solicitarea privind furnizarea unor produse OEM nu contravine prevederilor art. 35, art. 36, art. 38 din OUG nr. 34/2006 deoarece producătorii de imprimante, multifuncționale și copiatoare nu sunt de regulă și producători de consumabile, aceștia din urmă, pentru a fi agreeți, trebuind să certifice conformitatea produselor.

Decizia CNSC: Analizând critica referitoare la cerința autorității contractante de a se oferta numai produse originale, indicându-se astfel mărci de fabricație ceea ce încalcă dispozițiile art. 38 din OUG nr. 34/2006, CNSC constată că aceasta este neîntemeiată.

Astfel, la punctul 3 din Capitolul „*Caracteristici tehnice și de calitate*” al caietului de sarcini (pag. 4), autoritatea contractantă a menționat „*pentru fiecare produs în parte se va menționa în oferta tehnică codul de comercializare al producătorului produselor respective cu care aceste produse sunt echivalente*”, iar în nota ce constituie alineatul antepenultim al aceluiași document (pag. 5) autoritatea contractantă a precizat: „*acolo unde apar specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, se va citi «sau echivalent»*”. Din cele două texte rezultă fără nici un dubiu că autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 38 din OUG nr. 34/2006, dispoziția indicată de contestatoare „*produsele oferite vor fi originale*” cuprinsă la pct. 1 al caietului de sarcini din capitolul „*Caracteristici tehnice și de calitate*” (pag. 4) neputând fi interpretate în sensul încălcării textului legal indicat, în sensul interdicției de a fi oferite consumabile remanufacturate sau reîncărcate.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația introdusă împotriva documentației de atribuire.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1308.pdf

- **Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse**

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Speța: Autoritatea contractantă a inclus, în cadrul caietului de sarcini, următoarele specificații tehnice: „*NEW Holand model tractor TD 5050*”, „*scaun operator de Luxe*”, etc.

Contestatoarea a susținut că specificațiile tehnice conținute în caietul de sarcini încalcă, în mod flagrant, scopul și principiile enunțate de legiuitor la art. 2 din OUG nr. 34/2006, acestea fiind „*copiate după un tractor New Holland TD 5050, echipat cu motor NEF TIER 3, creat de FPT, având putere nominală 95 CP, (...) turație maximă motor 2500-2800 rpm, (...), cuplu motor 390 Nm, (...), pompă hidraulică cu roți dințate și debit fix de 50 l/min, (...), pneuri cu dimensiuni fixe, (...), etc.*”.

Decizia CNSC: În analiza contestației formulată de către S.C. ... S.A., CNSC are în vedere dispozițiile art. 38 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 potrivit cărora „*Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse*”, sens în care, în forma inițial publicată, caietul de sarcini a fost alcătuit prin încălcarea normelor legale precitate, de natura evidenței, fiind: indicarea motorului NEF al producătorului FPT, precum și impunerea unora dintre parametri tehnico-funcționali specifici tractorului „*NEW Holand model TD 5050*”.

CNSC constată că, la clarificările solicitate de către contestatoarea ... în data de ... dată ce coincide cu data depunerii contestației de către petentă, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, documentul intitulat „*Clarificare Proiect GAL ... ([INV.../003]Clarificare SEAP_... docx.p7s)*”, prin care a remediat specificațiile tehnice criticate. De asemenea, în aceeași dată, autoritatea contractantă a publicat anunțul de tip erată nr. 54052/... la invitația de participare nr. .../28.04.2014, prin care a fost modificată/prelungită data limită de depunere a ofertelor, de la 06.05.2014, ora 12.00, la data de 12.05.2014, ora 12.00.

CNSC reține că, deși modificările specificațiilor tehnice criticate au fost comunicate petentei și publicate în SEAP, ... nu a exprimat niciun considerent în legătură cu măsurile adoptate de către autoritatea contractantă.

Prin urmare, întrucât contestatoarea nu a solicitat dispunerea măsurii provizorii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației și nici nu a contestat anunțul de tip erată nr. 54052/... la invitația de participare nr. .../

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

28.04.2014, asociat căruia au fost publicate modificările aduse specificațiilor tehnice criticate, la data emiterii prezentei decizii, specificațiile remediate au rămas definitive, CNSC respinge, ca rămasă fără obiect, contestația.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cns.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1753.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică D3:

- Cauza C-45/87, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Irlanda;
- Cauza C-359/93, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Regatul Țărilor de Jos;
- Cauza C-59/00, privind procedura Bent Mousten Vestergaard vs Spøttrup Boligselskab.

- **Definirea specificațiilor tehnice, prin referirea la un anumit standard național, este permisă doar dacă o asemenea referire este însoțită de mențiunea „sau echivalent”²⁴**

Cauza: C-45/87, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Irlanda.

Speța: La data de 13 martie 1986, Consiliul districtului urban Dundalk, a publicat, în Suplimentul Jurnalului Oficial al Comunităților Europene, anunțul de participare la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări nr. 4 din proiectul pentru construirea unei rețele de canalizare, având ca scop transportul apei, din râul Fane, la o instalație de epurare din Cavan Hill și de acolo în rețeaua existentă de distribuție urbană.

Clauza 4.29 din caietul de sarcini aferent contractului nr. 4, parte din documentația de atribuire, includea următorul paragraf:

„Tuburile din azbest-ciment pentru canalizarea sub presiune vor fi certificate pentru conformitatea cu standardul irlandez 188:1975, potrivit Irish Standard Mark Licensing Scheme a Institutului irlandez de cercetare și standardizare.

²⁴ Legislația corespondentă din România: art. 35 alin. (6) din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Toate tuburile din azbest-ciment vor fi învelite, la interior și la exterior, cu un strat de bitum. Straturile de bitum vor fi aplicate, în fabrică, prin imersiune.”

O întreprindere irlandeză a depus, în urma anunțului de participare, trei oferte, una dintre acestea prevăzând utilizarea de tuburi produse în Spania; firma producătoare spaniolă a respectivelor tuburi nu era certificată de Institutul irlandez de cercetare și standardizare, dar tuburile erau conforme cu standardele internaționale, în speță, cu standardul ISO 160:1980 al Organizației Internaționale pentru Standardizare. Ofertantului irlandez i s-a pus în vedere de către inginerii ce asigurau consultanța pentru proiect, că nu are rost să se prezinte la interviul prealabil adjudecării, dacă nu poate prezenta dovezi că firma producătoare a tuburilor era aprobată de Institutul irlandez de cercetare și standardizare ca și furnizor de produse conforme cu standardul irlandez 188:1975.

În urma plângerii depuse de întreprinderea irlandeză și cea spaniolă, Comisia a introdus acțiune împotriva Irlandei, considerând că aceasta nu și-a îndeplinit obligațiile ce îi revin în temeiul art. 30 TCEE²⁵ și în temeiul art. 10 din Directiva 71/305/CEE.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea, din 22 septembrie 1988, pronunțată în cauza C-45/87, Curtea a declarat că, prin includerea, în documentația de atribuire a unui contract de achiziție publică de lucrări, a unei clauze, care stipulează că tuburile din azbest-ciment pentru canalizarea sub presiune trebuie să fie certificate pentru conformitatea cu standardul irlandez 188:1975, potrivit Irish Standard Mark Licensing Scheme a Institutului irlandez de cercetare și standardizare, Irlanda nu și-a îndeplinit obligațiile ce îi revin în temeiul art. 30 TCEE²⁶.

Prin raportare la principiul liberei circulații a mărfurilor, Curtea a analizat dacă includerea clauzei 4.29 în documentația de atribuire a fost de natură să împiedice importul de tuburi, în Irlanda (pct. 18).

În acest sens, Curtea a arătat că includerea unei asemenea clauze în anunțul de participare poate avea ca efect luarea, de către operatorii economici care produc, sau utilizează tuburi echivalente tuburilor certificate de conformitate cu standardele irlandeze, a deciziei de a nu răspunde cererii de oferte (pct. 19). În

²⁵ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

²⁶ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

cazul concret al speței analizate, rezultă din documentele cauzei, că doar o singură întreprindere fusese certificată de Institutul irlandez de cercetare și standardizare, în baza standardului 188:1975, să aplice marca standard irlandeză pe tuburi de tipul celor solicitate pentru contractul de achiziție publică de lucrări în discuție, întreprinderea respectivă fiind situată în Irlanda. În consecință, prin includerea clauzei 4.29, furnizarea de tuburi pentru proiectul Dundalk a fost limitată doar la producătorii irlandezi (pct. 20).

Hotărârea Curții a presupus respingerea argumentelor prezentate de guvernul irlandez, după cum urmează:

- Guvernul irlandez a invocat că este necesar să fie specificate standardele în baza cărora sunt fabricate produsele, mai cu seamă în cazul de față, în care tuburile trebuie să fie compatibile cu rețeaua existentă. Conformitatea tuburilor cu un alt standard, chiar și un standard internațional, ca ISO 160:1980, nu ar fi suficientă ca să elimine anumite dificultăți tehnice (pct. 21).
Curtea nu a acceptat acest argument, întrucât plângerea Comisiei nu se referea la conformitatea cu cerințele tehnice, ci la refuzul autorităților irlandeze de a verifica dacă acele cerințe erau îndeplinite și de un producător care nu era certificat de Institutul irlandez de cercetare și standardizare, în conformitate cu standardul 188:1975. Curtea a punctat că, prin introducerea în anunțul în cauză, după referirea la standardul irlandez, a mențiunii „sau echivalent”, așa cum prevede Directiva 71/305/CEE în situațiile în care aceasta este aplicabilă, autoritățile irlandeze ar fi putut verifica îndeplinirea cerințelor tehnice, fără a limita procedura de atribuire doar la ofertanții ce intenționau să utilizeze materiale irlandeze (pct. 22).
- Guvernul irlandez a reclamat, de asemenea, că tuburile produse de întreprinderea spaniolă în cauză, luate în calcul în oferta respinsă, nu îndeplineau cerințele tehnice; Curtea a reținut însă că, argumentul este irelevant în ceea ce privește compatibilitatea cu tratatul, a introducerii într-un anunț pentru cerere de oferte, a unei clauze de tipul clauzei 4.29²⁷ (pct. 23).

²⁷ Argumentul Curții este judicios pentru că, în fapt, problema ridicată în cauză nu privea conformitatea produselor spaniole cu anumite cerințe tehnice, ci modul în care au fost formulate cerințele tehnice, prin referirea expresă și limitativă la un singur standard național irlandez. În derularea procedurii, dacă ar fi constatat că produsele spaniole nu respectau cerințele tehnice (în măsura în care acestea ar fi fost exprimate într-un mod

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- Guvernul irlandez a susținut că protecția sănătății publice a justificat cerința de conformitate cu standardul irlandez, pentru că, doar acel standard ar fi asigurat că nu există nici un contact între apă și fibrele de azbest din tuburile de ciment, în condițiile în care un asemenea contact ar fi afectat calitatea apei potabile (pct. 24).
Cu privire la acest argument, Curtea a arătat că, așa cum subliniase și Comisia, învelișul interior și cel exterior al tuburilor făcea obiectul unei alte cerințe distincte din anunț, iar guvernul irlandez nu demonstrase de ce îndeplinirea acelei cerințe nu ar fi fost de natură să garanteze că nu există niciun contact între apă și fibrele de azbest, fapt pe care guvernul îl considera esențial din motive de sănătate publică²⁸ (pct. 25).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61987CJ0045>

- **Definirea specificațiilor tehnice, prin referirea la o anumită marcă, este permisă doar în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului și numai dacă o asemenea referire este însoțită de mențiunea „sau echivalent”²⁹**

Cauza: C-359/93, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Regatul Țărilor de Jos.

Speța: Nederlands Inkoopcentrum NV, autoritate contractantă olandeză, a publicat, la 10 decembrie 1991, în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, un anunț de participare pentru furnizarea și întreținerea unei stații meteorologice.

nediscriminatoriu), autoritatea contractantă irlandeză ar fi putut să declare, ca neconformă, oferta ce includea respectivele produse.

²⁸ În fapt, modul în care era formulată cerința referitoare la învelișul tuburilor („*Toate tuburile din azbest-ciment vor fi învelite, la interior și la exterior, cu un strat de bitum. Straturile de bitum vor fi aplicate, în fabrică, prin imersiune.*”), era de natură, în lipsa unor alte elemente, să asigure tocmai că nu va exista niciun contact între apă și fibrele de azbest.

²⁹ Legislația corespondentă din România: art. 38 din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Autoritatea contractantă a indicat, în caietul de sarcini, că sistemul de operare solicitat era sistemul „UNIX”, care este denumirea unui sistem software, dezvoltat de Bell Laboratories of ITT (USA), ce permite conectarea unor calculatoare de diverse mărci.

Considerând, printre altele³⁰, că, prin indicarea, în caietul de sarcini, a unui anumit produs, nu se asigura respectarea dispozițiilor art. 9 alin. (5) și ale art. 7 alin. (6) din Directiva 77/62/CEE³¹, Comisia a introdus acțiune împotriva Regatului Țărilor de Jos, considerând că acesta nu și-a îndeplinit obligațiile ce îi revin în temeiul Directivei 77/62/CEE, cu modificările aduse prin Directiva 80/767/CEE și prin Directiva 88/295/CEE, precum și în temeiul art. 30 TCEE³².

Hotărârea instanței: Curtea a respins, în primul rând, cererile de inadmisibilitate formulate de Regatul Țărilor de Jos față de acțiunea Comisiei; prin una dintre aceste cereri, Regatul Țărilor de Jos invoca faptul că însăși Comisia a inclus o referire la sistemul UNIX în caietul de sarcini aferent unei proceduri de atribuire, lansată ulterior celei ce a făcut obiectul cauzei C-359/93. În acest sens, Curtea a reținut că, chiar și în situația în care Comisia ar fi supusă dispozițiilor Directivei 77/62/CEE și le-ar fi încălcat, o asemenea încălcare nu ar putea justifica eventuala încălcare comisă de autoritățile olandeze (pct. 16).

În Hotărârea, din 24 ianuarie 1995, pronunțată în cauza C-359/93, Curtea a declarat, printre altele, că, prin introducerea, în caietul de sarcini, a unei specificații tehnice definite prin referire la un produs de o anumită marcă, Regatul Țărilor de Jos nu și-a îndeplinit obligațiile care îi revin în temeiul Directivei 77/62/CEE și în temeiul art. 30 TCEE³³.

³⁰ Comisia a reclamat și neîndeplinirea obligației de a publica informațiile prevăzute la pct. 7 lit. (a) și (b) din Anexa III la Directiva 77/62/CEE, întrucât, în anunțul de participare, nu existau mențiuni referitoare la persoanele autorizate să fie prezente la ședința de deschidere a ofertelor, și nici mențiuni referitoare la data, ora și locul de deschidere a ofertelor.

³¹ Directiva 77/62/CEE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de furnizare, abrogată prin Directiva 93/36/CEE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de furnizare, abrogată prin Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.

³² În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

³³ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Astfel, Curtea nu a reținut argumentul Regatului Țării de Jos, conform căruia, în domeniul tehnologiei informației, sistemul UNIX trebuie considerat drept o specificație tehnică generală, recunoscută de operatorii economici, și că, în consecință, în acest caz nu este necesară adăugarea mențiunii „sau echivalent” (pct. 24).

Având în vedere dispozițiile exprese ale art. 7 alin. (6) din Directiva 77/62/CEE³⁴ și acordul ambelor părți cu privire la faptul că sistemul UNIX nu constituie un standard, ci este, în fapt, denumirea unui produs de o anumită marcă (pct. 26), Curtea a precizat că folosirea termenului UNIX, neînsoțit de mențiunea „sau echivalent”, poate nu numai să descurajeze operatorii economici, care utilizează sisteme similare lui UNIX, să ia parte la procedura de atribuire, dar poate să afecteze și fluxurile de importuri intra-comunitare, cu încălcarea dispozițiilor art. 30 TCEE³⁵, rezervând, practic, acel contract doar furnizorilor care intenționează să utilizeze sistemul specificat expres (pct. 27).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-359/93>

- **Definirea specificațiilor tehnice, prin referirea la o anumită marcă, fără ca o asemenea referire să fie însoțită de mențiunea „sau echivalent”, reprezintă o încălcare a principiilor fundamentale ale Uniunii Europene, astfel că obligația de a adăuga respectiva mențiune revine autorităților contractante și în cazul procedurilor de achiziții publice care nu intră în domeniul de aplicare al legislației comunitare din materia achizițiilor publice**³⁶

Cauza: C-59/00, privind procedura Bent Moustén Vestergaard vs Spøttrup Boligselskab.

Speța: Spøttrup Boligselskab, un organism public danez, a lansat, în primăvara anului 1997, în cadrul unei proceduri de licitație deschisă, o cerere de oferte

³⁴ Conform cărora este interzisă includerea de referiri la mărci comerciale, cu excepția situației în care acestea sunt însoțite de mențiunea „sau echivalent”, și doar în cazul în care obiectul contractului nu poate fi descris, în alt mod, de o manieră suficient de exactă și de inteligibilă pentru toate părțile interesate.

³⁵ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

³⁶ Legislația corespondentă din România: art. 38 din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

pentru construirea a 20 de locuințe sociale în municipalitatea Spøttrup, pe patru amplasamente diferite. Întrucât valoarea estimată a achiziției era mai mică decât pragul prevăzut la art. 6 al Directivei 93/37/CEE³⁷, autoritatea contractantă nu a aplicat procedura prevăzută de respectiva directivă.

Pentru achiziția lotului de „*tâmplărie*” corespunzător fiecărui amplasament, care cuprindea uși și ferestre exterioare, caietul de sarcini includea următoarea clauză: „*ferestre și uși din PVC. Ușile și ferestrele exterioare vor fi furnizate de Hvidbjerg Vinduet, Østergade 24, 7790 Hvidberg (Danemarca)*”.

Dl Vestergaard, căruia i s-au atribuit contracte pentru două amplasamente, a făcut o observație cu privire la furnizarea de ferestre marca Hvidbjerg Vinduet, întrucât își calculase prețul ofertelor pornind de la ferestre marca Trokal, fabricate în Germania. Utilizarea ferestrelor marca Hvidbjerg Vinduet presupunea o diferență suplimentară de preț, în cuantum de 23.743 coroane daneze, fără TVA. La semnarea contractului, la 31 iulie 1997, autoritatea contractantă a declarat că nu ține cont de această observație.

După executarea contractului, cu utilizarea de ferestre marca Hvidbjerg Vinduet, dl Vestergaard și-a reiterat solicitarea privind plata diferenței de preț, solicitare respinsă de autoritatea contractantă.

În urma unei decizii nefavorabile din partea organismului responsabil privind căile de atac, dl Vestergaard a introdus acțiune la Vestre Landsret, care a decis să suspende procedura și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare referitoare la dreptul unei autorități contractante, ce lansează o cerere de oferte pentru lucrări, ce nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 93/27/CEE, să prevadă, în caietul de sarcini, utilizarea unei anumite mărci daneze sau a unei anumite mărci, dacă această cerință nu este însoțită de mențiunea „*sau echivalent*”.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 3 decembrie 2001, pronunțată în cauza C-59/00, art. 30 TCEE³⁸ (respectiv, la data hotărârii, art. 28 TCE) se opune ca o autoritate contractantă să includă, în caietul de sarcini aferent unui contract de achiziție publică de lucrări, care nu depășește pragul stabilit prin Directiva 93/37/CEE, o clauză care impune utilizarea, în execuția

³⁷ Abrogată prin Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.

³⁸ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

contractului, a unui produs de o anumită marcă, dacă acea clauză nu este însoțită de mențiunea „sau echivalent”.

Conform motivării Curții, deși directivele comunitare privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice se aplică doar contractelor cu valori ce depășesc pragurile stabilite prin respectivele directive, totuși, simplul fapt că legiuitorul comunitar a considerat că procedurile speciale și stricte prevăzute de aceste directive nu sunt adecvate în cazul achizițiilor publice cu o valoare redusă, nu înseamnă că aceste din urmă achiziții sunt excluse din domeniul de aplicare al dreptului comunitar (pct. 19).

Astfel, cu toate că achiziția publică de lucrări în speță nu atinge pragul prevăzut de Directiva 93/37/CEE și nu intră, deci, în domeniul de aplicare al acestei directive, legalitatea unei clauze din caietul de sarcini aferent achiziției se stabilește prin raportare la reglementările fundamentale ale tratatului, printre care se numără și libera circulație a mărfurilor, prevăzută la art. 30 TCEE³⁹ (pct. 21).

În acest sens, Curtea a observat că, potrivit jurisprudenței comunitare referitoare la contractele de achiziții publice de furnizare, lipsa mențiunii „sau echivalent”, după referirea, în caietul de sarcini, la un anumit produs, poate nu numai să descurajeze operatorii economici, care utilizează sisteme similare aceluși produs, să ia parte la procedura de atribuire, dar poate să afecteze și fluxurile de importuri intra-comunitare, cu încălcarea dispozițiilor art. 30 TCEE⁴⁰, rezervând, practic, acel contract doar furnizorilor care intenționează să utilizeze produsul specificat expres (pct. 22).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-59/00>

³⁹ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

⁴⁰ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

5.1.4. Lipsa unui răspuns clar, complet și fără ambiguități din partea autorității contractante, la solicitările de clarificări vizând prevederile documentației de atribuire (D4)

- **Autoritatea contractantă are obligația ca, la elaborarea documentației de atribuire, să aducă, în mod transparent, la cunoștința operatorilor economici interesați toate informații necesare elaborării ofertelor, iar, în măsura în care aceștia din urmă formulează solicitări de clarificări, să răspundă în mod clar, complet și fără ambiguități**

Speța: Prin fișa de date a achiziției cap. III.2.2) „*Capacitatea economică și financiară*”, autoritatea contractantă a solicitat îndeplinirea următoarei cerințe minime privind situația economică și financiară:

- „*Prezentarea Informațiilor generale aferente ultimilor 3 ani cu cifra de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului într-o perioadă anterioară, care vizează activitatea din cel mult ultimii trei ani (2011, 2012, 2013);*
- *Bilanțurile contabile pe ultimii 3 ani, din care rezultă cifra de afaceri globală (vizate și înregistrate de organele competente) sau, după caz, rapoarte anuale emise de auditori financiari sau societăți specializate, sau alte documente edificatoare, cu condiția ca acestea să conțină informațiile relevante prin care ofertantul probează capacitatea sa economico-financiară.*”

Prin solicitarea de clarificări nr. ... din 15.01.2014, un operator economic a adus la cunoștința autorității contractante faptul că bilanțul contabil pentru anul 2013 se va depune la încheierea anului fiscal, dată ulterioară termenului limită pentru depunerea ofertelor și a solicitat specificarea documentelor edificatoare pentru demonstrarea cifrei de afaceri aferente anului 2013. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ..., publicat în data de 15.01.2014, autoritatea contractantă nu a menționat care sunt acele documente edificatoare pentru demonstrarea cifrei de afaceri aferente anului 2013, făcând trimitere la art. 185 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Operatorul economic a formulat contestație împotriva răspunsurilor la solicitările de clarificări nr. 2 și nr. 3 postate în SEAP în data de 15.01.2014 și a răspunsului la clarificarea nr. 7 postată în SEAP în data de ..., solicitând:

- admiterea contestației;
- anularea răspunsului de clarificări nr. 2, nr. 3 și nr. 7;

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- obligarea autorității contractante la menționarea documentelor pe care le consideră edificatoare pentru prezentarea situației economico-financiare pentru ultimii 3 ani, în situația în care nici un ofertant nu dispune de bilanțul pentru anul 2013;
- obligarea autorității contractante la modificarea cerinței nr. III.2.2 din fișa de date, ce face referire la prezentarea informațiilor generale aferente ultimilor 3 ani, cu indicarea anilor 2011, 2012, 2013 și prezentarea bilanțurilor contabile pentru aceiași ani de referință.

Decizia CNSC: CNSC reține în soluționare faptul că prin documentația de atribuire autoritatea contractantă a stabilit, în cadrul cerinței, prezentarea bilanțurilor pentru anii 2011, 2012, 2013 „sau alte documente edificatoare, cu condiția ca acestea să conțină informațiile relevante prin care ofertantul probează capacitatea sa economico-financiară”, fără a indica, în mod concret, care sunt acele documentele „edificatoare” care să conțină „informații relevante” pe care ofertanții sunt obligați să le depună, iar autoritatea contractantă le va accepta în etapa de verificare a documentelor de calificare, împrejurare care creează premisele unei evaluări subiective a modului în care ofertanții îndeplinesc cerința de calificare citată anterior.

De asemenea, CNSC constată că autoritatea contractantă a răspuns operatorului economic prin răspunsul nr. ... postat în SEAP în data de 21.01.2014, cu încălcarea dispozițiilor art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, atunci când a comunicat acestuia că înțelege să mențină cerința de calificare, așa cum a fost publicată inițial în documentația de atribuire, fără a răspunde în mod clar, concret și fără ambiguități solicitării de a indica „cu exactitate care sunt documentele LEGALE ce probează situația financiară a societăților pentru anul fiscal 2013”.

Având în vedere că încălcările legale săvârșite și etapele procedurii de atribuire în care acestea au avut loc, CNSC apreciază că nu pot fi dispuse măsuri de remediere a actelor care afectează procedura (răspunsurile la clarificările privind documentația de atribuire) și stabilește că este imposibilă continuarea procedurii de achiziție, luând în considerare și faptul că ofertele au fost depuse și deschise în data de ..., conform procesului-verbal al ședinței de deschidere nr. 451/....

Prin urmare, CNSC admite contestația și anulează procedura de atribuire.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_0579.pdf

Autoritatea contractantă a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând modificarea acesteia în sensul respingerii, în principal, ca tardivă, iar în subsidiar, ca neîntemeiată, a contestației formulată de

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei ..., ca nefondată, pentru următoarele considerente:

Pe fondul contestației, Curtea constată că argumentele petentei nu sunt susținute din punct de vedere legal deoarece trebuie avute în vedere dispozițiile art. 2 alin (2) lit. d) din OUG 34/2006, conform cărora autoritatea contractantă, la atribuirea contractului de achiziție publică trebuie să respecte, printre altele, principiul transparenței. Apoi, potrivit art. 33 alin (1) din OUG nr. 34/2006 autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită, cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă trebuie să țină seama și de dispozițiile art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora aceasta are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată.

➤ **Autoritatea contractantă are obligația să răspundă, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitările de clarificări**

Speța: Autoritatea contractantă a lansat procedura de atribuire în vederea încheierii acordului-cadru, prin licitație deschisă, având ca obiect *„Servicii de salubritate spații publice, spații tehnice din stațiile de metrou, trenuri electrice de metrou, locuri de remizare material rulant pe magistralele de metrou, colectare, evacuare gunoi din stații și depouri, spații (birouri)...”*. Prin fișa de date, autoritatea contractantă a solicitat: *„ofertanții vor prezenta o listă privind principalele prestări de servicii similare celor prevăzute în obiectul contractului, realizate în ultimii 3 ani”*.

Operatorul economic ... a formulat următoarea solicitare de clarificări cu privire la această cerință: *„Sunt acceptate serviciile de salubritate a localităților ca servicii similare?”*

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Nemulțumit de răspunsul autorității contractante din 21.01.2014, operatorul economic a formulat contestație, iar, prin decizia nr. ..., CNSC a obligat autoritatea contractantă la reformularea cerinței de calificare, *„prin indicarea concretă a acceptării sau nu, ca servicii similare, a serviciilor de salubritate a localităților iar, în caz afirmativ, prin indicarea concretă a activităților considerate similare celor ce fac obiectul achiziției, prin raportare la dispozițiile Legii nr. 101/2006, a serviciului de salubritate a localităților”*.

Drept urmare, autoritatea contractantă a reformulat răspunsul din 21.01.2014, publicând în SEAP clarificarea nr. ... din data de 28.02.2014, în care precizează: *„Din punct de vedere tehnic activitățile de măturat manual / mecanic, spălat manual / mecanic, curățat suprafețe de diferite tipuri sunt activități similare de salubritate indiferent de zona unde se desfășoară. Din punct de vedere al spațiilor în care se desfășoară aceste activități, spațiile ... sunt similare garilor, aerogărilor, stadiourilor, complexurilor comerciale de mare capacitate, depozite, mijloace de transport în comun din interiorul sau proximitatea localităților urbane, inclusiv căile de comunicație aferente. Față de aspectele de clarificare mai sus prezentate, în scopul de a asigura conformarea la măsura dispusă prin Decizia CNSC ... prin care se solicită «indicarea concretă a activităților considerate similare celor ce fac obiectul achiziției, prin raportare la dispozițiile Legii nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților», apreciem că pot fi considerate ca activități similare celor care fac obiectul contractului activitățile de măturat, spălat prevăzute la articolul 2, alineat (3), litera f) din actul normativ indicat de CNSC (Legea nr. 101/2006, a serviciului de salubritate a localităților).”*

Considerând că, din clarificarea ... din data de 28.02.2014 nu rezultă modalitatea concretă prin care autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia nr. ... din data de 21.02.2014, SC ... SRL a formulat o nouă contestație, solicitând reformularea cerinței de calificare.

Prin decizia nr. ..., CNSC a admis contestația SC ... SRL și a reținut că *„că se impune reformularea acestui răspuns, reformulare care să țină cont și de faptul că activitățile de măturat manual / mecanic, spălat manual / mecanic, în dovedirea experienței similare, trebuie să se fi desfășurat în spații publice, nu doar să fie aferente căilor publice”*. În acest sens, CNSC a obligat autoritatea contractantă *„ca, în termen de 10 zile de la data primirii deciziei, să reformuleze răspunsul emis în data de 28.02.2014 (clarificarea nr. 8, punctul 2), în sensul celor precizate în motivare”*.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În aplicarea deciziei menționate mai sus, autoritatea contractantă a emis clarificarea nr. ..., în care a precizat: „*Având în vedere că obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie achiziționarea serviciilor de salubritate în spațiile publice și tehnice din stațiile de metrou, remize, depouri precum și locuri de remizare a materialului rulant de pe întreaga rețea de metrou și spațiile (birourile) ocupate de SC ... SA în demonstrarea experienței similare vor fi acceptate activități de măturat manual/mecanic, spălat manual/mecanic similare celor ce fac obiectul prezentului contract, nefiind suficientă demonstrarea experienței similare doar în ceea ce privește căile publice, ci cu referire la spațiile publice de mari dimensiuni, cu nivel semnificativ de diversitate al tipurilor de suprafețe pentru care este necesară prestarea serviciilor, cu trafic intens de persoane.*”

Având în vedere această clarificare, SC ... SRL a formulat o nouă contestație, criticând, pe de o parte, faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns în mod ferm și concret întrebării operatorului economic, iar, pe de altă parte, introducerea de către autoritatea contractantă a unor noțiuni noi, relative și subiective („*spații publice de mari dimensiuni*”, „*spații publice cu nivel semnificativ de diversitate al tipurilor de suprafețe*”, „*spații publice cu trafic intens de persoane*”).

Decizia CNSC: Coroborând aspectele clarificate prin documentele/28.02.2014 și ..., prin raportare la obiectul și natura contractului, precum și la cerința din fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a. Capacitatea tehnică și/sau profesională – „*Cerința minimă: servicii similare celor care fac obiectul contractului, realizate în ultimii 3 ani în cadrul a 1-3 contracte din care să reiasă prestarea următoarelor servicii: • salubritate – 98.400.000 mp; • colectare și evacuare deșeuri – minim 10.500 mc*”, CNSC constată că activitățile de măturat și spălat (manual/mecanic) sunt asimilate serviciilor de salubritate/curățenie/igienizare, pe căi publice și în spații publice (închise sau deschise), autoritatea contractantă oferind, în acest sens, un răspuns clar și complet, care corespunde necesității sale.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația introdusă de SC ... SRL.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1257.pdf

Operatorul economic a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând modificarea, în totalitate a acesteia, obligarea autorității contractante la modificarea clarificării ..., în sensul precizării unui

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

răspuns concret și clar la solicitarea de clarificări de a menționa dacă serviciile de salubritate a localităților sunt acceptate ca servicii similare în procedura derulată.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei ..., ca nefondată, întrucât nu se poate reține că decizia contestată a încălcat dispoziții ale deciziilor pronunțate de CNSC, anterior, la 21.02.2014 și la 28.02.2014, iar autoritatea contractantă a emis clarificările la care a fost obligată prin cele două decizii. Prin urmare, nu se poate susține argumentul reclamantei, în sensul că autoritatea contractantă nu a dus la îndeplinire deciziile CNSC anterior pronunțate și nici că decizia contestată în cauză nu este motivată.

Din analiza deciziei se reține că a fost analizată pe fond contestația petentei, motivele de respingere a contestației fiind pe larg analizate de Consiliu.

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică D4:

- Cauza T-232/06, privind procedura Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs Comisia Europeană.

- **Operatorii economici au dreptul de a solicita clarificări cu privire la documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de nu îngrădi acest drept⁴¹**

Cauza: T-232/06, privind procedura Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs Comisia Europeană.

Speța: Prin anunțul de intenție din 6 aprilie 2005, publicat în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene (JO S 67), Comisia Europeană a făcut cunoscută publicarea unei cereri de oferte pentru atribuirea unui contract de achiziție publică privind „*elaborarea specificațiilor, dezvoltarea, întreținerea și asistența pentru sisteme IT vamaie (CUST DEV)*”.

⁴¹ Legislația corespondentă din România: art. 78 și art. 79 din OUG nr. 34/2006 și art. 32 din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Prin anunțul de participare din 18 iunie 2005, publicat în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene (JO S 117), direcția generală „Fiscalitatea și Uniune vamală” din cadrul Comisiei Europene (denumită în continuare „*direcția generală interesată*” sau „*autoritatea contractantă*”) a lansat o cerere de oferte pentru atribuirea contractului în cauză. În anunțul de participare se preciza că, în cazul ofertelor depuse de asocieri de operatori economici, îndeplinirea criteriului de calificare referitor la valoarea minimă a cifrei de afaceri medii anuale, din ultimii trei ani, trebuia demonstrată pentru fiecare membru al asocierii, în parte. Conform anunțului de participare, data limită pentru depunerea ofertelor era 26 august 2005.

În urma unei solicitări de clarificări venite din partea Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE (denumită în continuare „*Evropaiki Dynamiki*”), autoritatea contractantă a publicat o erată la anunțul de participare, prin care a precizat că îndeplinirea criteriului de calificare menționat mai sus trebuia demonstrată la nivelul întregii asocieri, și nu la nivelul fiecărui membru al asocierii, în parte. Având în vedere această modificare, data limită pentru primirea de solicitări de clarificări privind documentația de atribuire a fost prelungită până la 2 septembrie 2005, iar data limită pentru depunerea ofertelor a fost prelungită până la 30 septembrie 2005.

La 21 septembrie 2005, Comisia a înaintat celor 42 de societăți care solicitaseră transmiterea documentației de atribuire, o scrisoare, la care erau atașate răspunsurile la solicitările de clarificări primite până la 2 septembrie 2005.

La 30 septembrie 2005, consorțiul CustomSystems, o asocierie temporară, al cărei lider era reclamanta, a răspuns cererii de oferte în cauză. Prin scrisoarea din 19 iunie 2006, Comisia a comunicat reclamantei, pe de o parte, că oferta consorțiului CustomSystems nu a fost declarată câștigătoare, întrucât nu reprezenta cea mai bună ofertă din punct de vedere al raportului calitate/preț, și, pe de altă parte, că s-a atribuit contractul de achiziție publică către un alt ofertant.

În urma unei corespondențe purtate cu Comisia, referitoare la oferta declarată câștigătoare, reclamanta a introdus acțiune la Tribunalul de Primă instanță, prin care a solicitat anularea deciziei de respingere a ofertei sale, obligarea Comisiei la repararea „*daunelor suferite din cauza procedurii de atribuire în cauză*” și obligarea Comisiei la suportarea cheltuielilor de judecată, chiar și în situația respingerii acțiunii. Unul dintre argumentele invocate de reclamantă se referea la faptul că, în opinia acesteia, Comisia ar fi trebuit să prelungească data limită

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

pentru primirea de solicitări de clarificări privind documentația de atribuire, astfel încât părțile interesate să poată solicita informații suplimentare până la cinci zile lucrătoare înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Hotărârea instanței: Tribunalul a reținut că prevederile art. 141 alin. (2) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002⁴² (în forma în vigoare la data procedurii în cauză), nu permiteau Comisiei să stabilească drept dată limită pentru primirea de solicitări de clarificări privind documentația de atribuire, data de 2 septembrie 2005, în condițiile în care data limită de depunere a ofertelor fusese amânată de la 26 august la 30 septembrie 2005. Dimpotrivă, conform dispoziției menționate, autoritatea contractantă trebuia să comunice, „cât mai repede posibil”, părților interesate, răspunsurile „la solicitările de clarificări primite cu mai puțin de 8 zile calendaristice înainte de data limită de depunere a ofertelor”. Astfel, Tribunalul a considerat că, în principiu, data limită pentru primirea solicitărilor de clarificări trebuia să coincidă cu data limită pentru depunerea ofertelor, cu condiția ca autoritatea contractantă să aibă posibilitatea de a răspunde, cât mai repede, la aceste solicitări (pct. 57).

Tribunalul a subliniat că nu există niciun temei legal care să permită autorității contractante, în cazul în care data limită de depunere a ofertelor, stabilită inițial prin anunțul de participare, a fost prelungită, să stabilească o dată limită de primire a solicitărilor de clarificări anterioară cu mai mult de trei săptămâni față de noua dată limită de depunere a ofertelor (pct. 58).

Tribunalul a considerat că, prin raportare la prevederile art. 141 alin. (2) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002, Comisia nu dispune, atunci când stabilește data limită pentru primirea solicitărilor de clarificări, de libertatea de apreciere a termenului rezonabil ce poate fi luat în considerare, libertate prevăzută, în schimb, în ceea ce privește termenul rezonabil și adecvat pentru pregătirea și depunerea ofertelor. Termenul, ce poate fi luat în considerare, depinde de data limită de depunere a ofertelor, care a fost modificată prin erata din 23 august 2005, de natură să producă toate efectele asociate unei astfel de modificări, mai ales din punctul de vedere al prelungirii, accesorii și paralele, a termenului pentru primirea solicitărilor de clarificări (pct. 59).

⁴² Abrogat prin Regulamentul delegat (UE) nr. 1268/2012 al Comisiei din 29 octombrie 2012 privind normele de aplicare a Regulamentului (UE, Euratom) nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Stabilind, ca dată limită pentru primirea solicitărilor de clarificări, data de 2 septembrie 2005, în timp ce a prelungit data limită de depunere a ofertelor de la 26 august la 30 septembrie 2005, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 141 alin. (2) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002, această încălcare constituind o neregulă comisă în cadrul procedurii pre-contencioase (pct. 60).

Tribunalul a subliniat însă că, potrivit unei jurisprudențe constante⁴³, o asemenea neregulă procedurală poate conduce la anularea deciziei în cauză, doar dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative (pct. 61):

- se demonstrează că, în absența respectivei nereguli, procedura administrativă ar fi avut un rezultat diferit, dacă reclamanta ar fi avut posibilitatea să transmită solicitări de clarificări, până la data limită de depunere a ofertelor;
- exista, în această privință, o șansă, chiar redusă, ca reclamanta să poată determina un rezultat diferit al procedurii administrative, în lumina clarificărilor pe care le-ar fi transmis autoritatea contractantă.

Analizând documentele cauzei, Tribunalul a observat că mai mult de o sută de solicitări de clarificări, dintre cele 198 formulate în legătură cu procedura de atribuire, au provenit de la reclamantă, ceea ce reprezintă un număr considerabil. În lipsa unor argumente contrare, Tribunalul a reținut că Evropaïki Dynamiki nu neagă faptul că a primit răspunsuri la toate solicitările de clarificări transmise, chiar dacă a găsit nesatisfăcătoare unele dintre aceste răspunsuri. Tribunalul a punctat că, simpla invocare a posibilității teoretice ca Evropaïki Dynamiki să fi formulat alte solicitări de clarificări decât cele transmise, sau a dreptului reclamantei de a formula noi solicitări de clarificări, pe baza răspunsurilor primite de la autoritatea contractantă ca urmare a primelor solicitări, fără nicio explicație cu privire la conținutul acelor noi solicitări, sau la impactul pe care răspunsurile anticipate le-ar fi putut avea asupra pregătirii și

⁴³ A se vedea, în acest sens:

- pct. 31 din Hotărârea pronunțată în cauza C-194/99 P, privind procedura Thyssen Stahl vs Comisia [2003] ECR I-10821;
- pct. 340 și 430 din Hotărârea pronunțată în cauzele conexe T-191/98 și T-212/98 - T-214/98, privind procedura Atlantic Container Line și alții vs Comisia [2003] ECR II-3275;
- pct. 147 din Hotărârea pronunțată în cauza Case T-345/03, privind procedura Evropaïki Dynamiki vs Comisia [2008] ECR II-341.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

evaluării ofertei de puse de CustomSystems, nu poate fi acceptată. Tribunalul a arătat că, din motive practice evidente, atribuirea contractelor de achiziție publică nu poate să se realizeze printr-o procedură nesfârșită, în care diferiților ofertanți să li se ofere posibilitatea de a finaliza detaliile ofertelor lor, prin transmiterea, cât timp doresc, de solicitări de clarificări și informații suplimentare (pct. 67).

În concluzie, prin Hotărârea, din 9 septembrie 2011, pronunțată în cauza T-232/06, întrucât reclamanta nu a probat că neregula procedurală constatată a avut o influență concretă asupra ofertei depuse de CustomSystems (pct. 68), Tribunalul a respins capătul de cerere referitor la prelungirea datei limită pentru primirea de solicitări de clarificări privind documentația de atribuire.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-232/06>

5.1.5. Forma de constituire a garanției de participare (D5)

- **Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa modalitățile de constituire a garanției de participare**

Speța: În cadrul cap. III.1.1.a) Garanție de participare din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat: „... *Modul de constituire a garanției de participare – în conformitate cu prevederile art. 86 din HGR nr. 925/2006 cu completările ulterioare – prin virament bancar în contul nr. RO... – Trezoreria...*”. În schimb, în Secțiunea „Alte documente”, Formularul 4.3 „Cerere de restituire a garanției de participare”, autoritatea contractantă a inclus referiri la constituirea garanției de participare, prin **scrisoare de garanție bancară, ordin de plată, chitanță și alte forme de constituire.**

SC ... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, solicitând, printre altele, obligarea autorității contractante la modificarea cap. III.1.1.a) Garanție de participare din fișa de date a achiziției, în sensul de a fi permisă constituirea garanției de participare și printr-un instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări.

În punctul de vedere asupra contestației, autoritatea contractantă a invocat, referitor la acest aspect, că operatorul economic se află într-o gravă confuzie, care ar fi putut fi clarificată în urma unei solicitări de clarificări și se observă astfel reaua intenție a contestatoarei și dorința acesteia de tergiversare a procedurii de atribuire. Autoritatea contractantă a arătat că, la punctul III.1.1.a) Garanție de participare din fișa de date a achiziției, se menționează clar modul de constituire a garanției de participare în conformitate cu prevederile art. 86 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, articol al cărui conținut este prezentat chiar de contestatoare; astfel, era clar, în opinia autorității contractante, că aceasta va accepta orice formă de constituire a garanției de participare, în conformitate cu legislația în domeniu.

Decizia CNSC: CNSC reține ca fiind fondate susținerile autorității contractante referitoare la faptul că, prin menționarea prevederilor legale relevante (în speță, art. 86 din HG nr. 925/2006), rezultă că „*va accepta orice formă de constituire a garanției de participare în conformitate cu legislația în domeniu, ...*”, critica autoarei contestației apărând ca neîntemeiată.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Prin urmare, CNSC respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere al contestației referitor la remedierea încălcărilor dispozițiilor legale cu privire la modul de constituire a garanției de participare.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2013/BO2013_2029.pdf

- **În cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens**

Speța: Autoritatea contractantă a precizat, în fișa de date a achiziției, că „garanția de participare se va constitui în conformitate cu art. 86 alin. (1), (2) și (3) din H.G. nr. 925/2006”; de asemenea, în fișa de date a achiziției, a menționat „în cazul constituirii garanției de participare printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări se va folosi Formular nr. 25 sau un alt model care să conțină cel puțin datele din acest formular”.

În procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ..., autoritatea contractantă a consemnat că a respins trei oferte deoarece „garanția de participare nu fost constituită în conformitate cu prevederile art. 86 alin. (2) din HG nr. 925/2006, respectiv nu este irevocabilă. Comisia a decis respingerea ofertei în temeiul prevederilor art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, întrucât garanția de participare nu a fost constituită în forma solicitată în invitația de participare”.

Cei trei ofertanți au formulat contestație împotriva procesului-verbal al ședinței de deschidere, considerând că au constituit garanția de participare exact după modelul pus la dispoziție de autoritatea contractantă, respectiv Formularul nr. 25 din documentația de atribuire și că acoperă în totalitate toate prevederile art. 86 alin. (1), (2) și (3) din HG nr. 925/2006.

Decizia CNSC: Potrivit art. 33 alin. (3) lit. b) din HG nr. 925/2006, invocat de autoritatea contractantă, „în cadrul ședinței de deschidere, nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care se încadrează într-una din următoarele situații: (...) b) nu sunt însoțite de garanția de participare, în

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

quantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire". Totodată, CNSC ia în considerare că, potrivit art. 86 alin. (2) din același act normativ, de asemenea invocat în decizia de respingere a ofertelor, „*garanția trebuie să fie irevocabilă*”.

Din studiul dosarelor cauzei, CNSC ia în considerare că cei trei contestatori au constituit garanția de participare sub forma de scrisori de garanție, constatând, în acest sens, că toate cele trei documente includ informațiile prevăzute în formularul 25, impus de autoritatea contractantă. Astfel, CNSC constată că aspectul care trebuia clarificat este modul în care cele trei scrisori de garanție respectă prevederile art. 86 alin. (2) din HG nr.925/2006, respectiv dacă sunt sau nu „*irevocabile*”.

CNSC apreciază că, înainte de a respinge ofertele contestatorilor, autoritatea contractantă ar fi trebuit ca, utilizând instrumentele prevăzute la art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006, potrivit cărora „*în cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens. În orice situație, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o perioadă rezonabilă de timp pentru furnizarea precizărilor/confirmărilor solicitate*”, și să solicite emitenților scrisorilor de garanție, să precizeze în mod expres dacă acestea sunt sau nu irevocabile. De altfel, CNSC apreciază că raționamentul său este validat inclusiv de adresa emisă de ..., care atestă că angajamentul său emis în favoarea SC ... SA este „*irevocabil, valabilitatea scrisorii fiind până la ...*”.

În final, CNSC reține că, contrar principiului de drept „*actori incumbit probatio*”, potrivit căruia sarcina probei incumbă reclamantului, autoritatea contractantă a probat, în cuprinsul procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. ..., decizia de respingere a celor trei oferte prin alegații de forma „*garanția de participare nu fost constituită în conformitate cu prevederile art. 86 alin. (2) din HG nr. 925/2006, respectiv nu este irevocabilă*”, fără a indica în mod concret, care elemente din cuprinsul respectivelor documente au condus la această concluzie; aspect, care, în opinia CNSC, demonstrează modul superficial în care au fost analizate documentele în cauză.

Prin urmare, CNSC admite contestațiile, obligă autoritatea contractantă la modificarea procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, numai în ceea ce privește decizia de respingere a ofertelor celor trei contestatori, la

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

reevaluarea acestora, prin aplicarea prevederilor art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006, conform motivării CNSC, și la desemnarea ofertei câștigătoare, cu respectarea strictă a prevederilor art. 82 din HG nr. 925/2006.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2013/BO2013_2467.pdf

5.1.6. Impunerea de clauze contractuale inechitabile sau excesive (D6)

- **Autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili clauze contractuale care derogă de la prevederile legislației în vigoare**

Speța: În cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „*Acord-cadru de furnizare substanțe de contrast utilizate în examinarea CT și IRM*”, la art. 8.5 din capitolul „*Obligațiile achizitorului*” al modelului de contract subsecvent de furnizare produse (parte integrantă a documentației de atribuire), autoritatea contractantă a menționat că: „*Pe perioada de valabilitate a protocoalelor încheiate de către Ministerul ... cu Asociația ... și Asociația ..., plata se va efectua cu respectarea următorului calendar de eșalonare:*

a) 150 zile + 30 zile-pentru medicamente internaționale;

b) 150 zile pentru medicamente generice.

Facturarea se va efectua diferențiat pentru cele două categorii de medicamente prevăzute mai sus, în caz contrar, termenul de plată va fi la 180 de zile, indiferent de tipul produselor”.

În cadrul art. 8.2. din același document se precizează: „*Achizitorul va efectua plata produselor către furnizor în termen de până la 60 de zile de la data primirii următoarelor documente (...)*”.

SC ... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, invocând atât neconcordanța între termenele de plată impuse de către autoritatea contractantă, cât și faptul că dispozițiile privind termenul de plată încalcă dispoziții imperative ale legii, în speță, art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013.

Decizia CNSC: Potrivit dispozițiilor art. 6 alin. (4) din Legea nr. 72/2013 „*în cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligațiile bănești rezultând din contracte încheiate cu profesioniști este de cel mult 60 de zile calendaristice*”. Potrivit dispozițiilor art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 „*Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice (...)*”.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În ceea ce privește calendarul de eșalonare la plată, care i-a fost comunicat autorității contractante de către Ministerul Sănătății, ca urmare a încheierii Protoacoalelor cu Asociația ... și Asociația ..., CNSC reține faptul că protoacoalele în cauză conțin termene de eșalonare pentru datoriile Ministerului dinainte de data apariției Legii nr. 72/2013. Protoacoalele nu prevăd eșalonarea datoriilor de după intrarea în vigoare a Legii nr. 72/2013, deci termenul de plată potrivit prevederilor art. 6 alin. (4) este de 60 zile calendaristice, astfel că protoacoalele menționate în cadrul documentației de atribuire sunt inaplicabile în speță, motiv pentru care este necesară eliminarea prevederilor referitoare la acestea.

Prin urmare, CNSC admite contestația și dispune eliminarea art. 8.5 din documentul intitulat „*contract subsecvent de furnizare produse*”

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_0048.pdf

Autoritatea contractantă a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând anularea acesteia, ca nelegală și netemeinică.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei ..., ca fiind nefondată, considerând că decizia dată de CNSC este legală și temeinică, iar criticile contestatoarei aduse acestei decizii sunt nefondate și nu pot fi reținute. Astfel, faptul că Ministerul Sănătății a transmis autorității contractante Adresele ... prin care i-a comunicat obligativitatea respectării Legii nr. 72/2013, dar și a calendarelor de eșalonare convenite în Protoacole, nu au nicio relevanță în cauză. Protoacoalele se aplică pentru contractele încheiate până în momentul semnării acestora, ca urmare a acordului intervenit între părți și nu au aplicabilitate pentru noi contracte, în absența unui nou acord în acest sens.

- **Autoritatea contractantă trebuie să prevadă, în cuprinsul documentației de atribuire aferentă unui acord-cadru, elementele și condițiile esențiale ce stau la baza contractelor subsecvente ce urmează a fi atribuite ulterior, inclusiv un calendar estimativ de atribuire a contractelor subsecvente**

Speța: În cadrul documentației de atribuire, la art. 6.1 din Modelul de acord – cadru, la cap. 6 „*Durata acordului cadru*”, autoritatea contractantă a prevăzut că: „*Durata prezentului acord – cadru este de 24 de luni. Contractele subsecvente se vor încheia în funcție de necesitățile autorității contractante, pe toată perioada de valabilitate a acordului - cadru, cu încadrare în cantitatea*

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

maximă, condiționat de existența fondurilor bugetare". La cap. II.1.4) „Informații privind acordul cadru”, din cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a prevăzut că: „Frecvența și valoarea contractelor ce urmează să fie atribuite: contractele se vor atribui **lunar/trimestrial**, în funcție de buget și de necesitățile efective ale autorității contractante”.

SC ... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, solicitând CNSC să constate că precizarea periodicității aproximative a atribuirii contractelor subsecvente nu respectă prevederile imperative ale legii.

Decizia CNSC: Potrivit art. 66 lit. d) din HG nr. 925/2006 și art. 3 din OUG nr. 34/2006, CNSC arată autoritatea contractantă trebuie să prevadă, în cuprinsul documentației de atribuire aferentă unui acord-cadru, elementele și condițiile esențiale ce stau la baza contractelor subsecvente ce urmează a fi atribuite ulterior, inclusiv un calendar **estimativ** de atribuire a contractelor subsecvente.

Analizând modalitatea în care autoritatea contractantă a formulat textele de la art. 6.1 din Modelul de acord – cadru și cap. II.1.4) din fișa de date a achiziției, CNSC constată că acestea respectă dispozițiile legale enunțate anterior, întrucât s-a precizat frecvența cu care vor fi atribuite contractele subsecvente, respectiv lunar, sau trimestrial (adică la trei luni), chiar din actul normativ anterior citat, rezultând faptul că, stabilirea calendarului se face „*estimativ*”, ceea ce presupune că autoritatea contractantă procedează la stabilirea acestuia pe toată perioada de derulare a acordului cadru, cu încadrarea în cantitatea maximă și în funcție de fondurile bugetare pe care le are la dispoziție.

Sub acest aspect, CNSC are în vedere și dispozițiile art. 10 din Anexa la Ordinul CNAS nr. 190/2013 pentru aprobarea Normelor tehnice de realizare a programelor naționale de sănătate curative pentru anii 2013 și 2014, care dispune: „*Casele de asigurări de sănătate raportează Casei Naționale de Asigurări de Sănătate lunar, trimestrial sumele contractate (...)*”.

CNSC ia în considerare și susținerile autorității contractante care a precizat că va atribui contractele subsecvente lunar sau trimestrial, în funcție de „*modul variabil în care se realizează finanțarea pe programele naționale de sănătate, sumele alocate pe program variind de la o lună la alta*”.

Totodată, CNSC apreciază ca fiind nefondate criticile contestatorului potrivit cărora ofertanții interesați nu ar fi în măsură să își calculeze costurile aferente și să elaboreze o ofertă în cunoștință de cauză, întrucât autoritatea contractantă a stabilit un „*calendar aproximativ de atribuire a contractelor subsecvente*”, cum

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Însuși contestatorul recunoaște, în acest sens fiind nefondate și susținerile sale conform cărora autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 66 lit. d) din HG nr. 925/2006.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația formulată împotriva documentației de atribuire.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cns.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_0750.pdf

Operatorul economic a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând modificarea acesteia în sensul obligării autorității contractante să modifice documentele acord-cadru și contract subsecvent de furnizare produse, ce fac parte integrantă din documentația de atribuire, în sensul asigurării unor condiții contractuale echilibrate, care să fie în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei ..., ca fiind nefondată, pentru următoarele considerente:

Curtea constată că autoritatea contractantă nu a încălcat dispozițiile legale deoarece s-a precizat frecvența cu care vor fi atribuite contractele subsecvente, respectiv lunar sau trimestrial, ceea ce reprezintă o estimare rezonabilă în sensul art. 66 lit. d) din HG nr. 925/2006. Din documentația de atribuire nu rezultă că atribuirea contractelor se va face fără o limitare în timp, doar în funcție de necesitățile efective ale autorității, cum a interpretat petenta, ci că, contractele vor fi atribuite fie lunar, fie trimestrial, în funcție de necesități.

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică D6:

- Cauza C-243/89, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Regatul Danemarcei.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- **O clauză contractuală dintr-o documentație de atribuire, care introduce o discriminare bazată pe considerente privind naționalitatea, este contrară principiilor dreptului comunitar**⁴⁴

Cauza: C-243/89, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Regatul Danemarcei.

Speța: La 9 octombrie 1987, Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen (denumită în continuare „Storebælt”), autoritate contractantă daneză, a publicat în Suplimentul Jurnalului Oficial al Comunităților Europene, o procedură restrânsă de cerere de oferte privind construirea unui pod peste canalul de vest al strâmtorii Storebælt. La 28 aprilie 1988, autoritatea contractantă a transmis invitații, către cinci grupuri de societăți, în vederea depunerii de oferte.

Clauza menționată la art. 6 alin. (2) din condițiile generale, ce fac parte din caietul de sarcini, prevedea că *„antreprenorul este obligat să utilizeze, în cea mare măsură posibilă, materiale, bunuri de consum, forță de muncă și echipamente daneze”*.

Procedura s-a finalizat, la 26 iunie 1989, prin semnarea contractului de achiziție între autoritatea contractantă și consorțiul European Storebælt Group.

În urma corespondenței purtate cu guvernul danez și având în vedere că acesta nu a dat curs solicitării Comisiei de a anula contractul de achiziție în cauză și de a relua procedura de atribuire, Comisia a introdus acțiune, în fața Curții. Printre altele⁴⁵, Comisia a considerat că dispozițiile clauzei menționate la art. 6 alin. (2) din condițiile generale, ce fac parte din caietul de sarcini, reprezintă un obstacol în calea liberei circulații a mărfurilor, serviciilor și lucrătorilor. Comisia a apreciat că respectiva clauză este bazată pe considerente ce țin de naționalitate și are, în mod evident, un efect discriminatoriu contrar principiului fundamental al dreptului comunitar, menționat la art. 7 TCEE⁴⁶; în fapt, obligațiile ce decurg din acea clauză creează obstacole în calea importului de materiale care nu sunt originare din Danemarca și afectează întreprinderile stabilite în alte state membre, precum și lucrătorii de altă naționalitate decât cea daneză.

⁴⁴ Legislația corespondentă din România: art. 2 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

⁴⁵ O altă critică privea faptul că autoritatea contractantă daneză a luat în considerare, în cadrul procedurii, o ofertă care nu îndeplinea unele dintre condițiile generale, ce făceau parte din caietul de sarcini.

⁴⁶ În prezent, art. 18 TFUE (ex-art. 12 TCE).

În fața Curții, guvernul danez a invocat, printre altele, că, înainte de semnare, a eliminat clauza, în discuție, din contractul de achiziție publică. Comisia a replicat că, deși clauza menționată la art. 6 alin. (2) din condițiile generale a fost eliminată din contract, totuși mai există, în contract, alte referiri la produse de origine daneză.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea, din 22 iunie 1993, pronunțată în cauza C-243/89, Curtea a declarat, printre altele, că, întrucât autoritatea contractantă daneză a cerut oferte pe baza unei cerințe care reclama utilizarea, în cea mai mare măsură posibilă, de materiale, bunuri de consum, forță de muncă și echipamente daneze, Regatul Danemarcei nu și-a îndeplinit obligațiile ce îi revin în conformitate cu dreptul comunitar, încălcând, mai ales, art. 30 TCEE⁴⁷, art. 48 TCEE⁴⁸ și art. 59 TCEE⁴⁹, precum și Directiva 71/305/CEE.

În acest sens, Curtea a reținut că, deși clauza în discuție fusese eliminată cu puțin timp înainte de semnarea contractului de achiziție, respectiv înainte de notificarea, de către Comisie, a avizului motivat, aceasta nu schimbă faptul că procedura de atribuire s-a derulat pe baza unei clauze care nu era conformă cu dreptul comunitar și care era de natură să influențeze atât componența diferitelor consorții, cât și conținutul ofertelor depuse de cele cinci consorții preselectate. Rezultă astfel că, doar eliminarea acestei clauze, în ultima fază a procedurii, nu poate fi considerată suficientă pentru a remedia încălcarea obligațiilor, invocată de Comisie (pct. 26).

De asemenea, Curtea a punctat că, dacă guvernul danez ar fi dat curs cererii Comisiei de a amâna semnarea contractului, atunci încălcarea obligațiilor, invocată în speță, ar fi fost lipsită de efecte juridice (pct. 27).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61989CJ0243>

⁴⁷ În prezent, art. 34 TFUE (ex-art. 28 TCE).

⁴⁸ În prezent, art. 45 TFUE (ex-art. 39 TCE).

⁴⁹ În prezent, art. 56 TFUE (ex-art. 49 TCE).

5.1.7. Nedivizarea achiziției pe loturi, în cazul produselor/lucrărilor similare (D7)

- **Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea contractului de achiziție publică, pe loturi, atât timp cât prin aceasta nu urmărește divizarea artificială a achiziției, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor OUG nr. 34/2006 care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice**

Speța: Autoritatea contractantă ... a lansat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică, având ca obiect *„Infrastructură hardware și software necesare pentru realizarea proiectului, respectiv serviciilor de dezvoltare și implementare a sistemului informatic (analiza cerințelor, proiectare, implementare, testare sistem informatic, inclusiv portal web, precum și instruirea personalului care va utiliza produsele software implementate și a celui care va asigura mentenanța sistemului informatic dezvoltat), inclusiv servicii de consultanță în domeniul managementului de proiect – SMIS 48726”*.

SC ... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, solicitând *„admiterea în totalitate a contestației; anularea procedurii de atribuire pe considerentul existenței unor abateri grave de la prevederile legislative, având în vedere faptul că măsura anulării este unica măsură posibilă de restabilire a legalității, în prezenta speță”*.

Analizând cerințele din caietul de sarcini, contestatorul a constatat că respectivul contract viza implementarea a două grupe principale de activități: I. **Managementul contractului de finanțare** - conform capitolului 2. Managementul contractului de finanțare și II. **Implementarea unui sistem informatic** – conform capitolului 3. Cerințe privind soluția funcțională și tehnică.

Contestatorul a invocat faptul că, prin cumularea, în același contract, a unor tipuri de activități diferite, care implică din partea operatorilor economici calificări diferite și necesită constituirea unei echipe de proiect cu profiluri multiple, s-a conturat un contract cu un obiect complex și eterogen, dificil sau chiar imposibil de gestionat de către un singur operator economic care a implementat și ar avea experiența unor proiecte informatice similare.

Din aceste motive, contestatorul a considerat că ar fi fost necesară împărțirea serviciilor în loturi, decizia autorității contractante de a le cumula în cadrul

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

aceluiși contract fiind de natură a restrânge concurența între operatorii economici cu premisa utilizării ineficiente a banilor publici.

Decizia CNSC: CNSC reține că, din modul de formulare a art. 10 alin. (1) din HG nr. 925/2006 și a art. 23 din OUG nr. 34/2006, rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că legiuitorul a reglementat **un drept** al autorității contractante de care poate uza, **și nu** a instituit **o obligație** în sarcina acesteia.

Analizând serviciile care urmau a fi achiziționate, CNSC observă că acestea erau interdependente; serviciile de implementare a unei soluții informatice finanțat din fonduri europene sunt corelate cu serviciile de management al contractului de finanțare, motiv pentru care nedivizarea procedurii pe loturi nu poate fi considerată contrară prevederilor legale în vigoare, cu atât mai mult cu cât exista o strânsă legătură între activitățile previzionate a se realiza în cadrul contractului.

Mai mult, CNSC punctează că, pentru îndeplinirea condițiilor de calificare și selecție impuse de către autoritatea contractantă sau a prestării serviciului, legiuitorul acordă operatorilor economici interesați dreptul de a participa în cadrul unei proceduri în asociere cu un alt operator economic potrivit art. 44 din OUG nr. 34/2006 sau de a subcontracta parte a contractului respectiv conform art. 45 din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația înaintată de SC

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1166.pdf

SC ... a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând desființarea acesteia, ca netemeinică și nelegală, și, în principal, obligarea autorității contractante la divizarea pe loturi a contractului ce urmează a fi atribuit în urma licitației, iar în subsidiar, anularea procedurii de atribuire pe considerentul existenței unor abateri grave de la prevederile legislative.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei ..., ca fiind nefondată, pentru următoarele considerente:

Curtea constată că dispozițiile art. 28 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 se referă la achiziționarea de servicii similare, situație ce nu se regăsea în cauză, ca urmare a faptului că obiectul achiziției publice era format din servicii diferite, între care

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

există totuși un grad de interdependență. În acest sens, Curtea apreciază că sunt corecte afirmațiile autorității contractante, referitoare la faptul că serviciile de furnizare a sistemului informatic destinat gestiunii în format electronic a Registrului Agricol, de consultanță pentru managementul proiectului și de instruire nu pot fi catalogate ca fiind „*similare*”, în sensul dispozițiilor legale precizate, obiectul acestora fiind esențialmente diferit, respectiv pachete software și sisteme informatice, servicii de dezvoltare software, servicii IT – consultanță, dezvoltare de software, internet și asistență, mașini de procesare a datelor și servicii generale de consultanță în management. Curtea punctează că, de altfel, chiar petenta, la fila nr. 6 din plângere, a subliniat că serviciile ce urmează a fi achiziționate sunt complet independente unele de altele, împrejurare ce venea să confirme concluzia anterior expusă.

Curtea consideră că, în realitate, nici dispozițiile OUG nr. 34/2006 și nici cele ale HG nr. 925/2006 nu instituie obligația autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul contractului, așa cum susținea petenta. Curtea arată că absența unei astfel de obligații este corectă și logică, întrucât autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică, în parte și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.

Ca urmare, din interpretarea sistematică a tuturor dispozițiilor legale precizate, Curtea consideră că voința legiuitorului nu este în sensul indicat de petentă, întrucât operația de scindare a obiectului contractului apare doar ca o posibilitate a autorității contractante, de care aceasta trebuie să uzeze în mod justificat, atunci când interesul public o impune și fără a o deturna de la scopul său – în sensul de a nu o utiliza exclusiv pentru a sustrage diverse achiziții de la aplicabilitatea dispozițiilor legale din materie (ex. achiziții prin atribuire directă). Astfel, Curtea punctează că scindarea contractului este reglementată ca o situație de excepție, iar nu de regulă, așa cum susținea petenta.

Curtea subliniază că fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care stabilește, în funcție de condițiile concrete, toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În același sens, Curtea apreciază că, în lipsa unor dispoziții legale exprese și imperative, revine autorității contractante rolul de a asigura un echilibru între interesele sale (în condițiile în care regula este aceea a priorității interesului publice, în dauna celui privat, al operatorilor economici) modalitatea de atingere a acestora – ceea ce presupune stabilirea obiectului contractului, a documentației și a întregii proceduri de atribuire -, precum și respectarea legislației în materia achizițiilor publice. Or, în cauză, Curtea reține că petenta nu a administrat probe din care să rezulte că acest echilibru nu a fost respectat, susținerile sale fiind simple aprecieri subiective.

- **Deși posibilitatea de a recurge la atribuirea contractului de achiziție publică, pe loturi, este un drept al autorității contractante, aceasta are obligația de a analiza oportunitatea utilizării acestei oportunități pentru a garanta respectarea principiilor ce guvernează achizițiile publice**

Speța: Autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire, prin licitație restrânsă cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Servicii închiriere linii telecomunicații și VPN*”.

SC ... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, solicitând obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire prin împărțirea pe loturi a serviciilor ce fac obiectul procedurii, precum și prin eliminarea specificațiilor tehnice restrictive, astfel încât să se asigure promovarea concurenței între operatorii economici, iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 181 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 114/2011.

În motivarea contestației, SC ... a arătat că, prin organizarea procedurii, autoritatea contractantă a urmărit achiziționarea a două categorii de servicii, respectiv linii închiriate și VPN, fără divizare pe loturi, ceea ce limita, în opinia sa, concurența între operatorii economici și încălca principiul nediscriminării. În acest sens, contestatorul a arătat că serviciile de linii închiriate sunt independente față de serviciile VPN și nu funcționează pe aceeași infrastructură, fapt ce rezultă cu claritate și din codurile și clasele CPV complet diferite în care sunt incluse aceste categorii de servicii.

Totodată, contestatorul a apreciat că specificațiile tehnice impuse de autoritatea contractantă pentru liniile închiriate, atât pentru cele analogice cât

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

și pentru cele digitale, sunt restrictive, îngrădind accesul operatorilor economici la această procedură și favorizând, în același timp, un singur ofertant.

Contestatorul a învederat că Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații a constatat că singurul furnizor de linii închiriate analogice din România este SC ... SA, societate care fusese și continua să fie singurul furnizor de servicii de linii închiriate și VPN pentru autoritatea contractantă. Astfel, contestatorul a precizat că specificațiile caietului de sarcini, care se referă la liniile închiriate analogice și digitale, sunt identice cu cele cuprinse în oferta de referință pentru interconectare a SC ... SA, disponibilă pe pagina de internet a acesteia.

În concluzie, contestatorul a susținut că autoritatea contractantă dorea achiziționarea serviciilor ce fac obiectul procedurii numai de la SC ... SA, specificațiile tehnice impuse, referitoare la liniile închiriate, excluzând orice concurență între operatorii economici, organizarea prezentei proceduri de achiziție publică fiind pur formală, numai pentru a se crea iluzia unei proceduri publice și transparente.

Decizia CNSC: CNSC reține că serviciile ce se dorește a fi furnizate în baza acordului-cadru ce se va încheia, sunt distincte, în sensul că linii închiriate analogice sunt linii închiriate capabile să transmită semnale în bandă vocală, în timp ce rețeaua virtuală privată (VPN) este utilizată pentru traficul de date, fiind grupate de chiar autoritatea contractantă în două categorii separate, așa cum apare evidențiat în cadrul prevederilor legate de obiectul contractului, ce se regăsesc în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, aspect confirmat și de modul în care a fost întocmit caietul de sarcini, autoritatea contractantă stabilind specificații tehnice separate și diferit pentru fiecare dintre cele două categorii de servicii.

CNSC arată că, în baza prezentei documentații de atribuire, fiecare operator economic are obligația de a prezenta o ofertă care să includă ambele categorii de servicii, ceea ce înseamnă că oferta aceluși ofertant care nu va oferi ambele categorii de servicii va fi respinsă, ca neconformă, așa cum susține și contestatorul.

CNSC apreciază că, prin impunerea acestui mod de participare la procedură, autoritatea contractantă aduce în mod vădit atingere atât scopului OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, de promovare a concurenței între operatorii economici,

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

cât și principiilor legale al nediscriminării și tratamentului egal, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică.

CNSC punctează că, deși nu este interzisă gruparea mai multor tipuri de servicii într-un singur contract, dacă această grupare determină anumite îngrădiri pentru operatorii economici interesați în participarea la procedură, ea devine abuzivă și contrară principiilor și scopurilor de la art. 2 din OUG nr. 114/2011⁵⁰. Faptul că autoritatea contractantă însăși arată că SC ... SA (actualul prestator de linii analogice) este într-un oarecare avantaj, avantaj pe care CNSC nu îl poate reține ca fiind oarecare, ci unul evident și determinant în condițiile în care operatorul economic menționat este singurul furnizor de linii închiriate analogice din România, iar ceilalți operatori economici care oferă astfel de servicii trebuie să preia de la .. contra cost, accesul la bucla locală de abonat.

Acest aspect, dublat de nedivizarea pe loturi a contractului, nu poate avea decât un singur rezultat, mai mult decât previzibil, și anume atribuirea acordului-cadru către SC ... SA, operator economic care, pe de o parte, poate oferi întreaga gamă de servicii, iar, pe de altă parte, în cazul liniilor închiriate analogice, prețul oferit va fi unul de furnizor, suspiciunea contestatorului în sensul intenției autorității contractante de a favoriza un anumit operator economic fiind, în situația dată, îndreptățită.

Având în vedere că executarea contractului poate fi divizată pe loturi, respectiv un lot să fie constituit de *“Asigurarea de servicii de linii închiriate analogice și/sau digitale, între locațiile aparținând MAPN”*, iar celălalt de *“Asigurarea unei rețele virtual private (VPN) utilizând suportul de comunicații asigurat de rețeaua integrată proprie a integratorului de servicii”*, criticile contestatorului se rețin a fi întemeiate.

Referitor la critica contestatorului conform căreia specificațiile din caietul de sarcini care se referă la liniile închiriate analogice și digitale (cap.3 Cerințe pentru circuite închiriate, pag.4-7) sunt identice cu cele cuprinse în Oferta de referință pentru interconectare a SC ... SA, disponibilă pe pagina de internet a acestui operator economic, CNSC constată că acest aspect rezultă la simplă analiză comparativă a specificațiilor tehnice din cele două documente.

⁵⁰ Scopul și principiile prevăzute la art. 2 din OUG nr. 114/2011 sunt identice cu scopul, respectiv principiile prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Prin urmare, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a făcut dovada că aceste specificații tehnice sunt îndeplinite și de alți ofertanți, critica contestatorului se reține a fi întemeiată, raportat la prevederile art. 31 alin. (13) din OUG nr. 114/2011.

Prin urmare, CNSC admite contestația și anulează procedura de atribuire, măsura anulării fiind justificată de faptul că divizarea achiziției pe loturi nu este permisă de configurația tehnică a Sistemului Electronic de Achiziții Publice – SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_2081.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică D7:

- Cauza C-16/98, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Republica Franceză.

- **În cazul unor lucrări ale căror rezultate au aceeași funcție economică și tehnică, autoritatea contractantă trebuie să respecte reglementările comunitare aplicabile, prin raportare la valoarea estimată totală a respectivelor lucrări (astfel, aplicarea mai multor proceduri de atribuire, fiecare în parte cu o valoare estimată inferioară pragurilor prevăzute de legislația comunitară în materie, pentru lucrări ale căror rezultate au aceeași funcție economică și tehnică, constituie o divizare artificială a achiziției, dacă valoarea estimată totală a respectivelor lucrări este egală sau superioară acelor praguri)⁵¹**

Cauza: C-16/98, privind procedura Comisia Comunităților Europene vs Republica Franceză.

⁵¹ Legislația corespondentă din România: art. 4 alin. (2), art. 23, art. 29 alin.(3) din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Speța: La 21 decembrie 1994, Syndicat départemental d'Electrification de la Vendée (denumit în continuare „Sydev”), organism ce reunește diferitele uniuni inter-comunale de electrificare, din departamentul Vendée, a transmis spre publicare în Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (buletinul oficial francez al anunțurilor privind achizițiile publice, denumit în continuare „BOAMP”) un număr de 37 de anunțuri de participare pentru lucrări de electrificare sau de iluminat public, ce urmau să se realizeze în următorii trei ani. Toate aceste anunțuri, publicate în BOAMP, la 12 ianuarie 1995, priveau lucrări cu o valoare totală de 609.000.000 franci, în decursul celor trei ani, din care 483.000.000 franci pentru contractele de achiziție publică de lucrări de electrificare, iar 126.000.000 franci pentru contractele de achiziție publică de lucrări privind iluminatul public.

În toate anunțurile publicate în BOAMP, Sydev era declarat drept „*organismul care atribuie contractul de achiziție publică*”; ofertele trebuiau transmise direcției lucrări din cadrul Sydev, cu indicarea denumirii uniunii intercomunale în cauză. Lucrările la rețelele de distribuție a energiei electrice erau descrise, în mod identic, în diferitele anunțuri de participare; acestea priveau „*operațiunile de electrificare, precum și lucrările accesorii aferente, cum ar fi, de exemplu, cele privind rețeaua de telefonie, rețeaua de televiziune prin cablu, rețeaua publică de difuzoare*”. Descrierea lucrărilor la rețelele de iluminat public era, de asemenea, identică în toate anunțurile relevante; aceste lucrări priveau „*operațiunile de iluminat public, precum și lucrările accesorii aferente, cum ar fi, de exemplu, cele privind rețeaua publică de difuzoare*”.

Tot la 21 decembrie 1994, Sydev a transmis spre publicare, la nivel comunitar, anunțurile de participare la procedurile de atribuire a principalelor șase contracte de achiziție publică de lucrări de electrificare. Aceste anunțuri, care au fost publicate, la 6 ianuarie 1995, în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (denumit în continuare „JOCE”), precizau că ofertele trebuie transmise la adresa Sydev, cu indicarea denumirii uniunii intercomunale în cauză. În toate aceste anunțuri, Sydev era declarată drept autoritatea contractantă, mențiune însoțită, în toate cazurile, cu o singură excepție, de denumirea entității locale în cauză.

Contractele de achiziție publică au fost atribuite, prin aplicarea procedurii restrânse, pe bază de liste de prețuri, cu emiterea de comenzi. Dosarele achizițiilor, puse la dispoziție de guvernul francez, relevă că aceste contracte au fost atribuite, conform următoarei proceduri: în primă fază, a fost realizată o listă restrânsă a candidaților care au prezentat toate certificatele, ce probau

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

respectarea cerințelor administrative, și care aveau capacitatea să realizeze lucrările în cauză; ulterior, unul dintre candidați a fost selectat, probabil pe criteriul oferta cu prețul cel mai scăzut. Ofertele se prezentau sub forma unei diferențe procentuale față de lista de prețuri propusă; candidatul declarat câștigător urma să primească, pe parcursul perioadei de trei ani, comenzi pentru anumite articole de lucrări.

Anunțurile de atribuire pentru cele 37 de proceduri de atribuire, inclusiv pentru cele șase proceduri de atribuire publicate în JOCE, au fost publicate în BOAMP, la 29 septembrie 1995. În toate aceste anunțuri, Sydev era desemnat ca fiind „*organismul care a atribuit contractul de achiziție publică*”. În schimb, nici un anunț de atribuire nu a fost transmis pentru publicarea în JOCE.

Comisia a considerat că cele 37 de contracte de achiziție publică reprezentau loturi ale unei singure lucrări, pentru care era răspunzătoare o singură autoritate contractantă, respectiv Sydev, și că dispozițiile Directivei 93/38/CEE⁵² ar fi trebuit să se aplice pentru toate aceste contracte, nu doar pentru principalele șase loturi. La 17 ianuarie 1996, Comisia a adresat o scrisoare de punere în întârziere autorităților franceze, obiecțiunile comunicate privind divizarea loturilor în contracte diferite, nepublicarea, la nivel comunitar, a anunțurilor pentru două treimi din loturi și utilizarea unei variante de derulare a contractului⁵³, derivată din procedura de achiziție continuă, față de care Comisia deja inițiasse o altă procedură privind încălcarea obligațiilor comunitare.

Prin scrisoarea din 14 iunie 1996, autoritățile franceze au negat încălcarea invocată de Comisie, susținând că cele 37 de contracte de achiziție publică nu fuseseră divizate, în mod artificial, ci că fuseseră, în mod efectiv, încheiate, separat, de fiecare dintre uniunile inter-comunale de electrificare interesate, din departamentul Vendée, și că, prin urmare, pragul pentru publicarea unui anunț în JOCE trebuia aplicat fiecărui contract, luat individual. De asemenea, autoritățile franceze au afirmat că uniunile inter-comunale în cauză nu aplicaseră, în fapt, o procedură de achiziție continuă.

Întrucât, nici după transmiterea unui aviz motivat, autoritățile franceze nu și-au reconsiderat poziția, Comisia Europeană a decis să introducă acțiune în fața Curții, invocând încălcarea dispozițiilor Directivei 93/38/CEE și, în special, a art.

⁵² Abrogată prin Directiva 2004/17/CE de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale.

⁵³ Prin emiterea de comenzi către operatorul economic.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

1 alin. (1), (5) și (7), a art. 4 alin. (2), a art. 14 alin. (1), (10) și (13) și a art. 21, 24 și 25.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea, din 5 octombrie 2000, pronunțată în cauza C-16/98, Curtea a reținut că entitățile franceze responsabile de derularea **procedurilor atribuire a contractelor de achiziție publică de lucrări de electrificare**, inițiate în departamentul Vendée, în decembrie 1994:

- au divizat lucrarea;
- nu au publicat în JOCE un anunț de participare pentru toate contractele de achiziție ce alcătuiau acea lucrare și care depășeau pragul prevăzut de Directiva 93/38/CEE, ci s-au limitat să publice anunțuri doar pentru șase dintre acestea;
- nu au transmis toate informațiile cerute, conform Anexei XII la Directiva 93/38/CEE, în ceea ce privește cele șase proceduri pentru care s-au publicat anunțuri de participare, în JOCE;
- nu au comunicat Comisiei informațiile referitoare la atribuirea tuturor contractelor ce alcătuiau acea lucrare și care depășeau pragul prevăzut de Directiva 93/38/CEE,

astfel că Republica Franceză nu și-a îndeplinit obligațiile prevăzute de art. 4 alin. (2), art. 14 alin. (1), (10) și (13), coroborate cu art. 21 alin (1) și (5), art. 24 alin (1) și (2) și art. 25 alin. (5) din Directiva 93/38/CEE.

Motivarea Curții poate fi structurată astfel:

I. Cu privire la **presupusa divizare artificială între contractele de lucrări la rețeaua de distribuție a energiei electrice și contractele de lucrări la rețeaua de iluminat public:**

Pentru a demonstra **existența unei singure lucrări**, Comisia a invocat că, în speță, procedurile sunt organizate de o singură autoritate contractantă și că între cele două categorii de contracte există o asemenea legătură, încât o întreprindere, din spațiul comunitar, ar putea să le considere drept o singură operațiune economică și să oferteze pentru întreaga operațiune.

Curtea a arătat că, deși existența unei singure autorități contractante și posibilitatea unei întreprinderi, din spațiul comunitar, de a executa întregul ansamblu de lucrări, ce fac obiectul achizițiilor publice, pot, în funcție de elementele concrete, să constituie o dovadă circumstanțială a existenței unei lucrări, în sensul Directivei 93/38/CEE, totuși, pe de altă parte, acestea nu pot

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

constitui criterii determinante pentru tragerea unei asemenea concluzii. Astfel, existența mai multor autorități contractante și imposibilitatea executării întregului ansamblu de lucrări, în cauză, de către o singură întreprindere, nu sunt de natură să pună la îndoială existența unei singure lucrări, dacă această concluzie se impune prin aplicarea criteriilor funcționale definite la art. 14 alin. (10) primul paragraf a doua teză din Directiva 93/38/CEE⁵⁴ (pct. 42).

În acest sens, Curtea a punctat că, față de primul aspect, este posibil ca, pentru motive administrative sau de altă natură, un program de lucrări pentru executarea unei lucrări, în sensul directivei, să facă obiectul mai multor proceduri, lansate de diferite autorități contractante. Acesta poate fi cazul, de exemplu, al construirii unui drum care traversează teritoriul mai multor unități administrativ-teritoriale, fiecare dintre acestea fiind răspunzătoare, din punct de vedere administrativ, pentru câte un sector de drum. Într-un asemenea caz, obiectivul Directivei 93/38/CEE⁵⁵ nu ar mai fi atins, dacă aceasta nu ar fi aplicată, întrucât valoarea estimată a fiecărui sector ar fi inferioară pragului stabilit de directivă.

Referitor la cel de-al doilea aspect, Curtea a subliniat că o întreprindere din spațiul comunitar ar putea dori să fie informată cu privire la valoarea tuturor loturilor ce alcătuiesc o lucrare, deși nu are posibilitatea de a le executa pe toate, întrucât aceasta este singura modalitate în care respectiva întreprindere poate aprecia întregul obiect al achiziției și numai astfel poate să își stabilească prețurile în funcție de numărul de loturi pentru care dorește să oferteze, inclusiv, dacă este cazul, în funcție de loturile cu o valoare inferioară pragului stabilit de directivă (pct. 46).

Având în vedere cele menționate, Curtea a reținut că, în aplicarea definiției date termenului „lucrare”, la art. 14 alin. (10) din Directiva 93/38/CEE, existența, în speță, a unei singure lucrări trebuie determinată prin raportare la funcția economică și tehnică îndeplinită de rețeaua de distribuție a energiei electrice, respectiv de rețeaua de iluminat public.

⁵⁴ De altfel, această definiție nu condiționează existența unei lucrări de aspecte precum numărul de autorități contractante sau faptul că ansamblul lucrărilor poate fi executat de o singură întreprindere (pct. 43).

⁵⁵ De a asigura că întreprinderi din alte state membre pot oferta pentru contracte de achiziție publică sau pentru pachete de astfel de contracte, în măsura în care ar putea prezenta interese pentru acestea, din motive obiective referitoare la valoarea estimată a respectivelor contracte (pct. 44).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Prin raportare la **funcția economică și tehnică îndeplinită de cele două tipuri de rețele**, Curtea a constatat, pe de o parte, că o rețea de distribuție a energiei electrice are drept scop, din punct de vedere tehnic, să transporte energia electrică de la producător, la consumatorul individual final; din punct de vedere economic, acesta din urmă trebuie să plătească producătorul, în funcție de ceea ce a consumat (pct. 52).

Pe de altă parte, o rețea de iluminat public are drept scop, din punct de vedere tehnic, să ilumineze spațiile publice, utilizând energia electrică furnizată de rețeaua de distribuție a energiei electrice. Autoritatea, care asigură iluminatul public, suportă ea însăși costul energiei electrice utilizate, dar recuperează, ulterior, sumele cheltuite de la populația deservită, fără să adapteze sumele solicitate în funcție de beneficiul efectiv al fiecărui individ, în parte (pct. 53).

Curtea a reținut că rețeaua de distribuție a energiei electrice și rețeaua de iluminat public au o funcție, economică și tehnică, diferită (pct. 54), astfel că lucrările la rețeaua de distribuție a energiei electrice și cele la rețeaua de iluminat public nu pot fi considerate ca reprezentând loturi ale unui singure lucrări, divizată artificial, cu încălcarea prevederilor art. 14, alin. (10), primul paragraf și ale alin. (13) din Directiva 93/38/CEE (pct. 56).

Curtea a respins și alte două argumente invocate de Comisie pentru a demonstra o presupusă divizare artificială a unei singure lucrări:

- faptul că, atât în anunțurile privind lucrările la rețeaua de distribuție a energiei electrice, cât și în cele privind lucrările la rețeaua de iluminat public, se face referire la rețeaua publică de difuzoare. Curtea a precizat că acest fapt nu înseamnă că rețeaua de distribuție a energiei electrice și rețeaua de iluminat public ar îndeplini aceeași funcție economică și tehnică, iar includerea referirii la rețeaua publică de difuzoare ar putea fi justificată de faptul că părți ale acestei rețele trec prin conductele rețelei de distribuție a energiei electrice și pe stâlpii rețelei de iluminat public, astfel că orice lucrări la una dintre aceste două rețele implică și intervenții asupra rețelei publice de difuzoare (pct. 58);
- faptul că, în alte anunțuri de participare publicate de organismele competente din departamentele Dordogne și Calvados, nu s-a operat nicio distincție între lucrările la rețeaua de distribuție a energiei electrice și cele la rețeaua de iluminat public. Curtea a reținut că

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

această situație nu are nicio influență asupra funcției diferite pe care cele două rețele o îndeplinesc (pct. 59).

Prin urmare, Curtea a respins critica formulată de Comisie cu privire la presupusa divizare artificială între contractele de lucrări la rețeaua de distribuție a energiei electrice și contractele de lucrări la rețeaua de iluminat public.

II. Cu privire la ***presupusa divizare artificială între contractele de lucrări la rețeaua de distribuție a energiei electrice***:

Pentru susținerea acestei critici, Comisia a invocat următoarele argumente (pct. 61):

- faptul că aceste rețele se învecinează;
- simultaneitatea programelor de lucrări;
- descrierea identică a acestor lucrări în anunțurile de participare;
- coordonarea de ansamblu asigurată de Sydev.

Contraargumentele guvernului francez au privit faptul că fiecare uniune inter-comunală, în parte, a încheiat câte un contract de achiziție publică pentru rețeaua care intra în competența sa; în acest sens, s-a precizat că uniunile inter-comunale poartă răspunderea pentru rețelele de distribuție a energiei electrice de joasă tensiune, pornind de la stațiile de transformare care alimentează cu energie electrică pe consumatorii de pe teritoriul lor (pct. 62). De asemenea, s-a arătat că legăturile dintre aceste stații de transformare și rețeaua de înaltă tensiune nu pot conduce la concluzia că întregul sistem constituie o singură rețea și că, astfel, orice lucrare privind acea rețea ar trebui considerată ca fiind parte a unei singure lucrări; o interpretare diferită ar presupune ca orice lucrare privind rețelele de distribuție a energiei electrice, din Franța, în ansamblu, să fie considerată ca parte a unei singure lucrări (pct. 63).

Curtea a observat că, deși, din motive administrative, uniunile inter-comunale din departamentul Vendée sunt răspunzătoare doar pentru rețelele de distribuție a energiei electrice de joasă tensiune amplasate pe teritoriul comunelor membre ale acestora, acest fapt nu prezintă o importanță decisivă, întrucât acele rețele sunt inter-conectabile și, luate în ansamblu, îndeplinesc o singură funcție economică și tehnică, aceea de a distribui și vinde consumatorilor din departamentul Vendée energia electrică produsă și furnizată de Électricité de France (pct. 64).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În ceea ce privește afirmația guvernului francez că o astfel de interpretare ar putea fi aplicată la ansamblul rețelei franceze de distribuție a energiei electrice, Curtea a reținut că fiecare procedură de achiziție publică trebuie evaluată prin luarea în considerare a contextului și particularităților sale. În speță, Curtea a punctat că există factori importanți ce justifică o cumulare, la acel nivel, a contractelor de achiziție publică, cum ar fi publicarea concomitentă a anunțurilor de participare, similitudinile dintre anunțurile de participare, caracterul unitar al zonei geografice în cadrul căreia aceste proceduri au fost lansate și coordonarea pe care a asigurat-o Sydev, organismul ce grupează uniunile inter-comunale responsabile cu electrificarea în cadrul departamentului (pct. 65).

Prin urmare, Curtea a admis critica formulată de Comisiei cu privire la divizarea artificială între contractele de lucrări la rețeaua de distribuție a energiei electrice.

III. Cu privire la ***presupusa divizare artificială între contractele de lucrări la rețeaua de iluminat public***:

Argumentele invocate de Comisie au fost aceleași menționate în cadrul criticii de la pct. II de mai sus, în timp ce guvernul francez a accentuat natura locală și autonomia rețelelor de iluminat public.

Curtea a observat că, spre deosebire de rețelele de distribuție a energiei electrice, rețelele de iluminat public nu sunt, în mod necesar, interdependente, din punct de vedere tehnic, deoarece acestea din urmă pot fi limitate la zonele construite și deoarece nu este necesară o interconectare a lor. De asemenea, este posibil, din punct de vedere economic, ca entitățile locale în cauză să își asume, fiecare în parte, povara financiară ce decurge din exploatarea unei asemenea rețele. Având în vedere aceste elemente, îi revenea Comisiei sarcina de a proba că, din punct de vedere tehnic și economic, rețelele de iluminat public în cauză aveau un caracter unitar, la nivelul departamentului; Curtea a constatat însă că asemenea dovezi nu au fost prezentate, de către Comisie (pct. 69).

Prin urmare, Curtea a respins critica formulată de Comisiei cu privire la presupusa divizare artificială între contractele de lucrări la rețeaua de iluminat public.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-16/98>

5.1.8. Alte motive de critici formulate la documentația de atribuire (D8)

- **Autoritatea contractantă are obligația de a stabili perioada dintre data publicării anunțului/invitației de participare și data limită de depunere a candidaturilor/ofertelor, în funcție de complexitatea contractului și/sau de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire**

Speța: În cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „*Elaborare PT, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări pentru reabilitarea infrastructurii de mișcare a Aeroportului ...*”, SC ... a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. ..., accesul la studiul geotehnic, precum și posibilitatea vizitării amplasamentului. Răspunsul autorității contractante a fost transmis în data de 05.06.2014, fiindu-i comunicat că, în data de 10.06.2014, după ora 10:00, are dreptul să viziteze amplasamentul și va primi și copia studiului geotehnic.

Nemulțumită de răspunsurile la solicitările de clarificări nr. ..., inclusiv refuzul autorității contractante de a prelungi data limită de depunere a ofertelor, SC ... a înaintat contestație la CNSC, solicitând suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației și obligarea autorității contractante să prelungească, prin publicarea unui anunț-erată, durata de elaborare a ofertelor, amânând data depunerii ofertelor (...) pentru o perioadă de timp rezonabilă.

Decizia CNSC: Pe fondul contestației, CNSC constată temeinicia, în parte, a criticilor contestatoarei legate de refuzul autorității contractante de a prelungi termenul de depunere a ofertelor. În stabilirea acestei finalități, CNSC are în vedere, pe de o parte, numărul mare de clarificări aduse documentației de atribuire publicate în perioada 12.05.2014 – 11.06.2014 (nu mai puțin de 31), iar, pe de altă parte, faptul că data deschiderii ofertelor a fost stabilită pentru 16.06.2016, prin erata nr. 54109/06.05.2014, în condițiile în care a stabilit, prin adresa nr. 1432/05.06.2014, posibilitatea vizitării amplasamentului și accesul la conținutul Studiului Geotehnic în data de 10.06.2014.

Mai mult, CNSC punctează că, la data de 06.06.2014, autoritatea contractantă a refuzat prelungirea termenului pentru elaborarea ofertelor deși, în 10.06.2014,

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

avea să pună la dispoziție, cel puțin unui operator economic, studiul geotehnic, și oferea acestuia posibilitatea vizitării amplasamentului, fapt echivalent cu furnizarea de informații noi, reprezentând informații suplimentare documentației de atribuire.

CNSC reține că, chiar dacă termenul solicitat de 30 de zile era apreciat ca fiind unul prea mare, autoritatea contractantă ar fi putut stabili unul acceptabil inferior celui solicitat, pentru a permite elaborarea ofertei urmare a luării la cunoștință despre aceste noi informații și a evita un demers precum cel al contestației.

Prin urmare, CNSC admite contestația formulată de ... și dispune continuarea procedurii de atribuire, cu stabilirea unui nou termen de depunere și deschidere a ofertelor ce nu poate fi mai mic de 10 zile de la data publicării acestuia în SEAP.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_2203.pdf

5.2. Critici formulate la rezultatul procedurii

5.2.1. Contestații împotriva procesului - verbal al ședinței de deschidere a ofertelor (neluarea în considerare a garanției de participare, modul de desfășurare a ședinței de deschidere a ofertelor) (R1)

- **Riscul transmiterii ofertei, respectiv al depunerii ofertei la adresa și până la data și ora limită pentru depunere, stabilite în anunțul de participare sau în invitația de participare, cade în sarcina operatorului economic**

Speța: Prin invitația de participare, publicată în SEAP în data de 30.03.2015, autoritatea contractantă a precizat, la pct. I.1.2 Adresa la care se transmit ofertele: ..., ..., Romania – identică cu adresa sediului social al, iar la pct. IV.3.4: Data limită de depunere a ofertelor: 09.04.2015, ora 12:00.

În cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, autoritatea contractantă a respins, ca inacceptabilă, oferta depusă de SC ... SRL, consemnându-se, în procesul-verbal al ședinței ora înregistrării, la registratura autorității contractante, a plicului cu oferta, respectiv ora 15:00.

SC ... SRL a contestat decizia autorității contractante, precizând, prin contestație, că a transmis către autoritatea contractantă, prin intermediul firmei de curierat „Poșta ...”, un plic ce conținea oferta sa pentru procedură. Plicul ce conținea oferta sa a ajuns în data de 09.04.2015, orele 10:16 la S... – ..., fiind recepționat de către doamna ..., astfel cum rezultă din AWB-ul și extrasul de pe site-ul www.posta....ro/verificare_stare_colet. Prin raportare la această oră, contestatoarea a afirmat că oferta sa a ajuns la registratura spitalului cu 2 ore și 14 minute înainte de expirarea termenului limită.

Decizia CNSC: CNSC nu reține afirmațiile contestatorului referitoare la depunerea ofertei, la data de 09.04.2015, orele 10:16, întrucât termenul-limită de depunere a ofertelor a fost stabilit, după cum însuși contestatoarea recunoaște, ca fiind 09.04.2015, ora 12:30, la registratura autorității contractante, care se află la o locație diferită de cea a ..., unde a fost depusă, în fapt, oferta, în data de 09.04.2015, ora 10:16.

În acest sens, CNSC reține susținerile autorității contractante referitoare la faptul că înregistrarea documentelor se face prin intermediul biroului de registratură, de către persoana împuternicită să procedeze la înregistrarea

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

documentelor într-un registru de intrări-ieșiri, acesta constituind unicul și singurul document oficial de înregistrare.

CNSC stabilește că, în mod corect, autoritatea contractantă a hotărât, în temeiul art. 33 alin. (3) lit. a) din HG nr. 925/2006, respingerea ofertei ..., ca fiind depusă după data și ora-limită de depunere stabilite, întrucât depunerea ofertei de către la ... și nu la registratura S... nu o absolvă pe contestatoare de obligațiile prevăzute de art. 172 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cns.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_0679.pdf

➤ **În cazul ofertei depuse de o asocierie de operatori economici, garanția de participare trebuie constituită în numele asocierii**

Speța: Autoritatea contractantă a prevăzut prin fișa de date a achiziției, în secțiunea III.1.1.a) „Garanție de participare”: „Dacă se participă în asocierie, garanția de participare se va constitui în numele asocierii și va acoperi în mod solidar toți asociații”.

Autoritatea contractantă a respins, în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, ca inacceptabilă, oferta depusă de o asocierie de operatori economici, întrucât instrumentul de garantare anexat, respectiv o scrisoare de garanție bancară, făcea exclusiv referire la operatorul economic care era liderul respectivei asocierii.

Liderul asocierii a formulat contestație împotriva procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, invocând faptul că, prin acordul de asocierie, a fost împuternicit să angajeze întreaga răspundere a asocierii cu privire la toate actele și faptele ce decurg din participarea la procedură, în opinia contestatorului putându-se astfel „constata fără putință de tăgadă că nu se impunea constituirea unei Scrisori de garanție în numele asocierii”.

Decizia CNSC: Analizând instrumentul de garantare depus de către contestator, respectiv scrisoarea de garanție bancară, CNSC constată că aceasta este pentru *“ofertantul S.C. ...”*, din conținutul acesteia reieșind că urmează a se executa în favoarea Municipiului ...- , în condiții expres precizate:

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- a) Ofertantul SC ... și-a retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia;*
- b) Oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul SC ... nu a constituit garanția de bună execuție în perioada de valabilitate a ofertei;*
- c) Oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul SC ... a refuzat să semneze contractul de achiziție publică în perioada de valabilitate a ofertei”.*

CNSC reține că, așa cum rezulta din conținutul scrisorii de garanție bancară, toate condițiile de executare a garanției bancare priveau exclusiv un comportament abuziv al *“ofertantului S.C. ...”*, nicidecum al Asocierii în care respectivul operator economic era lider. În atare situație, nefăcându-se în niciun fel referire la ofertantul Asocierea dintre S.C. ... și S.C. ... (în fapt, ofertantul din procedura în cauză) sau măcar la acordul de asociere în care S.C. ... era parte, respectivul instrument nu poate profita autorității contractante în vreunul dintre cazurile precizate, neasigurându-se respectarea dispozițiilor art. 84 din H.G. nr. 925/2006 și ale art. 43¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Astfel, CNSC stabilește că în mod legal autoritatea contractantă a hotărât că scrisoarea de garanție depusă nu este de natură a îndeplini scopul pentru care aceasta a fost solicitată prin documentația de atribuire.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația formulată de către S.C. ...

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_0641.pdf

5.2.2. Respingerea ofertei contestatorului ca neconformă sau inacceptabilă (R2)

- **Orice decizie a autorității contractante trebuie să se bazeze pe o evaluare temeinică a documentelor care i-au fost puse la dispoziție (inclusiv prin apelarea la un expert cooptat), iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective**

Speța: Pentru a demonstra îndeplinirea criteriului de calificare referitor la experiența similară, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a prezentat un angajament de susținere din partea consorțiului ...EBG și un contract executat de firma ...SRL, o firmă membră a consorțiului. În urma solicitărilor venite din partea autorității contractante, contestatoarea a înaintat o serie de clarificări referitoare la natura juridică a consorțiului și a relațiilor dintre consorțiu și membrii acestuia, în virtutea reglementărilor din legislația italiană.

Autoritatea contractantă a respins oferta depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SA:

- ca inacceptabilă, în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, întrucât, în vederea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, asocierea SC ... SRL – SC ... SA a prezentat un contract care nu a fost executat în nume propriu de către consorțiul stabil, ci a fost executat de firma ...SRL, o firmă membră a consorțiului;
- ca neconformă, în baza art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, întrucât explicațiile prezentate de asocierea SC ... SRL – SC ... SA, în răspunsul de clarificare, nu au fost concludente, deoarece nu s-au prezentat documente/înscrisuri suplimentare față de cele depuse anterior, pentru clarificarea aspectelor semnalate de către comisia de evaluare în solicitarea de clarificare.

Asocierea SC ... SRL – SC ... SA a contestat decizia autorității contractante, subliniind că, potrivit legislației italiene și documentelor prezentate, consorțiul deține acces nelimitat la toate resursele tehnice și profesionale ale membrilor consorțiați, respectiv ... SRL a pus la dispoziția consorțiului resursele sale, solicitate prin fișa de date a achiziției, însă deținerea de către un consorțiu a tuturor resurselor deținute la rândul lor de către societățile consorțiate nu reprezintă o presupunere, ci o interpretare ad litteram a legislației italiene, din

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

care rezultă că după aderarea de către o societate la un consorțiu, acesta din urmă preia/beneficiază de resursele acesteia și le poate utiliza, iar membrul consorțiat își pierde dreptul de a mai participa individual la proceduri de atribuire sau orice altă activitate similară, adică susținătorul trebuia să facă exclusiv dovada deținerii experienței similare solicitate.

Decizia CNSC: Prin raportare la prevederile art. 190 din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 11¹ din H.G. nr. 925/2006, CNSC observă că nu există nicio mențiune referitoare la faptul că susținerea din partea unei terțe persoane nu se poate acorda de către un consorțiu de societăți constituit conform legislației italiene (persoană juridică organizată independent de membrii consorțiului), chiar dacă în legislația română nu există un corespondent în acest sens. De altfel, orice încercări de a asimila consorțiul în discuție cu alte instituții juridice existente în dreptul român, nu au nicio relevanță.

Având în vedere că legislația din materia achizițiilor publice prevede posibilitatea susținerii de către o terță persoană a experienței similare, CNSC reține că această susținere poate fi acordată și de către un consorțiu care este o entitate juridică autonomă și care, la rândul său, poate participa la proceduri de licitație sub formă independentă, utilizând capacitatea tehnică și financiară a societăților care fac parte din consorțiu, fără a recurge la o activitate comună, consorțiul acționând sub formă independentă pe cont propriu.

CNSC apreciază că, în mod greșit, autoritatea contractantă nu a luat în considerare experiența similară a asocierii ofertante îndeplinită prin invocarea susținerii de către ...EBG, fără a aprecia necesar să solicite noi clarificări/să efectueze demersuri proprii prin instituțiile statului român în vederea clarificării situației.

De asemenea, deoarece în cadrul comisiei de evaluare nu se regăsea nici un jurist a cărui prezență și competență era absolut necesară pentru dezlegarea chestiunii în litigiu, CNSC reține că era oportună cooptarea unui expert juridic extern în conformitate cu dispozițiile art. 73 alin. (1) și alin. (3) lit. c) din H.G. nr. 925/2006.

În concluzie, CNSC consideră că autoritatea contractantă nu a făcut o evaluare completă a ofertei contestatoarei, contrar dispozițiilor art. 34 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, respingând-o eronat, deși s-ar fi impus cooptarea unei expert juridic, solicitarea de noi clarificări ofertantului contestator și efectuarea unor demersuri proprii în temeiul dispozițiilor art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

către instituțiile statului român, având competență în domeniu, pentru clarificarea situației.

Prin urmare, CNSC admite contestația, anulează Raportul procedurii de atribuire nr. 39662/28.10.2014 și toate actele subsecvente acestuia, obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.A. și să stabilească rezultatul procedurii, cu respectarea celor reținute în motivare, și dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_3069.pdf

- **În cazul unei oferte ce conține erori minore, care nu modifică în nici un fel clasamentul ofertanților, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere o corelare rezonabilă între abaterea identificată în cadrul ofertei depuse și gravitatea măsurii adoptate**

Speța: Autoritatea contractantă a respins, ca neconformă, oferta ... pe baza următoarelor considerente:

1. Oferta financiară a contestatoarei nu respectă proiectul tehnic întrucât devizul ..., prevede 2 bucăți, și nu 28 bucăți, așa cum prevede proiectul tehnic. Autoritatea contractantă consideră că nu se poate accepta modificarea conținutului propunerii tehnice și, mai ales, financiare a ofertei, indiferent că ea a fost convenită de părțile implicate în licitație, operând interdicția expresă de la art. 79 alin. (2) și (3) din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare. Drept urmare, orice eventuală modificare a valorii ofertate a contractului, ca element principal al propunerii financiare, trebuie să atragă respingerea ca neconformă a ofertei.

2. În cadrul propunerii financiare, contestatoarea a introdus în cadrul devizului, cheltuielile cu organizare de șantier în cadrul Capitolul IV – Cheltuieli pentru investiția de bază, și nu în cadrul capitolului V– Alte cheltuieli, cum era menționat în Formularul F1. Această eroare de poziționare a cheltuielilor respective, a condus la calcularea eronată a Cheltuielilor diverse și neprevăzute de 5% din valoarea cheltuielilor pentru investiția de bază (Cap. IV). În urma solicitărilor de clarificări formulate de autoritatea contractantă, contestatoarea

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

a modificat propunerea financiară, respectiv suma aferentă cheltuielilor diverse și neprevăzute, ca urmare a calculării procentului de 5% la o altă valoare a investiției de bază.

Decizia CNSC: Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

1. Verificând modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat oferta contestatoarei, CNSC observă că, într-adevăr, contestatoarea recunoaște menționarea greșită a 2 buc., în loc de 28, invocând, în schimb, încadrarea acestei situații drept abatere tehnică minoră. Valoarea totală a acestor componente fiind de aproximativ 600 lei, nesemnificativă față de cuantumul ofertei, nu transformă oferta respectivă într-una neconformă, pe acest motiv. Mai mult, CNSC consideră forțată concluzia autorității potrivit căreia contestatoarea ar fi modificat proiectul tehnic, nefiind susținută de niciun document de la dosar. Este, în mod evident, o eroare de tehnoedactare, care nu modifică, în niciun fel, proiectul.

Potrivit art. 79 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, *„modificări ale propunerii tehnice se acceptă în măsura în care acestea: reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire; prevederile art. 79 alin. (3) rămân aplicabile”*.

Mai mult, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei clarificări, la care contestatoarea a răspuns, arătând următoarele: *„[...] Se impune a se constata și reține, în primul rând, faptul că introducerea în deviz a valorii 2 în locul valorii 28, se datorează strict unei erori materiale evidente. [...] Cu toate însă că această eroare există, subscrisa arătăm în mod expres că ne menținem oferta, prețul oferat și de asemenea că în măsura declarării ofertei noastre drept câștigătoare vom respecta întru totul prevederile proiectului tehnic”*.

Din cele de mai sus, CNSC reține că rezultă cu evidență faptul că societatea contestatoare își menține oferta financiară, deși recunoaște eroarea materială.

2. În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul reține că, din prevederile fișei de date a achiziției, rezultă că procentul de cheltuieli diverse și neprevăzute se aplică la valoarea propunerii financiare depuse incluzându-se și cheltuielile de organizare de șantier, autoritatea contractantă stabilind expres că *„Procentul cheltuielilor diverse și neprevăzute este de 5% din valoarea lucrărilor de 16.878.894 lei, fără*

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

TVA, adică 843.944,70 lei, fără TVA, valoarea estimată fără cheltuielile diverse și neprevăzute fiind de 16.921.044 lei, fără TVA (1+2+3+4)", la punctul 4 fiind menționată expres organizarea de șantier.

Prin urmare, clarificarea solicitată de autoritatea contractantă, cu privire la modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, era nejustificată, din moment ce documentația de atribuire este obligatorie către ofertanți, iar propunerea financiară trebuia întocmită astfel cum era prevăzut în fișa de date a achiziției. Astfel, rectificarea devizului trebuia realizată doar în sensul mutării sumei aferente organizării de șantier un capitol mai jos și refacerii calculelor aferente capitolului 4 și 5. În ceea ce privește cuantumul cheltuielilor diverse și neprevăzute, CNSC stabilește că, în mod eronat, a susținut autoritatea contractantă că trebuie recalculat. Este adevărat că HG nr. 28/2008 stabilește că procentul de cheltuieli diverse și neprevăzute se calculează la valoarea investiției de bază, însă autoritatea contractantă a stabilit o altă modalitate de calcul, care nu încalcă prevederile legale, normele hotărârii respective fiind suplative, având caracter de prevederi orientative (conținut-cadru). De asemenea, în conținutul fișei de date a achiziției nu se preciza nimic cu privire la calculul cheltuielilor diverse și neprevăzute potrivit metodologiei prevăzută în actul normativ menționat. Potrivit dispozițiilor art. 170 din OUG nr. 34/2006, „*ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire*”. În același timp, autoritatea contractantă avea obligația, potrivit art. 200 din același act normativ, să stabilească admisibilitatea ofertelor tot în baza documentației de atribuire, și nu a altor dispoziții.

Față de abaterea săvârșită de contestatoarele, respectiv includerea sumei aferentă organizării de șantier în alt capitol, măsura respingerii ofertei a fost disproporționată, din moment ce nu se putea reține realizarea unui calcul incorect în ceea ce privește suma aferentă cheltuielilor diverse și neprevăzute, fiind întemeiată contestația depusă.

În consecință, Consiliul admite contestația formulată de în contradictoriu cu și dispune anularea deciziei de declarare a ofertei ca neconformă, precum și reevaluarea ofertelor în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_3163.pdf

Autoritatea contractantă a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând modificarea acesteia, în tot, ca netemeinică și nelegală, și menținerea deciziei luate de autoritatea contractantă.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei ..., ca fiind nefondată pe următoarele considerente:

1. În ceea ce privește primul motiv de respingere a ofertei contestatoarei, instanța apreciază că nu este legală și nici oportună respingerea unei oferte pentru deficiențe minore, trebuind să existe o corelare rezonabilă între abaterea identificată în cadrul ofertei depuse și gravitatea măsurii luate de autoritatea contractantă. Proportionalitatea reprezintă un criteriu adesea decisiv în evaluarea legalității actelor și acțiunilor instituțiilor statului iar dispozițiile art. 79 alin. 2 din HG nr. 925/2006 trebuie interpretate în sensul în care voința legiuitorului este de a sancționa doar acele abateri ale ofertei care ating limita substanțialului caietului de sarcini.

2. În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei, instanța apreciază că, în mod corect, CNSC a reținut faptul că valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute nu trebuie recalculată deoarece autoritatea contractantă a stabilit o altă modalitate de calcul decât cea prevăzută de HG nr. 28/2008, normele hotărârii respective fiind supletive. Drept urmare, față de abaterea săvârșită de contestatoare, măsura respingerii ofertei este disproporționată, din moment ce nu se poate reține realizarea unui calcul incorect în ceea ce privește suma aferentă cheltuielilor diverse și neprevăzute.

- **În cazul unei oferte cu preț aparent neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă nu are doar obligația de a solicita, formal, ofertantului, în scris și înainte de a lua o decizie de respingere a acelei oferte, detalii și precizări pe care le consideră semnificative cu privire la ofertă, ci și obligația de a verifica răspunsurile care justifică prețul respectiv**

Speța: Având în vedere incidența prevederilor art. 202 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă a solicitat justificarea prețului de către ofertanții ale căror oferte financiare prezentau valori sub pragul de 80% din valoarea estimată.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Ofertantul ... a răspuns, în termenul legal, la solicitarea de clarificări, însă autoritatea contractantă a considerat neconcludente informațiile furnizate și a decis respingerea ofertei, ca având un preț neobișnuit de scăzut. Decizia a fost contestată, de ofertant, deoarece, pe de o parte, a prezumat că respingerea ofertei sale s-a efectuat pe baza unei analize sumare/superficiale a documentelor depuse, iar, pe de altă parte, deoarece a considerat că autoritatea contractantă nu a prezentat, în comunicarea transmisă contestatorului, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, încălcând astfel obligația legală prevăzută la art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În punctul de vedere transmis către CNSC, ca urmare a introducerii contestației, autoritatea contractantă a precizat că, în urma verificării documentelor primite, a considerat că răspunsul transmis de ..., la solicitarea de justificare a prețului oferat, nu a respectat prevederile art. 202 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, pentru următoarele considerente:

- În răspunsul transmis nu se face vreo referire la fundamentarea economică a modului de formare a valorii oferate;
- Nu există mențiuni referitoare la eventualele condiții favorabile de care ofertantul beneficiază sau poate beneficia în vederea îndeplinirii contractului;
- Nu există informații concrete referitoare la prețurile de achiziție a echipamentelor, comunicate ofertantului de către eventualii furnizori sau importatori de astfel de produse, la valoarea serviciilor de montaj și instalare și nici referitoare la nivelul de salarizare a forței de muncă implicată în execuția acestui contract.

Decizia CNSC: analizând dosarul achiziției, CNSC reține că singura mențiune legată de răspunsul dat de ofertantul contestator, la solicitările de clarificări, a fost cea din conținutul „*procesului-verbal nr. 2 intermediar*” nr. 16962/17.03.2014, unde, la pagina 3, s-a menționat doar că, în urma răspunsului dat de ofertantul în cauză, analizând informațiile transmise, comisia de evaluare a considerat că acestea nu sunt concludente și nu pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut, motiv pentru care a respins oferta, ca „*inacceptabilă*”.

De asemenea, CNSC reține că în același document, în condițiile în care a considerat oferta depusă de ... ca fiind admisibilă, comisia de evaluare a consemnat, în mod nejustificat, faptul că „*în urma verificării documentelor*

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

prezentate, comisia de evaluare consideră că oferta depusă ... nu îndeplinește toate cerințele de calificare”.

Prin raportare la cele reținute anterior, CNSC constată modul superficial în care a fost evaluată oferta depusă de către ..., neputându-se stabili dacă motivele de respingere a ofertei acestuia au constat în aspecte legate de neîndeplinirea unor cerințe de calificare sau în aspecte legate de nejustificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut propus de acesta, în activitatea sa comisia de evaluare încălcând dispozițiile art. 72 alin. (2) și art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Prin urmare, CNSC admite contestația formulată și dispune:

- Cu privire la prima critică a contestatorului, CNSC decide că se impune reluarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, cu reverificarea ofertei depusă de ... și cu stabilirea caracterului admisibil sau nu al acesteia.
- Cu privire la cea de-a doua critică a contestatorului, CNSC constată că susținerile contestatorului sunt pertinente, impunându-se anularea adresei privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, care nu conține informațiile privind motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei, astfel cum impun prevederile legale, și anume dispozițiile art. 207 alin. (2), lit. b) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care instituie în sarcina autorității contractante obligația de a-i informa pe ofertanții a căror oferte sunt respinse asupra motivelor concrete care au stat la baza deciziei de respingere, prin detalierea argumentelor în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

www.cnscl.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1324.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică R2:

- Cauza C-561/12, privind procedura Nordecon AS, Ramboll Eesti AS vs Rahandusministeerium;
- Cauza C-6/05, privind procedura Medipac-Kazantzidis AE vs Venizeleio-Pananeio (PE. S. Y. KRITIS);
- Cauza T-195/05, privind procedura Deloitte Business Advisory NV vs Comisia Comunităților Europene;
- Cauza T-211/02, privind procedura Tideland Signal Limited vs Comisia Europeană.

- **Autoritatea contractantă are obligația de a declara neconformă o ofertă care nu îndeplinește cerințele obligatorii stabilite prin specificațiile tehnice, inclusiv în cazul unei proceduri de negociere cu publicarea unui anunț de participare⁵⁶**

Cauza: C-561/12, privind procedura Nordecon AS, Ramboll Eesti AS vs Rahandusministeerium.

Speța: În speța supusă analizei Curții, autoritatea contractantă Maanteeamet (Autoritatea pentru drumuri) a inițiat o procedură de negociere prin publicarea unui anunț de participare, intitulat „*Planificarea și construcția tronsonului rutier Aruvalla -Kose de pe E263*”; la punctele 4.3.1 și 4.7.1 din anexa III la caietul de sarcini, era prevăzut pentru acest tronson rutier, între kilometrul 26,6 și kilometrul 32, un separator median cu lățimea de 13,5 m, iar între kilometrul 32 și kilometrul 40, unul cu lățimea de 6 m.

La 20 ianuarie 2010, Maanteeamet a declarat că cele patru oferte depuse, și anume cele ale grupurilor Lemminkäinen și Merko, oferta comună a Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, a Binders SIA și a Inseneribuve SIA, precum și cea a grupului Nordecon, alcătuit din Nordecon Infra AS și din Ramboll Eesti, erau admisibile în pofida faptului că oferta acestui din urmă grup prevedea un separator median cu lățimea de 6 m pe toată lungimea tronsonului rutier menționat.

În cursul negocierilor care au urmat depunerii acestor oferte, Maanteeamet a propus, prin scrisoarea din 26 aprilie 2010, celorlalți ofertanți, în afară de grupul

⁵⁶ Legislația corespondentă din România: art. 170 din OUG nr. 34/2006 și art. 34 alin. (3) și art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Nordecon, să modifice lățimea separatorului median care figurează în ofertele lor inițiale și să o stabilească la 6 m de-a lungul întregii lungimi a tronsonului rutier în cauză, astfel cum propusese grupul Nordecon. După negocieri cu toți acești ofertanți, ei au depus până la 27 mai 2010, termenul stabilit de autoritatea contractantă, ofertele în care au prevăzut un preț reajustat ca urmare a modificării solicitate.

S-a pus în discuție în ce măsură poate fi declarată ca admisibilă o ofertă care, prin raportare la cerințele obligatorii din specificațiile tehnice, era neconformă, și, implicit, în ce măsură se poate accepta negocierea unor cerințe obligatorii stabilite în specificațiile tehnice.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Curții, din 5 decembrie 2013, pronunțată în cauza C-561/12, s-a stabilit că art. 30 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE nu permite unei autorități contractante să negocieze cu ofertanții cu privire la oferte care nu îndeplinesc cerințele obligatorii stabilite în specificațiile tehnice ale contractului.

În subsidiar, Curtea a reținut că acceptarea admisibilității unei oferte neconforme cu condițiile obligatorii, în vederea negocierii, ar lipsi de orice utilitate stabilirea unor condiții obligatorii în cererea de ofertă și nu ar permite autorității contractante să negocieze cu ofertanții pe o bază comună acestora, constituită din condițiile menționate și, prin urmare, să îi trateze în mod egal (pct. 38).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-561/12>

- **Autoritatea contractantă nu poate declara neconformă o ofertă, pentru neîndeplinirea unor cerințe care nu sunt specificate în invitația/anunțul de participare**⁵⁷

Cauza: C-6/05, privind procedura Medipac-Kazantzidis AE vs Venizeleio-Pananeio (PE. S. Y. KRITIS).

⁵⁷ Legislația corespondentă din România: art. 170 din OUG nr. 34/2006 și art. 34 alin. (3) și art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Speța: Prin Anunțul nr. 146/2003 din 8 decembrie 2003, autoritatea contractantă Venizeleio-Pananeio a lansat o cerere de ofertă publică pentru atribuirea unui contract privind furnizarea de diverse materiale de suturi chirurgicale, în valoare de 131 500 de euro (TVA inclus), ofertei cu prețul cel mai scăzut. Anunțul preciza că acestea trebuiau să fie certificate ca fiind în conformitate cu Farmacopeea europeană și să poarte marcajul CE.

Materialele pe care Medipac-Kazantzidis AE (denumită în continuare „Medipac”), una dintre cele nouă societăți care au depus oferte, își propunea să le furnizeze, purtau marcajul menționat. La 17 martie 2004, comitetul însărcinat să examineze cererile de ofertă a emis o recomandare către Consiliul de administrație al Venizeleio-Pananeio, reluând o propunere a chirurgilor din acest spital în sensul excluderii materialelor de suturi chirurgicale de tipul PGA propuse de Medipac. Potrivit acestei recomandări, s-a constatat că nodurile efectuate cu materiale de tipul PGA se dezlegau în mod spontan și se închideau prematur, că acele se îndoiau și se rupeau frecvent, iar caracteristicile de stabilitate a suturilor erau insuficiente.

Prin Decizia nr. 108 din 24 martie 2004, Consiliul de administrație al Venizeleio-Pananeio a declarat că materialele de suturi chirurgicale de tipul PGA propuse de Medipac nu corespundeau specificațiilor tehnice ale contractului și a respins oferta acestei societăți.

Împotriva acestei decizii de respingere, la 5 aprilie 2004, Medipac a introdus o reclamație la conducerea Venizeleio-Pananeio. În această reclamație, Medipac susținea în special că specificațiile tehnice pe care s-a întemeiat respingerea ofertei sale nu erau incluse în caietul de sarcini al anunțului de participare, erau imprecise, chiar incomprehensibile, nu permiteau o evaluare corectă a cerințelor privind materialele ce trebuiau să fie furnizate și se depărtau de caracteristicile tehnice la care se referă Directiva 93/42/CEE pentru asemenea materiale. Medipac susținea de asemenea că materialele pe care le-a propus, care sunt în conformitate cu cerințele Farmacopeii europene, nu prezentau și nu puteau prezenta imperfecțiunile tehnice invocate de spitalul menționat.

Autoritatea contractantă a respins reclamația formulată de Medipac, astfel că această societate a introdus, la Symvoulío tis Epikrateias, acțiune împotriva deciziei de respingere. Symvoulío tis Epikrateias a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare, dintre care una se referea la posibilitatea, în temeiul prevederilor Directivei 93/42/CEE, interpretată în special în lumina Directivei 93/36/CEE, să respingă, în

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

etapa evaluării tehnice, o ofertă privind dispozitive medicale care poartă marcajul CE și care au făcut obiectul unui control al calității efectuat de un organism de certificare competent, invocând inadmisibilitatea acestei oferte din punct de vedere tehnic, din cauza obiecțiilor legitime în legătură cu protecția sănătății publice și a utilizării specifice căreia îi sunt destinate aceste produse, pentru care sunt considerate ca fiind neadaptate și improprii.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea, din 14 iunie 2007, pronunțată în cauza C-6/05, Curtea a declarat că principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun ca o autoritate contractantă, care a lansat o procedură de cerere de ofertă pentru furnizarea de dispozitive medicale și a precizat că acestea din urmă trebuie să fie în conformitate cu Farmacopeea europeană și să poarte marcajul CE, să respingă, în mod direct și în afara cadrului procedurii de protecție prevăzute la art. 8 și 18 din Directiva 93/42/CEE, pentru motive privind protecția sănătății publice, materialele propuse, deși respectă această condiție tehnică solicitată. Dacă autoritatea contractantă consideră că acestea sunt susceptibile să compromită sănătatea publică, este obligată să informeze organismul național competent în vederea punerii în aplicare a acestei proceduri de protecție.

Astfel, necesitatea de a concilia libera circulație a acestor dispozitive și protecția sănătății pacienților presupune ca, în caz de apariție a unui risc legat de dispozitive certificate ca fiind în conformitate cu Directiva 93/42/CEE, statul membru respectiv să pună în aplicare procedura de protecție prevăzută la art. 8 din respectiva directivă, fără ca organisme care nu sunt competente să poată decide în mod direct și unilateral măsuri care să fie luate într-o asemenea împrejurare (pct. 52).

În acest sens, Curtea a precizat că, atunci când produsele propuse, deși poartă un marcaj CE, suscită autorității contractante unele preocupări în ceea ce privește sănătatea sau siguranța pacienților, principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36/CEE, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la art. 8 din Directiva 93/42/CEE, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse (pct. 53).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Prin urmare, este interzis autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte (pct. 54).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-6/05>

- **Autoritatea contractantă are dreptul, nu obligația, de a solicita clarificări cu privire la ofertele depuse. Autoritatea contractantă poate decide să solicite clarificări doar unor ofertanți, în condițiile în care doar în cazul acestora se justifică o astfel de solicitare și dacă se asigură respectarea principiilor tratamentului egal și al nediscriminării.**⁵⁸

Cauza: T-195/05, privind procedura Deloitte Business Advisory NV vs Comisia Comunităților Europene.

Speța: Consorțiul, al cărui reprezentant legal era Deloitte Business Advisory NV, a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire a unui contract-cadru intitulat „*Contract-cadru privind evaluarea domeniilor de acțiune politică ale [Direcției Generale Sănătate și Protecția Consumatorilor], lotul nr. 1 (sănătate publică) – cerere de ofertă SANCO/2004/01/041*”.

Potrivit pct. 9.1.3 din caietul de sarcini și în conformitate cu prevederile art. 94 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002⁵⁹, un motiv de excludere al ofertanților este existența unui conflict de interese.

Prin scrisoarea din 22 aprilie 2005, Comisia a informat consorțiul că oferta sa a fost respinsă, comisia de evaluare însărcinată cu contractul constatând existența riscului unor conflicte de interese în cadrul său.

⁵⁸ Legislația corespondentă din România: art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 35 și art. 78 din HG nr. 925/2006.

⁵⁹ Abrogat prin Regulamentul (UE, Euratom) nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) Nr. 1605/2002 al Consiliului.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În susținerea acțiunii introduse împotriva deciziei Comisiei, reclamanta a invocat și încălcarea de către Comisie a obligației sale de a solicita informații suplimentare anterior respingerii ofertei, obligație care ar decurge din art. 146 alin. (3) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002, precum și încălcarea principiului protecției încrederii legitime și a principiului tratamentului egal (pct. 91). Din acest punct de vedere, reclamanta a formulat trei critici împotriva deciziei Comisiei:

- reclamanta a reproșat Comisiei faptul că nu a invitat consorțiul să prezinte informații suplimentare cu privire la problema conflictului de interese, contrar art. 146 alin. (3) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002 (pct. 93);
- reclamanta a invocat încălcarea principiului încrederii legitime și a afirmat, invocând în acest sens un schimb de scrisori între Comisie și un ofertant, că există o practică a Comisiei constând în solicitarea de informații suplimentare candidaților sau ofertanților, atunci când este necesar (pct. 94);
- reclamanta a invocat încălcarea principiului tratamentului egal pentru ofertanți, bazându-se pe o contradicție în argumentarea Comisiei care, pe de o parte, a afirmat, în memoriul său în apărare, că *„după deschiderea ofertelor, nicio cerere de informații suplimentare nu a fost adresată vreunui ofertant”*, dar, pe de altă parte, a arătat, în duplica sa depusă la 24 iunie 2005 în cadrul procedurii pentru aplicarea măsurilor provizorii introduse la președintele Tribunalului, că a solicitat anumitor ofertanți să demonstreze că ofertele lor fuseseră expediate în termenul prevăzut, ceea ce Comisia ar fi făcut după deschiderea ofertelor sau, cel puțin, după data limită de depunere a acestora.

Hotărârea instanței: În ceea ce privește întrebarea dacă ofertantul (consorțiul al cărui reprezentant legal era Deloitte Business Advisory NV) ar fi trebuit să fie invitat de Comisie să furnizeze informații suplimentare cu privire la problema conflictului de interese, în Hotărârea Tribunalului, din 18 aprilie 2007, pronunțată în cauza T-195/05, s-a precizat că art. 146 alin. (3) primul paragraf din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002 prevede că solicitările de participare și ofertele, care nu îndeplinesc toate cerințele esențiale prevăzute în documentele de invitare la licitație sau cerințele speciale stabilite în acestea, sunt eliminate. Totuși, potrivit art. 146 alin. (3) al doilea paragraf, comisia de evaluare poate cere candidaților sau ofertanților să furnizeze materiale suplimentare sau să clarifice documentele justificative depuse în ceea ce privește criteriile de excludere și de selecție, într-un anumit termen limită.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Tribunalul a reținut că, din chiar textul art. 146 alin. (3) al doilea paragraf din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002, rezultă că această dispoziție conferă comisiei de evaluare posibilitatea de a cere ofertanților informații suplimentare cu privire la documentele justificative depuse referitoare la criteriile de excludere și de selecție. Rezultă de aici că aceasta nu ar putea fi interpretată în sensul că ar impune comisiei de evaluare o obligație de a solicita ofertanților astfel de precizări (pct. 102).

Prin urmare, Tribunalul a conchis că, în speță, Comisia a putut să se pronunțe în mod valabil pentru respingerea ofertei consorțiului de la procedura de atribuire a contractului pe motivul unui conflict de interese, în sensul art. 94 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002 și al art. 9.1.3 din caietul de sarcini, fără a fi fost obligată să ceară informații suplimentare în temeiul art. 146 alin. (3) al doilea paragraf din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002 (pct. 103).

În ceea ce privește al doilea motiv de critică, Tribunalul a amintit că, potrivit jurisprudenței constante (Hotărârea Tribunalului, din 21 iulie 1998, pronunțată în cauzele T-66/96 și T-221/97, privind procedura Mellett vs Curtea de Justiție, RecFP, p. I-A-449 și II-1305, pct. 104 și 107), nimeni nu poate invoca o încălcare a principiului protecției încrederii legitime în lipsa unor asigurări precise care i-ar fi fost oferite de către administrație (pct. 104). În speță, reclamanta se baza pe o practică generală a Comisiei, care ar fi, de altfel, confirmată de jurisprudență, constând în solicitarea sistematică de informații unui ofertant înainte de a-l exclude (pct. 105). Tribunalul a concluzionat însă că reclamanta nu prezintă niciun element concret din care să rezulte faptul că ofertantul ar fi obținut de la Comisie asigurarea precisă că va primi, din partea comisiei de evaluare, o cerere de informații suplimentare cu privire la problema riscului de conflict de interese și cu privire la caracterul satisfăcător al răspunsului dat de către consorțiu acestei probleme (pct. 107). Prin urmare, Tribunalul a decis că reclamanta nu s-ar putea prevala de o încălcare a principiului protecției încrederii legitime (pct. 108).

Nu în ultimul rând, Tribunalul a respins argumentul consorțiului bazat pe încălcarea principiilor tratamentului egal și al nediscriminării și pe faptul că s-ar fi solicitat, de către Comisie, informații suplimentare altor ofertanți, în vreme ce consorțiul nu ar fi avut posibilitatea de a se apăra și nici măcar de a-și prezenta punctul de vedere cu privire la riscul conflictului de interese. În acest sens, Tribunalul a statuat că principiul tratamentului egal impune ca situațiile comparabile să nu fie tratate în moduri diferite și ca situațiile diferite să nu fie tratate în același fel, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

justificat în mod obiectiv (pct. 110), astfel că, prin raportare la elementele concrete ale cauzei, respingerea ofertei consorțiului nu a adus atingere principiului tratamentului egal.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-195/05>

- **Deși nu are obligația, ci dreptul de a solicita clarificări cu privire la oferta depusă, autoritatea contractantă trebuie să uzeze de acest drept în situația în care obținerea acestor clarificări este posibilă și necesară pentru evaluare ofertei respective**⁶⁰

Cauza: T-211/02, privind procedura Tideland Signal Limited vs Comisia Europeană.

Speța: La 25 aprilie 2002, Tideland Signal Limited a depus o ofertă în cadrul unei proceduri organizate de Comisia Comunităților Europene, în scrisoarea de înaintare din 25 aprilie 2002, precizând, în conformitate cu Instrucțiunile pentru ofertanți, că oferta sa este valabilă pentru o perioadă de 90 de zile de la data limită de depunere a ofertelor (29 aprilie 2002), respectiv până la data de 28 iulie 2002. De asemenea, la secțiunea 4 din formularul ofertei, Tideland Signal Limited a indicat că oferta sa poate fi acceptată în cadrul termenului de valabilitate stipulat la secțiunea 8 din Instrucțiunile pentru ofertanți.

La 7 mai 2002, Comisia a publicat o erată, prin care modifica descrierea unuia dintre loturi (pct. 4.2.2 din lotul 1) și prin care prelungea termenul de depunere a ofertelor, până la data de 11 iunie 2002; ofertele depuse până la data limită inițială de depunere a ofertelor au fost returnate nedeschise. La data de 10 iunie 2002, Tideland Signal Limited a redepus exact aceleași documente ale ofertei, inclusiv scrisoarea de înaintare din 25 aprilie 2002, conținând mențiunea citată mai sus.

La ședința de deschidere a ofertelor din 17 iunie 2002, comisia de evaluare a autorității contractante a respins oferta depusă de Tideland Signal Limited, întrucât termenul de valabilitate al ofertei nu respecta termenul minim de 90 de zile de la data limită de depunere a ofertelor (prin raportare la noua dată de

⁶⁰ Legislația corespondentă din România: art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 35 și art. 78 din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

depunere a ofertelor – 11 iunie 2002, termenul de 90 de zile se împlinea la data de 10 septembrie 2002).

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea, din data de 27 septembrie 2002, pronunțată în cauza T-211/02, Tribunalul de Primă Instanță a decis că s-a comis, de către comisia de evaluare, o eroare evidentă de apreciere, prin faptul că aceasta nu și-a exercitat dreptul de a solicita ofertantului clarificări, în conformitate cu secțiunea 19.5 din Instrucțiunile pentru ofertanți (pct. 47).

În pronunțarea acestei hotărâri, Tribunalul a reținut că, deși comisia de evaluare nu are obligația de a solicita clarificări referitoare la ofertele depuse, totuși, prin raportare la principiul bunei administrări, dreptul de a solicita asemenea clarificări este însoțit de obligația de a-l exercita în situațiile în care clarificarea ofertei este, în mod clar, atât posibilă, din punct de vedere de practic, cât și necesară (pct. 37).

Tribunalul a precizat că, deși comisiile de evaluare ale autorității contractante în cauză nu au obligația să solicite clarificări în fiecare situație în care o ofertă este ambiguă, acestea au datoria de a manifesta o anumită diligență atunci când evaluează conținutul fiecărei oferte. În cazurile în care modul de formulare al ofertei și circumstanțele speței, pe care Comisia le cunoaște, indică faptul că ambiguitatea are, probabil, o explicație simplă și poate fi ușor clarificată, este contrar principiului bunei administrări ca o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără să își exercite dreptul de a solicita clarificări. Decizia de respingere a unei oferte, în asemenea circumstanțe, riscă să fie afectată de o eroare evidentă de apreciere, din partea instituției, în exercițiul aceluși drept (pct. 37).

Mai mult decât atât, Tribunalul a arătat că ar fi contrar principiului egalității, la care se referă, expres, secțiunea 19.5 din Instrucțiunile pentru ofertanți, să se recunoască unei comisii de evaluare o putere discreționară absolută de a solicita sau nu clarificări cu privire la o anumită ofertă, fără să țină seama de considerații obiective și fără să fie supusă unui control jurisdicțional. De asemenea, contrar argumentului invocat de Comisie, principiul egalității nu interzicea comisiei de evaluare să permită ofertanților clarificarea ambiguităților din ofertele depuse, atât timp cât secțiunea 19.5 prevedea, în mod expres, posibilitatea de a solicita astfel de clarificări, iar comisia de evaluare avea obligația de a trata, în exercițiul acestui drept, toți ofertanții în același fel (pct. 38).

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Tribunalul a amintit că principiul proporționalității impune ca actele emise de instituțiile comunitare să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar pentru realizarea obiectivelor urmărite și ca, atunci când există mai multe măsuri adecvate, să fie aleasă măsura cea mai puțin restrictivă (pct. 39).

În cauză, Tribunalul a constatat că, așa cum a invocat ofertantul, acesta doar a redepus, la 10 iunie 2002, documentele originale ale ofertei sale, fără nicio modificare, întrucât modificarea, prin erată, a pct. 4.2.2 din lotul 1, nu a necesitat nicio modificare a ofertei sale inițiale (pct. 40).

Având în vedere că data de 28 iulie 2002 corespundea termenului de valabilitate a ofertelor, de 90 de zile, stabilit prin cererea inițială de oferte, din 27 februarie 2002, în opinia Tribunalului, comisia de evaluare ar fi trebuit să își dea seama că, probabil, ofertantul nu a intenționat să își depună oferta cu o altă perioadă de valabilitate decât cea solicitată la pct. 8.1 din Instrucțiunile pentru ofertanți, ci că a omis să modifice, atunci când a redepus oferta, data la care aceasta expira. Nu numai că în documentele depuse de ofertant, la 10 iunie 2002, era menționat, în alte două locuri, că oferta este valabilă pentru perioada solicitată de 90 de zile, respectiv în chiar scrisoarea din 25 aprilie 2002 (în care se preciza, deasupra semnăturii, că *„prezenta ofertă este valabilă și poate fi acceptată în cadrul termenului de valabilitate menționat la [secțiunea] 8 din Instrucțiunile pentru ofertanți”*) și în condițiile generale atașate ofertei (în care se menționa *„[v]alabilitatea ofertei: 90 de zile”*), dar aceeași scrisoare preciza că ofertantul acceptă (a acceptat), fără nicio rezervă sau limitare, întregul conținut al documentației de atribuire (pct. 41).

În virtutea principiului bunei administrări, comisia de evaluare ar fi trebuit să clarifice respectiva ambiguitate, printr-o solicitare adresată ofertantului cu privire la perioada de valabilitate a ofertei (pct. 42).

În aplicarea principiului proporționalității, Tribunalul a constatat că, în cauză, având în vedere ambiguitatea ofertei, comisia de evaluare avea două posibilități (ambele de natură să garanteze siguranța juridică ce trebuie să guverneze procesul de evaluare): fie să respingă, direct, oferta, fie să solicite clarificări ofertantului. Având în vedere probabilitatea ca termenul de valabilitate al ofertei să fi fost, în fapt, de 90 de zile, respectiv de la 11 iunie 2002, până la 9 septembrie 2002, așa cum se solicita la secțiunea 8 din Instrucțiunile pentru ofertanți, și faptul că ofertantul ar fi fost obligat să transmită, în 24 de ore, toate clarificările solicitate, astfel că procedura de atribuire, în ansamblu, ar fi suferit o minimă întrerupere sau întârziere, Tribunalul a reținut că decizia comisiei de

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

evaluare de a respinge oferta, fără a solicita clarificări cu privire la termenul de valabilitate, era, în mod vădit, disproporționată și afectată de o eroare evidentă de apreciere (pct. 43).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-211/02>

5.2.3. Prețul neobișnuit de scăzut al ofertelor altor participanți la procedura de atribuire (R3)

- **Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte cu preț aparent neobișnuit de scăzut trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente.**

Speța: În îndeplinirea obligației de a cere detalii și precizări semnificative și de a verifica răspunsurile aferente, precum și în exercitarea rolului de verificare a ofertei sub toate aspectele care pot genera neclarități sau neconformități, comisia de evaluare a solicitat ofertantului, declarat ulterior câștigător, următoarele clarificări, privind propunerea financiară: *„Având în vedere că propunerea financiară se încadrează în prevederile art. 202 din OUG nr. 34/2006, respectiv «prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv», comisia solicită să se prezinte detalii și precizări considerate semnificative cu privire la ofertă [...]. În acest sens, se vor prezenta și documente privind, după caz: prețurile la furnizori; analize de preț; situația stocurilor de materii prime și materiale; modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru; nivelul de salarizare a forței de muncă; performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru, documente care să justifice prețul aparent neobișnuit de scăzut, respectiv 57,37 % din valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit”.*

Ofertantul declarat câștigător a transmis autorității contractante răspunsul la solicitarea de clarificări adresate de comisie, care, după analiză, a concluzionat că răspunsul în discuție este concludent sub aspectul prețului neobișnuit de scăzut.

Împotriva deciziei autorității contractante, au formulat contestații mai mulți dintre ofertanții declarați necâștigători.

Decizia CNSC: analizând dosarul achiziției, CNSC reține, cu titlu de exemplu, următoarele aspecte:

- Ofertantul câștigător nu prezintă nicio fundamentare economică a modului de formare a costurilor implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru ofertate;

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- În cadrul listelor cuprinzând consumurile de resurse materiale -, Asocierea ... a ales ca pentru anumite produse să indice prețul 0 (zero). Față de prețul de 0 (zero) oferit inițial de ... pentru anumite resurse materiale, CNSC stabilește că în acest caz, acesta nu a depus o ofertă în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, ci o ofertă pentru încheierea altui tip de contract, respectiv a unui contract care să cuprindă furnizări cu titlu gratuit, care nu este reglementat de OUG nr. 34/2006;
- Autoritatea contractantă nu a verificat nici realitatea prețurilor oferite în raport de înscrisurile anexate de acest ofertant și nici natura materialului utilizat ca umplutură.

Concluzionând, CNSC reține faptul că declararea ca și ofertă câștigătoare a ofertei depusă de Asocierea ... de către comisia de evaluare s-a făcut în mod incorect și nelegal având în vedere, pe de o parte, faptul că depunerea unor oferte de preț de la furnizori și a unor rețete ale amestecurilor asfaltice nu echivalează cu fundamentarea economică a modului de formare a prețului expres reglementată de art. 202 din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art. 361 din HG nr. 925/2006, fără o verificare amănunțită din partea autorității contractante în raport de necesitatea sa, fără probe certe în sensul demonstrării realității prețului oferit, cu atât mai mult cu cât, riscul întocmirii unei oferte financiare aparent neobișnuit de scăzute cade în sarcina operatorului economic, în condițiile în care legiuitorul a stabilit în sarcina autorității contractante obligația legală de a solicita justificarea prețului și verificarea acestuia ulterior primirii răspunsului la solicitările de clarificări.

CNSC reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare; astfel, aceștia nu pot propune prețuri prin modificarea componentelor rețetelor care au fost expres stabilite de către autoritatea contractantă, în cadrul caietului de sarcini și al răspunsurilor la solicitările de clarificări, sau să ofereze prețul 0 (zero) pentru anumite resurse materiale.

Ofertanții nu trebuie să viciereze rezultatul procedurii prin ofertarea altor agregate, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus în acest sens.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În speță, această ofertă a fost declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă în baza unor supoziții ale comisiei de evaluare fără o fundamentare economică concretă și corectă.

Prin urmare, CNSC admite contestațiile referitoare la declararea drept câștigătoare a ofertei depuse de Asociera ... - ... - ..., anulează raportul procedurii și actele subsecvente și dispune reevaluarea ofertei financiare a doi dintre ofertanți (inclusiv ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare), cu solicitarea de clarificări, dacă este cazul, în termen de 10 zile de la comunicare.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_0831.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică R3:

- Cauza C-599/10, privind procedura SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG și Stalexport Autostrady SA vs Úrad pre verejné obstarávanie (Oficiul de achiziții publice);
- Cauza C-147/06 și C-148/06, privind procedura SECAP SpA vs Comune di Torino, respectiv procedura Santorso Soc. coop. arl vs Comune di Torino.

- **Înainte de a respinge o ofertă, pentru că are un preț aparent neobișnuit de scăzut, autoritatea contractantă are obligația de a solicita clarificări ofertantului în cauză⁶¹**

Cauza: C-599/10, privind procedura SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG și Stalexport Autostrady SA vs Úrad pre verejné obstarávanie (Oficiul de achiziții publice).

⁶¹ Legislația corespondentă din România: art. 202 din OUG nr. 34/2006 și art. 36¹ din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Speța: Národná diaľničná spoločnosť a.s. (denumită în continuare „NDS”), societate comercială controlată în proporție de 100 % de statul Slovak, a lansat o procedură de cerere de ofertă restrânsă, printr-un anunț publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, din 27 septembrie 2007, în vederea încheierii unui contract de achiziție publică în valoare estimată de peste 600 de milioane de euro pentru furnizarea serviciilor de taxare rutieră pe autostrăzi și pe anumite șosele.

În cursul acestei proceduri, NDS a adresat solicitări de clarificare a ofertei către două grupuri de întreprinderi, care figurau printre candidați. Erau astfel vizate, pe de o parte, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s. și TESLA Stropkov a.s. (denumite în continuare „SAG ELV și alții”), precum și, pe de altă parte, Autostrade per l’Italia SpA, EFKON AG și Stalexport Autostrady SA (denumită în continuare „Slovakpass”). Printre altele, se solicita celor două grupuri de întreprinderi clarificări cu privire la prețurile anormal de scăzute propuse. La aceste solicitări au fost furnizate răspunsuri. Ulterior, prin decizii adoptate la 29 aprilie 2008, SAG ELV și alții și Slovakpass au fost excluse din procedură.

Aceste decizii au fost contestate la NDS, care le-a confirmat apoi în fața organismului administrativ de apel competent, Úrad, care, la 2 iulie 2008, a respins, la rândul său, căile de atac cu care fusese sesizat. Printre altele, Úrad a considerat aceste două grupuri nu furnizaseră un răspuns adecvat la solicitarea de clarificări cu privire la caracterul anormal de scăzut al prețului ofertelor lor.

SAG ELV și alții și Slovakpass au contestat aceste decizii la Krajský súd Bratislava (Curtea Regională din Bratislava), instanța respingând acțiunile înaintate. Cele două hotărâri prin care au fost respinse contestațiile, au fost atacate cu apel la Najvyšší súd Slovenskej republiky (Curtea Supremă a Republicii Slovace). Curtea Supremă a Republicii Slovace a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare, printre care o întrebare vizând să se stabilească în ce măsură autoritățile contractante, în cazul în care apreciază, în cadrul procedurii de cerere de ofertă restrânsă, că oferta unui candidat este anormal de scăzută, pot sau trebuie să solicite clarificări candidatului în cauză, ținând seama de dispozițiile art. 2 și 55 din Directiva 2004/18/CE.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 29 martie 2012, pronunțată în cauza C-599/10, art. 55 din Directiva 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că impune prezența în legislația națională a unei dispoziții precum art. 42

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

alin. 3 din Legea slovacă nr. 25/2006 privind contractele de achiziții publice, în versiunea sa aplicabilă acțiunii principale, care prevede în esență că, în cazul în care candidatul propune un preț anormal de scăzut, autoritatea contractantă îi solicită în scris clarificări cu privire la prețul propus. Instanța națională are competența de a verifica, ținând seama de ansamblul înscrisurilor din dosar care îi sunt puse la dispoziție, dacă solicitarea de clarificare a permis candidatului în cauză să explice suficient elementele ofertei sale.

În mod corespunzător, art. 55 din Directiva 2004/18/CE se opune poziției unei autorități contractante care ar considera că nu îi revine obligația de a solicita candidatului să clarifice un preț anormal de scăzut.

Curtea a reținut că existența unei dezbateri contradictorii efective, plasată într-un moment util în procedura de examinare a ofertelor, între autoritatea contractantă și candidat, în scopul ca acesta din urmă să poată demonstra că oferta sa este serioasă, constituie o cerință a Directivei 2004/18/CE, în vederea evitării arbitrariului din partea autorității contractante și a garantării unei concurențe sănătoase între întreprinderi (a se vedea, în acest sens, pct. 57 din Hotărârea Curții, din 27 noiembrie 2001, pronunțată în cauzele conexe C-285/99 și C-286/99, privind procedura Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni vs ANAS - Ente nazionale per le strade and Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA, respectiv procedura Impresa Ing. Mantovani SpA vs ANAS - Ente nazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli) (pct. 29).

În această privință, Curtea a amintit, pe de o parte, că, deși lista prevăzută la art. 55 alin. (1) al doilea paragraf din Directiva 2004/18/CE nu este exhaustivă, ea nu este totuși doar indicativă și nu acordă, așadar, autorităților contractante libertatea de a stabili care sunt elementele pertinente de luat în considerare înainte de a înlătura o ofertă care pare anormal de scăzută (pct. 159 din Hotărârea Curții, din 23 aprilie 2009, pronunțată în cauza C-292/07, privind procedura Comisia vs Belgia) (pct. 30). De altfel, efectul util al art. 55 alin. (1) din Directiva 2004/18/CE implică faptul că revine autorității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentru a-i pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor (pct. 31).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-599/10>

- **Respingerea unei oferte, pentru că are prețul aparent neobișnuit de scăzut, fără a solicita, în prealabil, clarificări cu privire la acest aspect, în cazul procedurilor de atribuire care prezintă un interes transfrontalier cert, reprezintă o încălcare a principiilor fundamentale ale Uniunii Europene, astfel că obligația de a solicita astfel de clarificări revine autorităților contractante și în cazul procedurilor de achiziții publice care nu intră în domeniul de aplicare al legislației comunitare din materia achizițiilor publice**⁶²

Cauza: C-147/06 și C-148/06, privind procedura SECAP SpA vs Comune di Torino, respectiv procedura Santorso Soc. coop. arl vs Comune di Torino.

Speța: Autoritatea contractantă Comune di Torino a lansat, în luna decembrie 2002, respectiv, în luna septembrie 2004, două proceduri de cerere de oferte privind atribuirea unor contracte de achiziții publice de lucrări, cu valori estimate situate sub pragul de aplicare al Directivei 93/37/CEE (așa cum era acesta stabilit, la momentul fiecărei proceduri, în parte). La prima dintre proceduri, a depus ofertă și SECAP SpA, iar la a doua dintre proceduri, a depus ofertă și Santorso Soc. coop. arl.

Anunțurile prin care Comune di Torino a lansat procedurile de cerere de ofertă menționate precizau că atribuirea urma să aibă loc pe baza criteriului celei mai importante reduceri de preț, în urma verificării ofertelor anormal de scăzute și fără excluderea din oficiu a acestora. Aceste anunțuri erau întemeiate pe o decizie luată în urma deliberării de către Giunta comunale (organ executiv al Comunei) care prevedea că aplicarea criteriului celei mai importante reduceri de preț presupunea verificarea ofertelor „*anormale*” în conformitate cu Directiva 93/37/CEE, inclusiv pentru contractele cu o valoare inferioară pragului comunitar, lăsând astfel neaplicate dispozițiile art. 21 alin. 1 bis din Legea italiană nr. 109/94, care prevedeau excluderea din oficiu a ofertelor anormal de scăzute (cu condiția ca numărul ofertelor valabile să nu fie mai mic de cinci).

Evaluarea ofertelor a permis clasarea ofertelor depuse de SECAP SpA, respectiv de Santorso Soc. coop. arl în fruntea celor considerate ca „*nefiind anormale*”. În final, după efectuarea verificării ofertelor anormal de scăzute, Comune di Torino a înlăturat ofertele depuse de SECAP, respectiv de Santorso, în favoarea celor prezentate de alte societăți.

⁶² Legislația corespondentă din România: art. 202 din OUG nr. 34/2006 și art. 36¹ din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Cei doi operatori economici au atacat decizia autorității contractante, la Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, care a respins cele două acțiuni. SECAP SpA și Santorso Soc. coop. arl au atacat aceste decizii de respingere la Consiglio di Stato, care a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare, vizând să stabilească dacă principiile fundamentale de drept comunitar care guvernează și atribuirea contractelor de achiziții publice, a căror expresie specifică ar fi art. 30 alin. (4) din Directiva 93/37/CEE, se opun unei reglementări naționale de tipul art. 21 alin. 1 bis din Legea italiană nr. 109/94.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 15 mai 2008, pronunțată în cauzele conexe C-147/06 și C-148/06, normele fundamentale din Tratatul CE referitoare la libertatea de stabilire și la libertatea de a presta servicii, precum și principiul general al nediscriminării se opun unei reglementări naționale care, în ceea ce privește contractele cu o valoare inferioară pragului stabilit la art. 6 alin. (1) lit. (a) din Directiva 93/37/CEE, și care prezintă un interes transfrontalier cert, impune în mod imperativ autorităților contractante, în cazul în care numărul ofertelor valabile este mai mare de cinci, să procedeze la excluderea din oficiu a ofertelor considerate anormal de scăzute în raport cu prestația de furnizat, potrivit unui criteriu matematic prevăzut prin această reglementare, fără a lăsa autorităților contractante respective nicio posibilitate de a verifica elementele acestor oferte prin solicitarea de detalii cu privire la acestea de la ofertanții în cauză.

Pe de altă parte, Curtea a declarat că nu se poate reține o nerespectare a normelor fundamentale din Tratatul CE, în cazul în care o reglementare națională sau locală ori autoritatea contractantă respectivă, din cauza numărului excesiv de ridicat de oferte care ar putea obliga această autoritate contractantă să procedeze la verificarea, în contradictoriu, a unui număr de oferte atât de ridicat, încât aceasta ar depăși capacitatea sa administrativă sau ar fi susceptibilă, din cauza întârzierii pe care această verificare ar putea-o ocaziona, să pună în pericol realizarea proiectului, ar stabili un prag rezonabil dincolo de care s-ar aplica excluderea din oficiu a ofertelor anormal de scăzute.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-147/06>

5.2.4. Documentele de calificare depuse de alți ofertanți participanți sau modul de punctare/evaluare a acestora de către autoritatea contractantă (R4)

- **Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări cu privire la ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire, însă trebuie să aibă în vedere ca, prin clarificările/completările solicitate, să nu determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant**

Speța: În aplicarea unei decizii CNSC, autoritatea contractantă a solicitat clarificări asocierii SC ... SA – SC ... SRL – SC ... SRL, clarificări ce se refereau la:

- a) capitolul *„Gestiune financiar – contabilitate”* din Caietul de sarcini, cerința *„posibilitatea de urmărire a derulării contractelor/comenzilor, cu evidențierea de surse de finanțare, articole bugetare, coduri CPV”*, Comisia de evaluare solicitând comunicarea modalității detaliate în care este îndeplinită această cerință în propunerea tehnică;
- b) punctul 2.2. Prevederi de securitate din Caietul de sarcini, cerințele referitoare la faptul că *„aplicația oferată trebuie să asigure «securitatea și protecția datelor la nivel de înregistrare prin 23 / 29 memorarea utilizatorului, a datei și a stației de la care s-au realizat modificări sau accesări ale înregistrării. Sistemul informatic va asigura integritatea și persistența datelor, precum și recuperarea datelor și a funcționalității în caz de forță majoră»”*, Comisia de evaluare solicitând comunicarea modalității detaliate în care sunt îndeplinite aceste cerințe în propunerea tehnică.

Asocierea SC ... SA – SC ... SRL – SC ... SRL a răspuns solicitării autorității contractante, prin adresa nr. 9491/27.10.2014, înregistrată la ... sub nr. 6102/27.10.2014, după cum urmează:

- a) cu privire la solicitarea de la lit. a) de mai sus, asocierea SC ... SA - SC ... SRL – SC ... SRL a răspuns reproducând informații din propunerea tehnică pag. 236, 216, 215 și arătând că sintagma *„nomenclatoare unice”* face referire la *„Catalog surse de finanțare, catalog articole bugetare, catalog coduri CPV”*;
- b) cu privire la solicitarea de la lit. b) de mai sus, asocierea declarată câștigătoare a menționat următoarele:

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței *„securitatea și protecția datelor la nivel de înregistrare prin memorarea utilizatorului, a datei și a stației de la care s-au realizat modificări sau accesări ale înregistrării”*, asocierea desemnată câștigătoare a reprodus în cadrul răspunsului la clarificări, informații existente în propunerea tehnică la pag. 73 și 74, pentru clarificare detaliind modul de îndeplinire al acestei cerințe;
- pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței *„Sistemul informatic va asigura integritatea și persistența datelor, precum și recuperarea datelor și a funcționalității în caz de forță majoră”*, asocierea desemnată câștigătoare, a invocat pag. 518 din propunerea tehnică, pentru clarificare detaliind modul de îndeplinire al acestei cerințe.

După analiza răspunsului primit, membrii Comisiei de evaluare au încheiat Raportul proceduri de atribuire nr. 36480/30.10.2014, prin care au stabilit că oferta depusă de asocierea SC ... SA -SC ... SRL – SC ... SRL este admisibilă și, aplicând criteriul de atribuire menționat în documentația de atribuire, și anume „prețul cel mai scăzut”, au declarat câștigătoare oferta depusă de asocierea SC ... SA - SC ... SRL – SC ... SRL.

Asocierea SC ... SRL – SC ... SA, a cărei ofertă s-a clasat pe locul II, a contestat rezultatul procedurii de atribuire, invocând, printre altele, că clarificările transmise de către asocierea câștigătoare în faza de reevaluare încalcă prevederile art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006:

- a) prin clarificări nu se putea suplini lipsa prevederilor de la punctul 2.2. din Caietul de sarcini;
- b) prin clarificările ulterioare oferite de asocierea câștigătoare se depășește cadrul legal și rolul clarificărilor.

Decizia CNSC: Analizând răspunsul asocierii desemnată câștigătoare, CNSC constată că în cuprinsul acestuia, asocierea SC ... SA - SC ... SRL – SC ... SRL a reprodus fragmente din cadrul propunerii tehnice, oferind detalii în plus, astfel încât în speță nu sunt incidente dispozițiile art. 79 alin. (2), teza I din HG nr. 925/2006, care stipulează că: *„În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată neconformă”*.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Cu privire la primul motiv de critică, CNSC reține că, așa cum rezultă din cuprinsul Raportului procedurii de atribuire și având în vedere informațiile din propunerea tehnică coroborate cu cele două răspunsuri la clarificări formulate de asocierea desemnată câștigătoare (adresa nr. 6255/11.07.2014 și adresa nr. 9491/27.10. 2014), membrii Comisiei de evaluare au constatat că ofertantul îndeplinește cerințele din Caietul de sarcini de la punctul 2.2. – Prevederi de securitate – astfel încât nu se putea afirma, așa cum susține contestatoarea, că din cadrul propunerii tehnice a asocierii desemnată câștigătoare lipseau prevederile de la punctul 2.2. din Caietul de sarcini, aspecte pe care Consiliul le-a apreciat ca fiind corect reținute de către autoritatea contractantă.

Cu privire la cel de-al doilea motiv de critică, având în vedere cele menționate, CNSC apreciază ca fiind nefondată următoarea critică a contestatoarei: *„clarificările transmise de către asocierea câștigătoare în faza de reevaluare încalcă prevederile art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006”*.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_3109.pdf

- **Prin deciziile pronunțate, CNSC nu se poate substitui membrilor comisiei de evaluare, în sensul de a stabili că o ofertă este acceptabilă sau conformă, CNSC examinând actul atacat doar din punct de vedere al legalității și temeiniciei**

Speța: În fișa de date a achiziției, la pct. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, autoritatea contractantă a precizat: *„Cerința nr. 1: Obiectul contractului trebuie să aibă corespondent în codul CAEN din certificatul constator emis de ORC. Modalitatea de îndeplinire: Prezentare certificat constator emis de ORC din care să rezulte obiectul de activitate al operatorului economic în original, copie legalizată sau copie lizibilă cu mențiunea «conform cu originalul»”*.

Autoritatea contractantă a stabilit că oferta Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL este câștigătoare.

SC ... SRL a formulat contestație împotriva raportului procedurii, susținând că oferta câștigătoare este inacceptabilă având în vedere că Asocieria SC ... SRL – SC ... SRL nu îndeplinește condițiile minime de calificare stabilită la pct. III.2.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În cadrul unei decizii anterioare, referitoare la o contestație, introdusă de același contestator, în cadrul aceleiași proceduri, împotriva unei hotărâri anterioare a autorității contractante, prin care fusese declarată câștigătoare tot oferta depusă de Asocieria SC ... SRL – SC ... SRL, CNSC a reținut că, din documentele de calificare prezentate de prezentate de Asocieria SC ... SRL – SC ... SRL, nu rezultă, cu certitudine, care sunt activitățile pe care urmează a le desfășura SC SRL (membră a asocierii), în concordanță cu obiectul contractului, prevăzut la art. 4 din modelul de contract publicat în SEAP.

Din Acordul de asociere, CNSC a reținut că cei doi asociați urmează a executa, în comun, toate activitățile/lucrările aferente obiectului contractului, în cote procentuale de 70% - 30%, ceea ce presupune ca fiecare dintre asociați să fi prezentat, la data limită de depunere a ofertelor, certificat constatator emis de ORC din care să rezulte că activitățile pe care aceștia le pot desfășura (cod CAEN) au corespondent în obiectul contractului care este subiect al procedurii de atribuire; relevante în situația de fapt dată fiind prevederile cuprinse în anexa nr. 2 din Ord. ANRMAP nr. 509/2011.

Având în vedere cele prezentate, prin acea decizie, CNSC a admis, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în ceea ce privește critica referitoare la modalitatea de îndeplinire a cerinței din fișa de date a achiziției, stabilită la pct. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, și a dispus anularea raportului procedurii în partea ce privește Asocieria SC ... SRL – SC ... SRL și reevaluarea ofertei asocierii cu luarea în considerare a celor prezentate în motivare.

Ulterior deciziei sus-menționate a CNSC, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL și a solicitat, prin clarificări, Certificatul constatator extins al asociatului SC ... SRL (membră a asocierii), din care să rezulte că acesta poate să desfășoare activități de lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor, corespondent a codului CAEN 4211. În urma studierii documentului solicitat autoritatea contractantă a stabilit că oferta Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL îndeplinește condițiile de calificare și a declarat-o câștigătoare.

SC ... SRL a formulat contestația, ce face obiectul prezentei spețe, împotriva rezultatului procedurii susținând că, nefiind atacată cu plângere, decizia anterioară a CNSC a devenit definitivă sub toate aspectele din motivare, inclusiv cele referitoare la inacceptabilitatea și neconformitatea ofertei Asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. Contestatoarea a afirmat că, deși prin decizia anterioară a CNSC s-a stabilit cu putere de lucru judecat că ofertantul declarat câștigător nu

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

a îndeplinit cerința din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a încălcat această putere de lucru judecat, declarând, încă o dată, câștigătoare Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L.

Decizia CNSC: CNSC statuează faptul că, contrar celor susținute de către contestatoarele, CNSC nu a stabilit faptul că oferta Asocierii desemnată câștigătoare este inacceptabilă, și nici nu ar fi putut stabili acest fapt deoarece CNSC nu se poate substitui membrilor Comisiei de evaluare ale căror atribuțiuni sunt stipulate la art. 72 alin. (2) din HG nr. 925/2006, la lit. h). Prin decizia anterioară, CNSC a dispus obligarea autorității contractante, ca în termen de 15 zile de la comunicarea deciziei, să reevalueze oferta Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, fără a preciza dacă este necesar ca autoritatea contractantă să-i solicite sau nu clarificări asocierii în cauză, această conduită fiind lăsată la aprecierea autorității contractante.

CNSC apreciază că solicitarea de clarificări transmisă Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, a fost întocmită cu respectarea dispozițiilor art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, coroborat cu prevederile art. 35 din HG nr. 925/2006, deoarece datele de referință au fost deja puse la dispoziția autorității contractante odată cu oferta, SC ... SRL (membră a asocierii) depunând pentru îndeplinirea cerinței menționată în Fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3.b), Certificatele ISO 9001:2008 și 14001:2005 din care rezultă că ofertantul asociat SC ... SRL respectă cerințele celor două standarde pentru activități aferente codului CAEN solicitat. Prin urmare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a făcut o evaluare completă a ofertei desemnată câștigătoare, numai după primirea clarificărilor de la Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, aceasta luând decizia de a admite oferta acestui operator economic.

Pe de altă parte, susținerile contestatoarei cu privire la faptul că „*mențiunile privind constatarea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei Asocierii SC ... SRL și SC ... SRL cuprinse în Decizia CNSC se bucură de putere de lucru judecat și nu pot fi cenzurate de către autoritatea contractantă*”, nu pot fi reținute de CNSC întrucât, pe de o parte CNSC nu a stabilit faptul că oferta asocierii desemnată câștigătoare este inacceptabilă, iar pe de altă parte nu este întrunită tripla identitate părți, obiect, cauză, deoarece în prezenta speță este vorba despre un alt act atacat și de alte demersuri întreprinse de autoritatea contractantă în scopul reevaluării ofertei depusă de Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ... S.R.L.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_2826.pdf

SC ... SRL a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând modificarea acesteia, în tot, în sensul admiterii contestației, a anulării deciziei prin care a fost desemnată oferta câștigătoare și a obligării autorității contractante la reevaluarea acestei oferte, cu luarea în considerare a aspectelor reținute de CNSC în decizia inițială.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei, ca fiind nefondată, pe următoarele considerente:

- a) Prin decizia CNSC, oferta Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL nu a fost declarată inacceptabilă/neconformă, deoarece CNSC nu se poate substitui Comisiei de evaluare. Comisia de evaluare, respectând dispozițiile art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 35 din HG nr. 925/2006, a solicitat celor două societăți asociate transmiterea certificatului constatator extins din care să rezulte faptul că acesta poate desfășura activități corespunzătoare codului CAEN 4211. Prin certificatul constatator extins, asocierea a făcut dovada cerinței impusă de autoritatea contractantă. Acest document atestă preexistența unei situații de fapt la data depunerii/deschiderii ofertelor.
- b) În ceea ce privește excepția autorității de lucru judecat, nu sunt îndeplinite condițiile triplei identități: părți, obiect și cauză. În situația în care are loc o reevaluare după o primă decizie, suntem în prezența unui alt raport al procedurii achiziției publice cu un obiect distinct. Deci, cele două cauze au obiecte diferite.

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică R4:

- Cauza C-176/98, privind procedura Holst Italia SpA vs Comune di Cagliari.

- **Autoritatea contractantă nu are dreptul de a declara inacceptabilă o ofertă, pentru motivul că îndeplinirea criteriilor de calificare este dovedită prin invocarea susținerii unui terț**⁶³

Cauza: C-176/98, privind procedura Holst Italia SpA vs Comune di Cagliari.

Speța: În anul 1996, Comune di Cagliari a organizat o procedură de cerere de oferte pentru atribuirea, pe baza criteriului cea mai avantajoasă ofertă depusă, a serviciilor de gestiune, pe o perioadă de trei ani, a stațiilor de tratare și epurare a apelor uzate.

Cererea de oferte, publicată, la data de 3 ianuarie 1997, în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, prevedea că ofertanții trebuie să dovedească, în special, pe de o parte, că, în perioada 1993-1995, au avut o cifră de afaceri medie anuală egală sau mai mare de 5 miliarde de lire italiene, în domeniul gestiunii stațiilor de tratare și epurare a apelor uzate, iar pe de altă parte, că au gestionat, în mod efectiv, cel puțin o stație de epurare a apelor uzate menajere, timp de doi ani consecutiv, în ultimii trei ani. Ofertanții care nu puteau să dovedească îndeplinirea acestor două condiții urmau să fie respinși.

Ruhrwasser AG International Water Management (denumită în continuare „Ruhrwasser”), înregistrată ca și companie, începând doar de la data de 9 iulie 1996, nu putea să demonstreze cifră de afaceri pentru perioada 1993-1995 sau că a gestionat, în mod efectiv, cel puțin o stație de epurare a apelor uzate menajere, în ultimii trei ani.

Pentru a proba îndeplinirea condițiilor menționate, Ruhrwasser a furnizat documente privind resursele financiare ale unei alte entități – Ruhrverband, o instituție germană de drept public. Ruhrverband era unic acționar al întreprinderii RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft, care, împreună cu alte cinci companii, a înființat Ruhrwasser, ca societate pe acțiuni, reglementată de legislația germană, deținută în proporție de 1/6 de fiecare dintre societățile mamă, și având ca obiectiv să permită acestor societăți să încheie contracte, în străinătate, în domeniul colectării și tratării apelor.

Holst Italia SpA, care a participat, de asemenea, la procedura de atribuire în cauză, dar a cărei ofertă nu a fost declarată câștigătoare, a introdus acțiune la Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna pentru anularea deciziei

⁶³ Legislația corespondentă din România: art. 186 și art. 190 din OUG nr. 34/2006 și art. 11¹ din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

consiliului municipal Cagliari de atribuire a contractului de achiziție publică către Ruhrwasser, motivul invocat fiind că acest operator nu a prezentat documentele solicitate în cadrul procedurii.

Ruhrwasser a introdus cerere de intervenție în cadrul litigiului aflat pe rolul instanței italiene și a solicitat, pe calea unei cereri interlocutorii, să se constate caracterul ilegal al prevederii din cererea de oferte, care nu permite unui ofertant să prezinte referințe ce privesc o altă întreprindere, pentru a demonstra propria sa capacitate de depunere a unei oferte în cadrul procedurii.

În aceste condiții, instanța italiană a decis să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții o întrebare preliminară privind măsura în care Directiva 92/50/CEE permite unei societăți să demonstreze că deține calificările tehnice și financiare stabilite pentru participarea la procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică de servicii, prin invocarea referințelor unei alte societăți, care este unicul acționar al uneia dintre societățile ce dețin acțiuni la prima societate.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 2 decembrie 1999, pronunțată în cauza C-176/98, Directiva 92/50/CEE trebuie interpretată în sensul că permite unui prestator de servicii să dovedească că îndeplinește criteriile economice, financiare și tehnice, solicitate pentru participarea într-o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică de servicii, prin invocarea susținerii unor alte entități, indiferent de natura legală a legăturilor ce există cu acestea din urmă, cu condiția ca respectivul prestator să dovedească faptul că dispune, în mod efectiv, de resursele acelor entități, necesare pentru executarea contractului.

În acest sens, Curtea a reținut că, pentru unul dintre criteriile de selecție calitativă, se prevede, la art. 31 alin. (3) din Directiva 92/50/CEE, posibilitatea ca ofertanții să își probeze capacitatea financiară și economică, prin orice alt document pe care autoritatea contractantă îl consideră adecvat. De asemenea, art. 32 alin. (2) lit. (c) din Directiva 92/50/CEE prevede, în mod expres, că dovada capacității tehnice a prestatorului de servicii se poate face prin indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice, fie că țin sau nu, direct, de prestatorul de servicii, la care acesta din urmă poate apela pentru prestarea serviciului (pct. 25).

Conform motivării Curții, din obiectul și formularea dispozițiilor menționate, rezultă că o persoană nu poate fi respinsă dintr-o procedură de atribuire a unui

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

contract de achiziție publică de servicii doar pentru motivul că aceasta propune să utilizeze, pentru execuția contractului, resurse care nu îi aparțin ei, ci uneia sau unor entități, altele decât ea (pct. 26).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-176/98>

5.2.5. Faptul că, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă nu a precizat motivele de respingere a ofertei (R5)

- **În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă are obligația de transmite, pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini**

Speța: În urma derulării procedurii de cerere de oferte privind atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect: *„Reabilitare, modernizare și echipare ambulatoriu de specialitate la Spitalul Orășenesc ... - Dotări de specialitate ambulator”*, autoritatea contractantă a comunicat operatorului economic SC ..., prin adresa nr. 12961/13/120/20.10.2014, că oferta sa a fost respinsă deoarece *„a răspuns la clarificările solicitate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 12961/12/117/10.10.2014 (...) cu răspunsuri, completări și date pe care nu le-am regăsit în propunerea tehnică din ofertă. Conform HG nr. 925/2006 (actualizată) art. 79 alin. (2), oferta este considerată neconformă”*.

SC ... a contestat decizia nr. 12961/13/120/20.10.2014 a autorității contractante, motivat de faptul că aceasta respectă conținutul minim impus prin dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă neoferind informațiile, la care se face referire în dispozițiile citate, la momentul transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii. Contestatorul a considerat că, prin clarificările depuse ca urmare a solicitării nr. 12961/12/117/10.10.2014 a autorității contractante, a oferit răspunsuri complexe și detaliate cu privire la solicitările autorității contractante, prin anexarea unor documente suplimentare menite a edifica în cel mai mic detaliu corespondența ofertei tehnice cu cerințele caietului de sarcini, fără ca oferta tehnică să fie modificată în vreun fel. De altfel, cerințele tehnice solicitate de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini publicat în SEAP cu numărul ... 04.09.2014 au fost îndeplinite prin prezentarea broșurilor producătorilor externi și extrase din manualele de utilizare ale echipamentelor, fiecare specificație cerută fiind regăsită în paginile documentelor emise de producător - anexate propunerii tehnice.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Decizia CNSC: CNSC apreciază că modalitatea în care a elaborat autoritatea contractantă adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 12961/12/120/20.10.2014 nu respectă rigorile impuse de norma legală de la art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006 deoarece documentul în cauză nu conține motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini, ci doar temeiul legal invocat în acest sens.

În acest sens, CNSC arată că, pentru a respecta norma juridică anterior invocată, actul atacat de contestator ar fi trebuit să indice concret care sunt echipamentele asupra cărora ar fi operat contestatorul modificări prin clarificările transmise și care din cele cca. 100 de pagini de clarificări nu corespund pretențiilor sale. Mai mult, CNSC apreciază că, pentru a stabili incidența sau nu a prevederilor art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice, raportându-se la natura (contract de furnizare) și specificul contractului ce urmează a fi atribuit, în ce măsură a modificat prin răspunsurile sale conținutul propunerii tehnice sau, altfel spus, în ce măsură a înlocuit contestatorul produsele propuse în oferta inițială cu altele, diferite de acestea; și nu să invoce, în mod generic, o pretinsă modificare a propunerii tehnice.

CNSC subliniază că, în lipsa unei adrese de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire din care să rezulte motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, nedetaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini, contestatorul nu a avut informațiile necesare formulării unei acțiuni direcționate către motivul concret al respingerii ofertei, ci a fost obligat să se limiteze la considerații generice de forma *„nu considerăm că prin clarificările aduse ne-am modificat într-un fel propunerea tehnică, echipamentele oferite rămânând aceleași”*; criticile acestuia privind modul de elaborare a adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire fiind pe deplin justificate.

Prin urmare, CNSC admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă, în ceea ce privește modalitatea de elaborare a adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și obligă autoritatea contractantă la refacerea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

atribuire, cu respectarea prevederilor legale și a celor reținute în motivarea deciziei CNSC, în termen de 10 zile de la comunicare.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_3001.pdf

- **Dacă există mai multe motive pentru respingerea, ca neconformă, a unei oferte, autoritatea contractantă nu are obligația de a indica temeiul legal după fiecare motiv de respingere a ofertei ca neconformă, în cazul în care respectivul temei legal este identic pentru toate motivele**

Speța: În urma derulării procedurii de cerere de oferte privind atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect: *„Reabilitarea rețelei stradale a comunei ... din județul ..., modernizare cămin cultural din satul ..., construire centru pentru îngrijirea copiilor tip «after school» în satul ...”*, autoritatea contractantă a comunicat operatorului economic SC ... că oferta sa a fost respinsă.

SC ... a contestat decizia nr. autorității contractante, invocând faptul că oferta sa a fost respinsă *„din mai multe motive, dintre care, numai pentru un singur motiv s-a evocat încadrarea juridică”*, ca neconformă, în temeiul art. 36 alin. 2 lit. a) din HG nr. 925/2006.

Primul motiv indicat de autoritatea contractantă a fost că din documentele și clarificările depuse de ofertant, nu ar fi rezultat că au fost respectate cerințele caietului de sarcini, în sensul că, la căminul cultural din Lăzărești, la centrala termică s-a prevăzut Dispozitiv de amorsare Prevecton 2, autoritatea contractantă apreciind că *„nu ați oferat acest dispozitiv”*, precum și că pentru *„Obiectul Instalației termice”* din oferta depusă *„lipsesc două articole:*
a) Cheltuieli suplimentare pentru manopera montare sistem 3 panouri solare;
b) Cheltuieli suplimentare pentru manopera montare butelie de egalizare D=150MM, 11=1...MW”.

Astfel, contestatorul consideră că, în motivarea autorității contractante, *„nu se precizează dacă din această cauză oferta este considerată inacceptabilă și/sau neconformă”*, și nu se face încadrarea juridică a motivului, astfel, încălcându-se prevederile *„art. 207 alin. 2 lit. b)”*.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Decizia CNSC: CNSC constată că, în cuprinsul contestației, ... enumeră motivele pentru care a fost respinsă oferta sa, așa cum acestea au fost menționate în comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire.

Primul motiv, invocat de către autoritatea contractantă în motivarea hotărârii de respingere a ofertei în cauză, este următorul:

„Prin documentele și clarificările depuse de Dvs. rezultă că nu au fost respectate cerințele caietului de sarcini, adică soluțiile tehnice din documentația tehnică (...). În documentația tehnică din cadrul documentației de atribuire, care a fost pus la dispoziția ofertanților pe SEAP, la modernizarea căminului cultural din satul la centrala termică este prevăzut Dispozitiv de amorsare Prevector 2, dar nu ați oferit acest dispozitiv, totodată la construirea centru pentru îngrijirea copiilor tip «After School» în satul ... pentru Obiectul Instalații din oferta depusă lipsesc două articole: (...)”.

În legătură cu acesta, reține CNSC că ... a criticat numai faptul că „autoritatea contractantă nu realizează încadrarea juridică a motivului mai sus citat, astfel nerespectând prevederile art. 207, alineat (2), lit. b”.

Față de cele susținute de contestator, CNSC determină că atât în comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, cât și în raportul procedurii, s-a menționat că „oferta este neconformă în conformitate cu art. 36 alin. (2), lit. a) din H.G. nr. 925/..., nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”. Este adevărat că invocarea temeiului legal s-a făcut după ce au fost menționate toate motivele pentru care respectiva ofertă a fost respinsă, ca neconformă, dar aceasta nu este nicidecum o încălcare a vreunei dispoziții legale în materie, neexistând, în sarcina autorității contractante, o astfel de obligație, respectiv de a insera temeiul legal după fiecare motiv de respingere a ofertei ca neconformă, în cazul în care acesta este identic.

Față de cele de mai sus, CNSC constată că sunt nefondate criticile contestatorului referitoare la primul motiv pentru care oferta a fost respinsă, și constată, de asemenea, că ... nu formulează critici pe fond, ci doar învederează nerespectarea, de către autoritatea contractantă, a dispozițiilor art. 207 alin. 2 lit. b) din ordonanța de urgență, ceea ce este neîntemeiat, după cum CNSC a arătat.

Prin urmare, CNSC respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_2212.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică R5:

- Cauza T-195/05, privind procedura Deloitte Business Advisory NV vs Comisia Comunităților Europene;
- Cauza T-437/05, privind procedura Brink's Security Luxembourg SA vs Comisia Comunităților Europene.

- **Autoritatea contractantă are obligația de a comunica ofertanților respinși motivele care au stat la baza deciziei de respingere⁶⁴**

Cauza: T-195/05, privind procedura Deloitte Business Advisory NV vs Comisia Comunităților Europene.

Speța: Consorțiul, al cărui reprezentant legal era Deloitte Business Advisory NV, a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire a unui contract-cadru intitulat „Contract-cadru privind evaluarea domeniilor de acțiune politică ale [Direcției Generale Sănătate și Protecția Consumatorilor], lotul nr. 1 (sănătate publică) — cerere de ofertă SANCO/2004/01/041”.

Potrivit pct. 9.1.3 din caietul de sarcini și în conformitate cu prevederile art. 94 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002, un motiv de excludere al ofertanților îl constituie existența unui conflict de interese.

Prin scrisoarea din 22 aprilie 2005, Comisia a informat consorțiul că oferta sa a fost respinsă, comisia de evaluare însărcinată cu contractul constatând existența riscului unor conflicte de interese în cadrul său.

În susținerea acțiunii introduse împotriva deciziei Comisiei, reclamanta a invocat și că respectiva decizie de respingere era motivată greșit și insuficient în ceea ce privește existența conflictului de interese.

⁶⁴ Legislația corespondentă din România: art. 206 și art. 207 din OUG nr. 34/2006 și art. 39 alin. (2), art. 43 alin. (2), art. 48 alin. (2), art. 50 alin. (5) și art. 53² alin. (2) din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Astfel, Comisia ar fi motivat, în mod greșit, decizia de respingere, întrucât comisia de evaluare, din al cărei raport au fost reproduse câteva extrase în această decizie, ar fi tras în mod greșit concluzia că ofertantul (consorțiul al cărui reprezentant legal era Deloitte Business Advisory NV) nu recunoștea faptul că un anumit număr de parteneri ai săi în cadrul acestui consorțiu erau implicați, în mod semnificativ, în punerea în practică a programului de sănătate publică.

De asemenea, Comisia ar fi motivat, în mod insuficient, decizia de respingere, întrucât nu ar fi precizat niciodată de ce soluția propusă de consorțiu era insuficientă și nu oferea nicio garanție satisfăcătoare că orice conflict de interese ar putea fi evitat.

Comisia a contestat, mai întâi, critica potrivit căreia decizia de respingere este în mod greșit motivată, apreciind că a considerat în mod temeinic că ofertantul nu recunoștea faptul că un anumit număr de parteneri ai săi erau implicați într-o manieră semnificativă în punerea în practică a programului de sănătate publică despre care este vorba în speță. Iar în cea ce privește gradul de detaliere al deciziei, Comisia a susținut că motivul de excludere referitor la conflictul de interese ar fi fost în mod intenționat redactat în termeni generali de către Comisie, întrucât aprecierea existenței unui conflict de interese ar necesita o analiză concretă din partea autorității de atribuire, în funcție de elementele dosarului.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Tribunalului, din 18 aprilie 2007, pronunțată în cauza T-195/05, s-a reținut că argumentarea reclamantei bazată pe lipsa motivării deciziei de respingere nu poate fi reținută. În acest sens, Tribunalul a amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante, obligația de motivare depinde de natura actului în cauză și de contextul în care acesta a fost adoptat. Motivarea trebuie să evidențieze în mod clar și neechivoc raționamentul instituției, astfel încât, pe de o parte, să permită persoanelor interesate să cunoască justificările măsurii adoptate pentru a putea să își apere drepturile și să verifice dacă decizia este sau nu temeinică și, pe de altă parte, să permită instanței comunitare să exercite controlul de legalitate.

În speță, decizia de respingere prevedea expres că excluderea ofertei consorțiului era motivată prin existența unui risc de conflict de interese referitor, pe de o parte, la subvențiile primite de către principalii membri ai consorțiului și, pe de altă parte, la insuficiența garanțiilor oferite de către consorțiu în această privință. Prin urmare, Tribunalul a conchis că decizia de

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

respingere prezintă în mod clar și neechivoc raționamentul Comisiei, permițând astfel, pe de o parte, persoanelor interesate să cunoască justificările măsurii adoptate pentru a putea să își apere drepturile și să verifice dacă decizia este sau nu temeinică și, pe de altă parte, Tribunalului să exercite controlul de legalitate.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-195/05>

Cauza: T-437/05, privind procedura Brink's Security Luxembourg SA vs Comisia Comunităților Europene⁶⁵.

Speța: Comisia Comunităților Europene a făcut publică, prin anunțul de participare publicat în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene din 1 septembrie 2005 (JO S 168), cererea de ofertă 16/2005/OIL privind contractul de supraveghere și de pază a clădirilor autorității contractante, situate în Luxemburg.

⁶⁵ Cu toate că, în hotărârea pronunțată în această cauză, Tribunalul nu a reținut că ar fi incidente prevederile legislației din materia achizițiilor publice, în vigoare la acel moment (în speță, Directiva 90/52/CEE), această hotărâre este relevantă prin trimiterea la legislația comunitară ce stabilește obligația motivării unui act emis de instituțiile comunitare (în speță, art. 253 CE).

Legislația comunitară din materia achizițiilor publice, în vigoare la momentul redactării prezentului document, prevede expres conținutul informării pe care autoritatea contractantă trebuie să o transmită ofertanților ce au depus oferte admisibile, dar care nu au fost declarate câștigătoare. Astfel, conform art. 41 alin. (2) din Directiva 2004/18/CE, *la cererea părții în cauză*, autoritatea contractantă comunică, în cel mai scurt timp, fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă, caracteristicile și avantajele referitoare la oferta selectată, precum și numele adjudecatarului sau al părților la acordul-cadru.

Spre deosebire de legislația comunitară, legiuitorul român a impus autorităților contractante ca, în cadrul comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, fără să existe o cerere expresă a părții în cauză, să transmită fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuie contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru [art. 207 alin. (2) lit. c) a Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006].

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Brink's Security Luxembourg SA (denumită în continuare „Brink's” sau „reclamanta”) a depus ofertă în cadrul procedurii în cauză, iar, la 30 noiembrie 2005, Comisia a informat reclamanta despre faptul că nu i-a fost atribuit contractul, oferta sa neobținând cea mai bună notă finală cu ocazia evaluării calitative și financiare a ofertelor. Prin aceeași corespondență, Comisia a informat reclamanta că aceasta avea dreptul de a obține informații suplimentare cu privire la motivele de respingere a ofertei sale.

Prin scrisoarea din 1 decembrie 2005, reclamanta a solicitat Comisiei să îi comunice motivele de respingere a ofertei sale, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei reținute, precum și numele ofertantului câștigător al contractului.

Prin scrisoarea din 5 decembrie 2005, Comisia a informat reclamanta că ofertantul câștigător era Group 4 Falck – Société de surveillance et de sécurité SA, devenită G4S Security Services SA (denumită în continuare „Group 4 Falck”), și a comunicat acesteia elementele de comparație privind evaluarea ofertei sale față de oferta prezentată de Group 4 Falck.

Prin trei corespondențe din 5 decembrie 2005, reclamanta a solicitat Comisiei să reexamineze decizia sa de atribuire din 30 noiembrie 2005 (denumită în continuare „decizia de atribuire”) și să i se atribuie contractul de achiziție, precizând în această corespondență motivele pentru care, în opinia sa, ar fi trebuit să nu se rețină oferta prezentată de Group 4 Falck. Prin scrisoarea din 7 decembrie 2005, Comisia a răspuns corespondențelor reclamantei din 5 decembrie 2005.

Prin scrisoarea din 8 decembrie 2005, reclamanta a solicitat Comisiei numele, prenumele, gradul, vechimea și încadrarea membrilor comisiei de evaluare a ofertelor, precum și o completare a argumentării, considerând că motivele indicate de Comisie nu erau suficiente. Prin scrisoarea din 14 decembrie 2005, Comisia, invocând motive de confidențialitate, de protecție a vieții private și a integrității persoanelor, a refuzat să furnizeze informațiile solicitate de reclamantă în ceea ce privește membrii comisiei de evaluare a ofertelor. Cu toate acestea, Comisia a furnizat reclamantei informații suplimentare referitoare la motivele respingerii ofertei acesteia.

Prin cererea introductivă depusă la grefa Tribunalului la 15 decembrie 2005, reclamanta a introdus acțiune, solicitând anularea diverselor acte emise de Comisie, acordarea de daune interese și obligarea la plata cheltuielilor de

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

judecată; de asemenea, reclamanta a solicitat Tribunalului să ordone Comisiei să îi comunice o serie de informații referitoare la procedură și la oferta declarată câștigătoare.

În susținerea acțiunii sale în anulare, reclamanta a invocat mai multe motive, unul dintre acestea privind presupusa încălcare, de către Comisie, a obligației de motivare prevăzută la art. 253 TCE⁶⁶, la art. 12 alin. (1) din Directiva 92/50/CEE, la art. 100 alin. (2) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002 și la art. 149 alin. (3) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002.

Reclamanta a considerat că faptul de a comunica numai notele atribuite Group 4 Falck și, respectiv, reclamantei înseși pentru fiecare criteriu de atribuire, fără a preciza metoda de evaluare reținută și nici aplicarea practică a acesteia, constituie o motivare insuficientă. Reclamanta a amintit că a indicat în mod clar Comisiei, în scrisoarea sa din 8 decembrie 2005, că aprecia ca fiind insuficientă motivarea furnizată de aceasta.

Reclamanta a considerat că răspunsul furnizat de Comisie în corespondența sa din 14 decembrie 2005, prin care se limita să arate că Group 4 Falck a furnizat suficiente documente probatorii, este inacceptabil pentru o instituție căreia îi incumbă o obligație de transparență. În plus, reclamanta a pretins că, prin faptul că nu i-au fost comunicate documentele furnizate de Group 4 Falck pentru a dovedi informațiile cerute prin caietul de sarcini, Comisia a încălcat dreptul de acces la documentele instituțiilor. Mai mult, acest refuz nu s-ar fi întemeiat pe niciun motiv legitim. În opinia reclamantei, Comisia ar fi putut să îi comunice o versiune anonimată a documentelor.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Tribunalului, din 9 septembrie 2009, pronunțată în cauza T-437/05, s-a respins motivul invocat de reclamantă, întemeiat pe încălcarea obligației de motivare, a principiului transparenței și a dreptului de acces la documentele instituțiilor.

Cu privire la temeiurile de drept invocate de reclamantă, Tribunalul a precizat că, potrivit unei jurisprudențe constante, motivarea impusă de articolul 253 TCE⁶⁷ trebuie să fie adaptată naturii actului în cauză și trebuie să menționeze în mod clar și neechivoc raționamentul instituției care a emis actul, astfel încât să

⁶⁶ În prezent, art. 296 TFUE.

⁶⁷ În prezent, art. 296 TFUE.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

dea posibilitatea persoanelor interesate să ia cunoștință de temeiurile măsurii luate, iar instanței competente să își exercite controlul (pct. 158).

De asemenea, Tribunalul a reținut că obligația Comisiei de a motiva respingerea ofertei acesteia nu reiese, în speță, din Directiva 92/50/CEE, dispozițiile pertinente aplicabile, în acest caz, fiind art. 100 alin. (2) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002 și art. 149 din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2342/2002 (pct. 159).

Potrivit motivării Tribunalului, din aceste dispoziții, precum și dintr-o jurisprudență constantă, rezultă că autoritatea contractantă își îndeplinește obligația de motivare dacă se limitează, mai întâi, să informeze imediat ofertanții necâștigători cu privire la motivele de respingere a ofertelor acestora și dacă furnizează ulterior ofertanților care au depus o ofertă admisibilă și care fac în acest sens o cerere expresă, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei acceptate, precum și numele ofertantului câștigător într-un termen de 15 zile de la primirea unei cereri scrise (pct. 160). Această manieră de a proceda este conformă cu finalitatea obligației de motivare prevăzută la art. 253 TCE⁶⁸ (pct. 161).

Tribunalul a constatat că, prin precizarea, în scrisorile din decembrie 2005, a numelui ofertantului câștigător, precum și a caracteristicilor și a avantajelor relative pe care oferta reținută le are, în comparație cu oferta reclamantei, din perspectiva criteriilor de atribuire stabilite în caietul de sarcini, Comisia a motivat corespunzător cerințelor legale respingerea ofertei depuse de reclamantă (pct. 167).

Nu în ultimul rând, Tribunalul a arătat că, în cadrul motivării deciziilor de atribuire și de respingere, Comisia nu era obligată să comunice reclamantei documentele furnizate de Group 4 Falck. Astfel, art. 100 alin. (2) din Regulamentul (CE, Euratom) nr. 1605/2002 prevede doar că autoritatea contractantă comunică, în urma unei cereri scrise, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei reținute, precum și numele ofertantului câștigător (pct. 176).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-437/05>

⁶⁸ În prezent, art. 296 TFUE.

5.2.6. Respingerea ofertei fără ca autoritatea contractantă să solicite clarificări referitoare la propunerea tehnică/ prețul ofertat, sau aprecierea incorectă a răspunsurilor la clarificări (R6)

- **În condițiile în care a solicitat clarificări cu privire la ofertă, autoritatea contractantă nu poate lua decizia de respingere a respectivei oferte pentru aspecte nevizate de solicitarea de clarificări**

Speța: În caietul de sarcini, la descrierea activităților ce fac obiectul achiziției, autoritatea contractantă a precizat că *„efectuarea serviciilor de evaluare a gradului de recuperare în caz de dezastru se vor baza pe **software comercial licențiat** care va suporta atât servere Windows și Unix, va putea valida că toată informația critică este disponibilă pe site-ul de recuperare în caz de dezastru, va identifica erori de configurație care pot afecta integritatea datelor și va valida ca, configurațiile serverelor și sistemelor de operare din site-ul de recuperare în caz de dezastru corespund cu cele din producție”*.

În propunerea tehnică a Asocierii ... - ... se menționa că *„în realizarea acestei activități vom ține cont în primul rând de nevoile beneficiarului, așa cum au fost ele descrise în caietul de sarcini. Astfel, efectuarea serviciilor de evaluare a gradului de recuperare în caz de dezastru se vor baza pe **software comercial licențiat** care va suporta atât servere Windows și Unix care va putea confirma că toată informația critică este disponibilă pe site-ul de recuperare în caz de dezastru, va identifica erori de configurație care pot afecta integritatea datelor și va valida ca, configurațiile serverelor și sistemelor de operare din site-ul de recuperare în caz de dezastru corespund cu cele din producție”*.

În cadrul procesului de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat Asocierii ... - ... clarificări, prin adresa nr. 94536/05.11.2014, unul dintre punctele solicitării fiind să se precizeze *„**denumirea** software-ului comercial pentru care deține licența și care va fi utilizat pentru realizarea activității”*.

Asocierea ... - ... a răspuns la solicitarea autorității contractante, prin adresa nr. 1313/07.11.2014, menționând că *„software-urile comerciale care vor fi utilizate la realizarea activității mai sus menționate poartă **denumirea** de: CA arcserve și Nessus”*.

În urma evaluării ofertei, autoritatea contractantă a decis respingerea, ca neconformă, a ofertei depuse de Asocierea ... - ..., unul dintre motive fiind că nu se face dovada deținerii licenței de utilizare pentru software – urile comerciale

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

care vor fi utilizate pentru evaluarea gradului de recuperare în caz de dezastru în cadrul propunerii sale tehnice, astfel cum s-a solicitat prin caietul de sarcini, decizie contestată de Asocierea ... -

Decizia CNSC: CNSC constată că, întrucât, prin adresa de solicitare de clarificări nr. 94536/05.11.2014, autoritatea contractantă s-a rezumat să solicite ofertantului doar denumirea software-urilor comerciale pentru care deține licență, răspunsul acestuia a vizat numai denumirea acestora, cum de altfel, i s-a solicitat, prin adresa menționată nefiind formulată vreo altă cerință suplimentară, și cu privire la dovada deținerii unor licențe.

Astfel, în loc să procedeze la analiza temeinică a răspunsului formulat de către ofertant, autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei depusă de Asocierea ... - ... ca neconformă pe motiv că aceasta nu face dovada deținerii licenței de utilizare pentru software – urile comerciale care vor fi utilizate astfel cum s-a solicitat prin caietul de sarcini, deși prin adresa de clarificare nr. 94536/05.11.2014 ofertantului nu i-a fost adresată o întrebare care să vizeze acest aspect.

Prin urmare, CNSC constată, inclusiv pentru motivul menționat mai sus, că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 72 alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 925/2006 care presupune verificarea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini de către comisia de evaluare a ofertelor, impunându-se reevaluarea propunerii tehnice a acestuia.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_0005.pdf

- **Autoritatea contractantă poate menționa în documentația de atribuire faptul că, ulterior depunerii ofertelor și deschiderii acestora, nu este permisă completarea documentelor care dovedesc conformitatea ofertei**

Speța: Procedura de cerere de oferte, desfășurată offline, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ..., în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect În calitatea sa de participantă la procedura de achiziție publică în cauză, asocierea ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. 3081 din 02.12.2014, prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire. În adresă se precizează că oferta acestei

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

asocieri a fost declarată neconformă, în sensul prevederilor art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006, pentru o serie de motive, printre care:

“1. Lipsește cerința referitoare la Date de identificare a proiectului/lucrării (denumirea (denumirea lucrării, beneficiar, proiectant, antreprenori de specialitate, subantreprenori, descrierea sumară a proiectului/lucrării etc.) precum și repartizarea execuției lucrărilor - capitolul IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice

2. Lipsește Descrierea sistemului de management al sănătății și securității muncii aplicabil pe perioada execuției lucrărilor - capitolul IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice”.

Împotriva deciziei autorității contractante, ..., în calitate de lider al asocierii, a formulat contestație și a solicitat, printre altele, și anularea adresei nr. 3081 din 02.12.2014, reprezentând comunicarea procedurii, și anularea raportului de evaluare întocmit de comisia de evaluare, în temeiul art. 83 din HG nr. 925/2006, precum și anularea tuturor actelor subsecvente raportului de evaluare.

Decizia CNSC: în analiza motivelor de respingere, CNSC reține că în caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a precizat, printre altele, următoarele:

„MODUL DE PREZENTARE A PROPUNERII TEHNICE: [...]

Cerințe pentru ofertantul executant al lucrărilor: Cerința 1 [...]

Prezentarea planului de sănătate și siguranță în muncă ce va include:

<i>Date de identificare a proiectului/lucrării (denumirea lucrării, beneficiar, proiectant, antreprenor general, antreprenori de specialitate, subantreprenori, descrierea sumară a proiectului/lucrării etc.) precum și repartizarea execuției lucrărilor</i>
--

<i>Descrierea sistemului de management al sănătății și securității muncii aplicabil pe perioada execuției lucrărilor</i>
--

De asemenea, în cuprinsul fișei de date, punctul IV.4.1) – „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, autoritatea contractantă a menționat în mod expres faptul că: „Nu este permisă completarea ulterioară a propunerii tehnice, neprezentarea propunerii tehnice în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire va conduce la descalificarea ofertantului conform art. 36 alin (2) din

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

HG 925/2006.”, astfel încât toți operatorii economici participanți la procedura de atribuire au știut că trebuie să depună de la început toate documentele solicitate și să demonstreze conformitatea ofertelor cu cerințele caietului de sarcini, în caz contrar ofertele acestora fiind respinse ca neconforme.

CNSC apreciază ca neîntemeiată susținerea contestatorului referitoare la faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să-i solicite clarificări cu privire la propunerea tehnică, deoarece o astfel de conduită ar fi dus la încălcarea prevederilor documentației de atribuire întocmită de

Pe de altă parte, analizând documentele depuse de asocieria SC .. SRL – SC ... SRL – SC ... SRL în dovedirea îndeplinirii cerințelor caietului de sarcini, CNSC reține că autoarea contestației a îndeplinit aceste cerințe, așa cum au fost formulate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, depunând în cadrul propunerii tehnice, la filele indicate în cadrul contestației, elementele care fac dovada conformității ofertei din acest punct de vedere.

În mod nelegal, autoritatea contractantă a declarat oferta contestatorului ca fiind neconformă prin prisma neluării în considerare a documentelor existente în diferite părți a propunerii tehnice, motivând că acestea lipsesc, deși, în punctul de vedere deus la dosar, recunoaște că informațiile respective există, doar că ar fi incomplete, sau prea generale.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, CNSC admite, în parte, contestația deusă de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL – SC ... SRL și anulează raportul procedurii, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică, ca acte subsecvente ale raportului procedurii.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cns.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_0011.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică R6:

- Cauza C-599/10, privind procedura SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG și Stalexport Autostrady SA vs Úrad pre verejné obstarávanie (Oficiul de achiziții publice).

- **În situația în care a uzat de dreptul de a solicita clarificări referitoare la oferta depusă, autoritatea contractantă nu poate respinge respectiva ofertă pentru neclarități sau incertitudini asupra cărora nu a solicitat clarificări**⁶⁹

Cauza: C-599/10, privind procedura SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG și Stalexport Autostrady SA vs Úrad pre verejné obstarávanie (Oficiul de achiziții publice).

Speța: Národná diaľničná spoločnosť a.s. (denumită în continuare „NDS”), societate comercială controlată în proporție de 100 % de statul Slovak, a lansat o procedură de cerere de ofertă restrânsă, printr-un anunț publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, din 27 septembrie 2007, în vederea încheierii unui contract de achiziții publice în valoare estimată de peste 600 de milioane de euro pentru furnizarea serviciilor de taxare rutieră pe autostrăzi și pe anumite șosele.

În cursul acestei proceduri, NDS a adresat solicitări de clarificare a ofertei către două grupuri de întreprinderi, care figurau printre candidați. Erau astfel vizate, pe de o parte, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s. și TESLA Stropkov a.s. (denumite în continuare „SAG ELV și alții”), precum și, pe de altă parte, Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG și Stalexport Autostrady SA (denumită în continuare „Slovakpass”). Printre altele, s-au înaintat, celor două grupuri de întreprinderi, întrebări specifice fiecăreia dintre oferte, legate de aspectele lor tehnice. La aceste solicitări au fost furnizate răspunsuri. Ulterior, prin decizii adoptate la 29 aprilie 2008, SAG ELV și alții și Slovakpass au fost excluse din procedură.

Aceste decizii au fost contestate la NDS, care le-a confirmat apoi în fața organismului administrativ de apel competent, Úrad, care, la 2 iulie 2008, a respins, la rândul său, căile de atac cu care fusese sesizat. Printre altele, Úrad a considerat aceste două grupuri nu respectau anumite condiții stabilite în caietul de sarcini, și anume cele prevăzute la articolul 11.1. P 1. 20 din caietul de sarcini

⁶⁹ Legislația corespondentă din România: art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 35, art. 78 și art. 79 din HG nr. 925/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

pentru SAG ELV și alții, care impun, în esență, să se stabilească parametri care permit calcularea taxelor rutiere pe baza fracțiunilor acestora, în funcție de anotimp, de zilele săptămânii, de orele zilei, și cele prevăzute la articolul 12. T 1.5 din caietul de sarcini pentru Slovakpass, care impun să se prevadă un grup electrogen de alimentare de rezervă echipat cu un motor diesel.

SAG ELV și alții și Slovakpass au contestat aceste decizii la Krajský súd Bratislava (Curtea Regională din Bratislava), instanța respingând acțiunile înaintate. Cele două hotărâri prin care au fost respinse contestațiile, au fost atacate cu apel la Najvyšší súd Slovenskej republiky (Curtea Supremă a Republicii Slovace). Curtea Supremă a Republicii Slovace a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare, printre care o întrebare vizând să se stabilească în ce măsură autoritățile contractante, în cazul în care apreciază, în cadrul procedurii de cerere de ofertă restrânsă, că oferta unui candidat este imprecisă ori nu este conformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, pot sau trebuie să solicite clarificări candidatului în cauză, ținând seama de dispozițiile art. 2 și 55 din Directiva 2004/18/CE.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 29 martie 2012, pronunțată în cauza C-599/10, art. 2 din Directiva 2004/18/CE nu se opune unei dispoziții de drept național, precum art. 42 alin. 2 din Legea nr. 25/2006, potrivit căreia, în esență, autoritatea contractantă poate să solicite în scris candidaților să își clarifice oferta fără să solicite totuși sau să accepte vreo modificare a ofertei. În cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune astfel autoritatea contractantă, revine acesteia din urmă sarcina de a trata diferiții candidați în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat, sau a defavorizat nejustificat candidatul, sau candidații care au făcut obiectul acestei solicitări.

În situația în care autoritatea contractantă decide să solicite clarificări ofertanților, se impune respectarea următoarelor condiții:

- solicitarea de clarificări nu poate interveni decât după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor (pct. 42);
- solicitarea de clarificări trebuie adresată, în mod echivalent, tuturor întreprinderilor care se află în aceeași situație, în lipsa unui motiv verificabil, în mod obiectiv de natură să justifice un tratament diferențiat al candidaților în această privință, în special atunci când este necesar, în orice caz, în raport cu alte elemente, ca oferta să fie respinsă (pct. 43);

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

- solicitarea de clarificări trebuie să privească toate aspectele ofertei care sunt imprecise sau neconforme cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, fără ca autoritatea contractantă să poată înlătura oferta pentru lipsa clarității unui aspect al acesteia care nu a făcut obiectul acestei solicitări (pct. 44).

În cazul specific al speței analizate, care privea o procedură de cerere de ofertă restrânsă, Curtea a subliniat că, prin chiar natura sa, acest tip de procedură presupune ca, odată efectuată selecția candidaților și odată depusă oferta acestora, aceasta din urmă să nu mai poată, în principiu, să fie modificată, nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a candidatului. Astfel, principiul egalității de tratament între candidați și obligația de transparență care rezultă din acesta se opun, în cadrul acestei proceduri, oricărei negocieri între autoritatea contractantă și vreunul dintre candidați (pct. 36). O conduită contrară ar implica riscul de a se considera că acea autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (pct. 37).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-599/10>

5.2.7. Anularea fără temei legal a procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă (R7)

- **Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, dacă este imposibilă încheierea contractului**

Speța: Autoritatea contractantă a organizat o procedură de dialog competitiv pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Implementare ERP”. Prin anunțul de participare, autoritatea contractantă a prevăzut că executarea contractului este supusă unor condiții speciale, candidatul (lider, asociat, subcontractant, terț) selectat trebuind să prezinte până la încheierea raportului final al procedurii, autorizație de securitate industrială, eliberată de Oficiul Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat (ORNISS), conform HG nr. 585/2002 sau să facă dovada depunerii solicitării de eliberare a autorizației la depunerea candidaturii.

În urma derulării procedurii, autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta Asocierii SC ... & SC ... & SC Ulterior încheierii raportului final al procedurii și comunicării rezultatului acesteia, ORNISS a informat autoritatea contractantă că a decis retragerea autorizației de securitate industrială nr. 1373/11.03.2013, eliberată pentru asociatul SC Urmare a adresei, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 3766934/21.02.2014, a solicitat Asocierii SC ... & SC ... & SC ... să îi comunice modul în care asociatul SC ... urmează să îndeplinească cerințele impuse prin anunțul de participare.

Prin adresa nr. 3736207 din 25.03.2014, autoritatea contractantă a solicitat Asocierii SC ... & SC ... & SC ... să transmită, în regim de urgență, până la data de 26.03.2014, ora 10.00, „în original, autorizațiile de securitate industrială emise de(care să fie în termen de valabilitate), pentru toți membrii asocierii (.....), având în vedere: adresa dvs. nr. 3781014/28.02.2014, prin care ne anunțați despre demersurile întreprinse pentru a obține o nouă autorizație de securitate industrială pentru asociatul ... (...); necesitatea semnării contractului în termen legal. Totodată, vă comunicăm faptul că netransmiterea acestora, în termenul precizat, atrage după sine imposibilitatea semnării contractului de achiziție publică”.

Prin adresa nr. 3767707 din 26.03.2014, autoritatea contractantă a invitat Asocierii SC ... & SC ... & SC ..., în data de 27.03.2014, începând cu ora 08.00, la sediul „în vederea derulării procedurilor legale de semnare a contractului”,

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

cu mențiunea că, la prezentare, asociera câștigătoare să depună toate documentele necesare pentru semnarea contractului. În minuta nr. 3736338/27.03.2014, încheiată la sediul, în scopul derulării procedurilor legale de semnare a contractului, se menționează că, *„la împlinirea termenului legal pentru semnarea contractului, reprezentanții au constatat că setul de documente necesar a fi prezentate în conformitate cu documentația de atribuire și legislația incidentă este incomplet, astfel: acordul de asociere nu este prezentat în formă legalizată (...); autorizația de securitate industrială pentru asociatulnu a fost prezentată (...)*”.

Prin Decizia nr. nr. 3736380 din 28.03.2014 a secretarului general al autorității contractate, s-a dispus anularea procedurii de atribuire în temeiul prevederilor art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, pe motiv că este imposibilă încheierea contractului.

Asociera SC ... & SC ... & SC ... a contestat decizia autorității contractante, invocând, printre altele, că prezentarea autorizației de securitate industrială a fost solicitată pentru toți ofertanții până la data încheierii raportului final al procedurii, iar nu la data încheierii contractului de achiziție publică. Contestatoarea a susținut că a îndeplinit cerința menționată, depunând autorizația de securitate industrială pentru toți membrii asocierii, încă de la data depunerii ofertei, iar, ulterior finalizării procedurii de atribuire, organizatoarea acesteia *„a introdus o nouă condiție pentru încheierea contractului de achiziție publică, față de condițiile stabilite inițial pentru toți ofertanții, într-o tentativă de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii*”.

Decizia CNSC: În raport de tipul procedurii derulată de autoritatea contractantă – *„dialog competitiv*” și normele art. 109 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006 potrivit cărora *„(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului identificat că a depus cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic să reconfirme anumite elemente ale ofertei sau anumite angajamente asumate în cadrul acesteia. (3) În oricare dintre situațiile prevăzute la alin. (1) sau (2), clarificările, detaliierile, nuanțările, informațiile suplimentare sau reconfirmările prezentate nu trebuie să conducă la modificări ale caracteristicilor de bază ale ofertei sau ale soluțiilor care au stat la baza lansării invitației de depunere a ofertelor finale, modificări care ar determina distorsionarea concurenței sau crearea unui avantaj suplimentar în raport cu ceilalți ofertanți*”, CNSC constată că, începând cu data de 21.02.2014 (adresa nr. 3766934), autoritatea contractantă a derulat repetate demersuri către

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

contestatoare pentru reconfirmarea îndeplinirii de către asociatul SC ... SRL a cerinței referitoare la **prezentarea autorizației de securitate industrială până la data încheierii raportului final al procedurii**.

Întrucât, nici până la data de 27.03.2014 (minuta nr. 3736338), la mai mult de o lună de la data de 21.02.2014 (adresa nr. 3766934), de solicitare a reconfirmării modului de îndeplinire a cerinței în litigiu, contestatoarea nu a fost în măsură să furnizeze o reconfirmare în sensul solicitat, anularea procedurii de atribuire a fost temeinic decisă, fiind unica posibilitate de finalizare a procedurii de atribuire în situația în care nu era posibilă încheierea contractului cu ofertantul **identificat că a depus cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic**, respectiv asocierea contestatoare.

Prin urmare, considerând că anularea procedurii de atribuire a fost în mod legal și temeinic decisă de către autoritatea contractantă, CNSC, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, respinge, ca nefondată, contestația depusă de către S.C. ... și menține decizia autorității contractante de anulare a procedurii.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_1519.pdf

SC ... SRL a formulat plângere, la Curtea de Apel, împotriva Deciziei CNSC, solicitând modificarea acesteia, în tot, în sensul admiterii contestației și a dispunerii următoarelor măsuri:

- anularea deciziei prin care autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii de atribuire;
- anularea documentelor care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și la finalizarea acesteia prin semnarea contractului.

Decizia Curții de Apel: instanța respinge plângerea petentei, ca nefondată, reținând incidența în cauză a prevederilor art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, întrucât, la data semnării contractului de achiziție unul dintre asociați nu mai deținea autorizația ORNISS de acces la informații clasificate, cerință obligatorie conform prevederilor din Fișa de date a achiziției, situație care a

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

determinat în mod obiectiv imposibilitatea semnării contractului de achiziție publică și, pe cale de consecință, anularea procedurii de achiziție publică.

Curtea subliniază că, deși la momentul întocmirii Raportului de atribuire, ofertantul îndeplinise condițiile solicitate în documentație, la momentul semnării contractului, ulterior derulării procedurii de achiziție publică, acesta nu întrunea condițiile stabilite de lege pentru a deveni parte în contract. Astfel, din conținutul prevederilor cuprinse în HG nr. 585/2002, rezultă că participanții la procedura de achiziție trebuie să dețină, pe toată perioada derulării acesteia, până la momentul încheierii contractului, autorizația de securitate industrială. Ulterior, după semnarea contractului, ofertantului desemnat câștigător, i se eliberează de către ORNISS certificatul de securitate industrială, document necesar pe parcursul derulării contractului.

Mai mult decât atât, Curtea punctează că, dacă ORNISS, în calitate de autoritate competentă, a retras autorizația de securitate industrială (necesară la participarea la procedura de achiziție), înseamnă că a considerat că solicitantul nu mai prezintă garanțiile necesare pentru a participa la procedura de achiziție. Pe cale de consecință, acesta nu mai are dreptul de a participa nici la îndeplinirea contractului, ținând cont de cerința din fișa de date, conform căreia „în cazul în care candidatura este depusă de o asocierie, fiecare asociat (inclusiv liderul) va prezenta documentele și formularele menționate” – cap. III.2.1. a).

- **Prin inițierea procedurii de atribuire, autoritatea se obligă, față de operatorii economici, să efectueze achiziția demarată, fiind exclus refuzul ulterior al atribuirii contractului de achiziție pe considerente ce țin de oportunitate**

Speța: Prin anunțul de participare nr. ... publicat în SEAP la 16.07.2014, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de consultanță în domeniul managementului de proiect, echipamente, aplicații informatice și servicii de implementare a sistemului informatic integrat aferent proiectului SMIS ... „eTS – Servicii electronice pentru Tineret și Sport”.

În cadrul procedurii au fost depuse trei oferte. Prin adresa nr. 153/SMIS...596/10.11.2014, la două luni de la momentul deschiderii ofertelor, ministerul a comunicat asocierii SC ... SRL – SC ... SA: „Prin prezenta vă informăm că procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect ...,

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

cu anunțul de participare numărul ... a fost anulată în conformitate cu dispozițiile OUG 34/2006 art. 209 alin. (1) – Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului -, autoritatea contractantă considerând că nu se mai impune achiziționarea serviciilor care fac obiectul prezentei proceduri, deoarece se prezumă aplicarea dispozițiilor contractului de finanțare, în sensul rezilierii acestuia.”

Considerând insuficientă motivarea anulării procedurii comunicată de autoritate, asocierea a cerut informații suplimentare, la care autoritatea contractantă a răspuns astfel: *„În legătură cu susținerea dvs. că autoritatea contractantă nu a făcut referire la nici una din prevederile OUG 34/2006, art. 209 alin. 1, menționăm că anularea procedurii s-a făcut în baza art. 209 alin. 1 lit. c ultima teză. Având în vedere solicitarea dvs. de a vă oferi documente cum ar fi contractul de finanțare sau în legătură cu acesta, precizăm că nu putem transmite documentele solicitate de dvs. decât în cazul în care partea cu care a fost semnat contractul de finanțare, Ministerul pentru Societatea Informațională, ar fi de acord cu acest fapt.”*

Asocierea a formulat contestație, solicitând anularea rezultatului procedurii de atribuire, comunicat cu adresa nr. 153/SMIS...596/10.11.2014.

Decizia CNSC: CNSC reține că, relativ la informațiile transmise reclamantei în comunicarea atacată, sunt relevante normele art. 210 din ordonanță, conform cărora autoritatea contractantă avea obligația de a îi comunica atât încetarea obligațiilor pe care și le-a creat prin depunerea ofertei, cât și motivul concret care a determinat decizia de anulare.

Prin inițierea procedurii de atribuire, autoritatea se obligă față de operatorii economici să efectueze achiziția demarată, fiind exclus refuzul ulterior al atribuirii contractului de achiziție pe considerente ce țin de oportunitate. Odată demarată licitația, ea urmează a se finaliza prin încheierea contractului de achiziție publică, cu excepția cazurilor limitative prevăzute la art. 209 din ordonanță. *„Răzgândirea”* pe parcurs a autorității, pe considerentul că *„nu se mai impune achiziționarea serviciilor”* nu se înscrie în rândul motivelor recunoscute de legiutor pentru anularea unei achiziții și, în plus, îi vatămă în mod direct pe operatorii economici implicați în procedură, care se pot adresa

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Împotriva autorității și a funcționarilor săi responsabili pentru obținerea de daune-interese.

CNSC apreciază că este vagă, de ordin general și neîntemeiată anularea licitației bazată pe prezumția aplicării anumitor dispoziții dintr-un contract de finanțare, în sensul rezilierii lui. Finanțarea oricărei achiziții este asigurată din bugetul autorității contractante, care cuprinde și fondurile externe nerambursabile de care beneficiază, iar o eventuală reziliere a unui contract neidentificat nu presupune automat imposibilitatea încheierii contractului de achiziție publică, mai ales dacă acesta din urmă poate fi derulat din alte surse de finanțare ale autorității.

Autoritatea contractantă nu explică de ce nu poate asigura finanțarea contractului de achiziție publică din alte surse bugetare. În plus, nu face dovada rezilierii certe a contractului de finanțare, ci se mărginește să invoce prezumarea ei. Simpla existență a unei prezumții nu îndrituiește autoritatea să anuleze procedura de atribuire.

Față de explicațiile aduse de autoritate în fundamentarea măsurii anulării licitației, CNSC determină că anularea nu îndeplinește condițiile cerute de lege (art. 209 alin (1) lit. c) teza ultimă din ordonanță) pentru a putea fi însoțită și validată de acesta.

Prin urmare, CNSC admite contestația asocierii SC ... SRL – SC ... SA și anulează actul prin care a dispus anularea licitației precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_0052.pdf

Jurisprudență comunitară relevantă privind motivul de critică R7:

- Cauza C-448/01, privind procedura EVN AG și Wienstrom GmbH vs Republica Austria;
- Cauza C-92/00, privind procedura Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH vs Stadt Wien.

- **În cazul în care o decizie a autorității contractante privind un criteriu de atribuire este declarată ilegală și este, prin urmare, anulată de către organismul competent, autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de achiziție publică⁷⁰**

Cauza: C-448/01, privind procedura EVN AG și Wienstrom GmbH vs Republica Austria.

Speța: La 27 martie 2001, a fost publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, cererea de oferte, având ca obiect achiziția publică de energie electrică. Procedura de atribuire viza încheierea unui acord-cadru, urmat de contracte subsecvente, pentru furnizarea de energie electrică către toate birourile administrației federale din landul Carintia.

În cadrul procedurii au fost depuse patru oferte, dintre acestea fiind declarată câștigătoare oferta depusă de asocierea dintre Kärntner Elektrizitäts-AG și Stadtwerke Klagenfurt AG. În aceste condiții, EVN AG și Wienstrom GmbH au solicitat Bundesvergabeamt anularea, în întregime, a cererii de oferte, anularea unor prevederi din caietul de sarcini, precum și anularea unor decizii ale autorității contractante.

Prin decizia din 16 iulie 2001, Bundesvergabeamt a admis cererea reclamantelor și a hotărât, inițial, să interzică atribuirea procedurii, până la data de 10 septembrie 2001. Urmare a unei cereri suplimentare a reclamantelor, prin decizia din 17 septembrie 2001, Bundesvergabeamt a autorizat, cu titlu de măsură provizorie, atribuirea, de către autoritatea contractantă, a procedurii, sub condiția ca atribuirea să fie revocată și contractul reziliat, în cazul în care cel puțin unul dintre capetele de cerere formulate de reclamante este admis sau în cazul în care decizia de a atribui contractul în cauză se dovedește a fi ilegală, pe baza unor alte constatări ale Bundesvergabeamt.

La data de 24 octombrie 2001, acordul-cadru a fost atribuit către Kärntner Elektrizitäts-AG et Stadtwerke Klagenfurt AG, sub condiția rezolutorie menționată mai sus.

⁷⁰ Legislația corespondentă din România: art. 199 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Considerând că, pentru a soluționa litigiul, era necesară interpretarea unor prevederi din legislația comunitară, Bundesvergabeamt a decis să suspende procedura și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare, printre care și o întrebare referitoare la consecința declarării drept ilegal a unuia dintre criteriile de atribuire.

Hotărârea instanței: Prin Hotărârea Curții, din 4 decembrie 2003, pronunțată în cauza C-448/01, s-a declarat că legislația comunitară în materia achizițiilor publice impune autorității contractante să anuleze cererea de oferte, atunci când, în cadrul unei proceduri de recurs formulate în temeiul art. 1 din Directiva 89/665/CEE, se constată că o decizie privind unul dintre criteriile de atribuire, stabilite de autoritatea contractantă, este ilegal și este astfel anulat de organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac.

Curtea a punctat, în primul rând, că declararea, drept ilegală, a unei decizii privind un criteriu de atribuire nu conduce întotdeauna la anularea acelei decizii (pct. 89). Referindu-se la situația în care se constată că decizia privind un criteriu de atribuire este ilegală, Curtea a arătat că jurisprudența comunitară a statuat deja că principiile tratamentului egal și al transparenței procedurilor de atribuire impun autorităților contractante obligația de a aplica aceeași interpretare a criteriilor de atribuire, pe întreaga durată a procedurii (a se vedea, în acest sens, pct. 43 din Hotărârea Curții, din 18 octombrie 2001, pronunțată în cauza C-19/00, privind procedura SIAC Construction Ltd vs County Council of the County of Mayo) (pct. 92).

Cu atât mai mult, atunci când este vorba de însăși criteriile de atribuire, trebuie avut în vedere că acestea nu pot suferi nicio modificare pe parcursul procedurii de atribuire (pct. 93). În consecință, în cazul în care organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac anulează o decizie privind un criteriu de atribuire, autoritatea contractantă nu poate continua procedura de atribuire, cu ignorarea aceluși criteriu, pentru că aceasta ar echivala cu o modificare a criteriilor aplicabile în procedura în cauză (pct. 94).

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-448/01>

- **Legalitatea deciziei de anulare a unei proceduri de achiziție publică se verifică prin raportare la toate dispozițiile aplicabile, nu doar sub aspectul unui eventual caracter arbitrar**⁷¹

Cauza: C-92/00, privind procedura Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-GmbH vs Stadt Wien.

Speța: Primarul orașului Viena, acționând în numele autorității contractante Wiener Krankenanstaltenverbund (Asociația Spitalelor din Viena), a publicat, în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, la data de 24 decembrie 1996, și în secțiunea de anunțuri legale ale ziarului Wiener Zeitung, la data de 30 decembrie 1996, o cerere de oferte pentru atribuirea unui contract intitulat „Implementarea proiectului de realizare a unui concept global de furnizare a hranei în clădirile Asociației Spitalelor din Viena”.

După depunerea ofertelor, inclusiv de către Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-GmbH (denumită în continuare Hospital Ingenieure), orașul Viena a retras cererea de oferte, înainte de expirarea termenului de atribuire a contractului. Orașul Viena a comunicat Hospital Ingenieure, prin scrisoarea din 25 martie 1997, că a decis să renunțe la procedură „din cauza unor motive imperativ, conform dispozițiilor art. 32, paragraful 3, primul alineat din Wiener Landesvergabegesetz [legea landului Viena privind achizițiile publice]”.

În urma unei cereri de informații, primite din partea Hospital Ingenieure, orașul Viena a comunicat acesteia, printr-o scrisoare din 14 aprilie 1997, motivele care au determinat luarea deciziei de retragere a cererii de oferte. Aceste motive vizau, în principal, o reconsiderare, în baza rezultatelor proiectului implementat de societatea Humanomed, în anul 1996, a modului de abordare a strategiei de furnizare a hranei, în sensul favorizării unei abordări descentralizate. Ca urmare a acestui fapt, autoritatea contractantă a hotărât să nu mai instituie un organism de coordonare, astfel că atribuirea contractului către un lider de proiect extern nu mai era necesară.

În consecință, Hospital Ingenieure a sesizat Vergabekontrollsenat, cu mai multe capete de cerere, urmărind să obțină, în special, inițierea unei căi de atac, pronunțarea unei ordonanțe, anularea anumitor documente ale procedurii și anularea deciziei de retragere a cererii de oferte. În completarea acestui din

⁷¹ Legislația corespondentă din România: art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

urmă cap de cerere, Hospital Ingenieure a invocat noi elemente care probau, în opinia acesteia, caracterul ilegal al deciziei de retragere a cererii de oferte, solicitând, din nou, anularea acestei decizii.

Hospital Ingenieure și-a exprimat suspiciunile cu privire la deținerea, de către orașul Viena, a unei participații, directe sau indirecte, la capitalul societății Humanomed. Hospital Ingenieure susținea că societatea Humanomed ar fi realizat un volum considerabil de muncă de pregătire pentru cererea de oferte, ar fi asigurat implementarea proiectului și ar fi influențat elaborarea masterplan-ului, iar orașul Viena ar fi retras cererea de oferte pentru a eluda obligația de a exclude, din procedură, oferta societății Humanomed, cu scopul de a continua colaborarea cu acea societate. Hospital Ingenieure concluziona că decizia de retragere era discriminatorie, în măsura în care favoriza o societate austriacă, în detrimentul unui ofertant dintr-un stat membru, altul decât Republica Austria.

Prin deciziile din 30 aprilie și 10 iunie 1997, Vergabekontrollsenat a respins cererea introdusă de Hospital Ingenieure, astfel că această societate a atacat aceste decizii la Verfassungsgerichtshof (Curtea Constituțională a Austriei), care le-a anulat pentru încălcarea dreptului de a avea acces la o procedură în fața unei curți de justiție. De asemenea, Curtea Constituțională a Austriei a reținut că Vergabekontrollsenat era obligată să adreseze Curții de Justiție o întrebare preliminară, pentru a stabili dacă decizia de retragere a cererii de oferte constituie o decizie în sensul art. 2 alin. (1) lit. (b) din Directiva 89/665/CEE.

În aceste condiții, Vergabekontrollsenat a decis să suspende procedura și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare privind reglementările comunitare referitoare la căile de atac împotriva unei decizii de anulare a unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică de servicii, respectiv la întinderea controlului care se poate exercita în cadrul unor asemenea căi de atac.

Hotărârea instanței: Conform Hotărârii Curții, din 18 iunie 2002, pronunțată în cauza C-92/00, art. 1 alin. (1) din Directiva 89/665/CEE, cu modificările aduse prin Directiva 92/50/CEE, impune ca decizia autorității contractante, de a retrage cererea de oferte pentru un contract de achiziție publică de servicii, să poate fi supusă unei proceduri de atac și să poată fi anulată, după caz, pe motiv că respectiva decizie încalcă legislația comunitară din materia achizițiilor publice sau reglementările naționale care transpun respectiva legislație comunitară.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

În acest sens, Curtea a reținut că, deși Directiva 92/50/CEE nu reglementează, în mod expres, proceduri detaliate pentru retragerea unei cereri de oferte privind un contract de achiziție publică de servicii, autoritățile contractante au totuși obligația ca, atunci când iau o astfel de decizie, să respecte dispozițiile fundamentale ale tratatului, în general, și principiul nediscriminării pe motiv de naționalitate, în special (pct. 47).

De asemenea, Curtea a declarat că Directiva 89/665/CEE, cu modificările aduse prin Directiva 92/50/CEE, se opune unei reglementări naționale care limitează controlul de legalitate al unei decizii de retragere a unei cereri de oferte doar la verificarea caracterului arbitrar al acelei decizii.

Textul integral al hotărârii este disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-92/00>

5.2.8. Alte motive de critici formulate la rezultatul procedurii (R8)

- **Autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere, atunci când analizează posibilitatea ca un ofertant să se afle într-o situație de conflict de interese, o abordare complexă, inter-disciplinară, care să epuizeze toate aspectele speței în cauză**

Speța: În urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii organizate în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „*A doua evaluare intermediară a ... 2007 – 2013 (3 loturi: A doua evaluare intermediară a ..., Evaluare ad-hoc privind tinerii, Evaluare ad-hoc privind populația Roma)*”, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei depuse de Asocieria ... și Autoritatea contractantă a reținut că, deși oferta tehnică a Asocierii ... și ... era conformă din punct de vedere al cerințelor minime din caietul de sarcini, se impune respingerea ofertei, în baza prevederilor art. 11 alin. (1) lit. a) și c), precum și ale alin. (2), alin. (3) din OUG nr. 66/2011 și ale art. 2 alin. (3) din HG nr. 925/2006, având în vedere că SC..., unul dintre membrii Asocierii, s-ar afla într-o situație de conflict de interese în raport cu o eventuală atribuire a contractului/contractelor de achiziție publică în cauză, pentru lotul 1 și/sau 2, întrucât i-ar fi afectată imparțialitatea pe parcursul derulării acestor contracte.

Aspectele reținute de autoritatea contractantă, ce au stat la baza deciziei de respingere sunt:

- a) Autoritatea contractantă, în baza contractului încheiat ..., a atribuit către Asocieria ... și ... (din care face parte și SC ..., membru al Asocierii, ce avea calitatea de contestatoare, în speță) proiectul „*Îmbunătățirea capacității beneficiarilor de a implementa operațiuni cofinanțate prin axele prioritare 1 – 6 ale ... 2007 – 2013*”;
- b) În cadrul proiectului „*Îmbunătățirea capacității beneficiarilor de a implementa operațiuni cofinanțate prin axele prioritare 1-6 ale ... 2007-2013*”, operatorul economic în cauză asigură pentru beneficiarii și partenerii acestora suportul adecvat corespunzător necesităților lor, îmbunătățind calitatea implementării proiectelor, precum și capacitatea organizațiilor de a implementa proiecte cofinanțate prin ...;
- c) În cadrul proiectului „*A doua evaluare intermediară a ...*” - Lotul 1 și „*Evaluare ad-hoc privind tinerii*” - Lotul 2, același operator economic ar fi trebuit să asigure: furnizarea unei opinii independente și bine justificate cu

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

privire la stadiul implementării ..., pe baza unei analize a eficienței, eficacității și relevanței intervențiilor finanțate din ...; formularea de recomandări privind implementarea ... ce pot fi utilizate ca bază pentru viitoarea perioadă de programare; contribuție la dezvoltarea capacității administrative în domeniul evaluării de program pentru actorii cu rol în evaluarea

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă a susținut că același operator economic ar trebui să intervină, pe de o parte, în implementarea proiectelor, iar, pe de pe altă parte, să ofere o opinie independentă cu privire la stadiul implementării ..., astfel că a respins oferta depusă de Asocieria ... și ..., aceasta din urmă contestând decizia autorității contractante.

Decizia CNSC: CNSC reține faptul că, în raportul procedurii, autoritatea contractantă s-a limitat la a enunța, din punct de vedere cronologic, o serie de operațiuni cu caracter pur comercial (fuziune/absorbție), contracte și un temei legal cu privire la „*conflictul de interese*”, fără însă a argumenta, în mod concret, spre exemplu, motivele pentru care contestatorul „*ar putea avea un interes de natură să-i afecteze imparțialitatea pe parcursul procesului de verificare/evaluare/aprobare a cererilor de finanțare*”, prin raportare la mențiunile pct. II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achizițiilor din anunțul de participare.

În opinia CNSC, inadecvarea măsurilor dispuse de către autoritatea contractantă este evidentă și prin raportare la modul în care instanțele de judecată se poziționează față de conflictul de interese; în acest sens, edificatoare fiind și Decizia civilă nr. 360/09.02.2009, emisă de către Curtea de Apel București – Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în cadrul căreia s-a subliniat exigența care trebuie să caracterizeze activitatea de evitare și de identificare a conflictului de interese „*în raport de înțelesul ce trebuie dat «conflictului de interese» și prin apelare la prevederile art. 2 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006*”, prin înlăturarea oricărui element ce ar putea să nască suspiciuni cu privire la respectarea, în cadrul procedurii de atribuire, a principiilor nediscriminării și tratamentului egal.

Problematika conflictului de interese, inclusiv în accepțiune OUG nr. 66/2011, este una complexă și inter-disciplinară („*măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale*”), motiv pentru care și evaluarea unor oferte din această perspectivă presupune o expertiză diversă.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Față de cele de mai sus și pentru finalizarea cu succes a procedurii de atribuire, CNSC consideră că, în evaluarea ofertei contestatorului, respectiv a „*potențialului conflict de interese*” se impune o abordare inter-instituțională, în cadrul căreia autoritatea contractantă să solicite asistența metodologică a unor instituții care fac parte din Comitetul de monitorizare pentru ... (Consiliul Concurenței, Ministerul Fondurilor Europene), fie au atribuții specifice în domeniul conflictului de interese (Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice; Agenția Națională de Integritate).

În concluzie, CNSC admite, în parte, contestația formulată de către Asocieria ... și ..., dispunând admiterea solicitării de anulare a deciziei autorității contractante privind respingerea ofertei Asocierii ... și ... și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii, în partea care vizează pe contestatoare, respectiv a actelor subsecvente acestuia.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cns.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_0395.pdf

- **În cazul unei proceduri de licitație deschisă online, operatorul economic trebuie să se asigure că propunerea tehnică și propunerea financiară au fost transmise în SEAP**

Speța: Autoritatea contractantă a organizat procedura de licitație deschisă online cu faza finală de licitație electronică, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „*Dotări pentru serviciul de administrare a domeniului public și privat al comunei...*”.

În procesul-verbal nr..../28.10.2014, încheiat cu ocazia evaluării ofertelor depuse, comisia de evaluare a consemnat înscrierea la procedură a doi operatori economici, respectiv ... și ... și respingerea operatorului economic ... motivul respingerii fiind lipsa documentelor în SEAP.

Operatorul economic ... a formulat contestație împotriva procedurii, solicitând obligarea autorității contractante la descărcarea ofertei sale, analizarea acesteia și evaluarea ei potrivit procedurii de achiziție lansate.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Contestatorul precizează că a înregistrat în SEAP întreaga documentație conform procedurii impuse, însă a fost informat de autoritatea contractantă că nu vede niciun document încărcat. De asemenea, contestatorul precizează că la accesarea anunțului de participare și începerea procedurii de introducere a documentelor pe SEAP era înregistrat un singur participant, iar la finalizarea acesteia erau menționați doi participanți.

Totodată, contestatorul arată că la accesarea site-ului SEAP, pe contul SC IPSO SRL, i-a apărut următorul mesaj: „*Oferta de preț: Oferta de preț nu a fost încă decriptată*”, atașând în acest sens documentul antemenționat.

Pe de altă parte contestatorul susține că întreaga documentație este pe site-ul SEAP.

Decizia CNSC: CNSC reține, potrivit prevederilor art. 17 alin. (1), (2) și (3) din HG nr. 1660/2006 cu modificările și completările ulterioare, următoarele:

“(1) Operatorul economic are dreptul de a transmite oferta numai în format electronic și numai până la data limită de depunere a ofertelor prevăzută în anunțul de participare.

(2) Atât elementele propunerii tehnice specifice produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite, cât și elementele propunerii financiare sunt transmise în SEAP de către operatorul economic.

(3) În cazul în care, în scopul verificării conformității propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini sau în scopul verificării propunerii financiare, autoritatea contractantă solicită prezentarea anumitor documente, acestea trebuie transmise în SEAP în format electronic, semnate cu semnătură electronică.”

La solicitarea CNSC, Agenția pentru Agenda Digitală a României a comunicat prin adresa nr. 32971/14.11.2014 faptul că, potrivit desfășurătorului procedurii de achiziție publică nr. ... operatorul economic ... s-a înscris la procedura în speță, a depus, criptat și salvat oferta financiară în secțiunea *oferta de preț*, dar nu a atașat nici un document în secțiunea documente de calificare și propunere tehnică, așa cum prevede art. 17 din HG nr. 1660/2006.

Consiliul a constatat faptul că operatorul economic ... nu a transmis oferta tehnică și documentele de calificare până la data limită de depunere a ofertelor

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

prevăzută în anunțul de participare așa cum este prevăzut în textul legal antecitat.

Pentru considerentele de mai sus, Consiliul respinge ca nefondată contestația și dispune continuarea procedurii.

Textul integral al deciziei este disponibil la adresa:

http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_3000.pdf

BIBLIOGRAFIE

1. Tarja AARLA, Wolfgang POINTNER, Thomas GRUBER, *Selected Court Cases of the European Court of Justice in the Field of Public Procurement*, Tallinn, 2007,
[http://balkantenderwatch.eu/btw/uploaded/EU%20eng/Documents/Valik%20Euroopa%20Kohtu%20ja%20C3%9Cldkohtu%20seisukohti%20\(2007\)%20eng.pdf](http://balkantenderwatch.eu/btw/uploaded/EU%20eng/Documents/Valik%20Euroopa%20Kohtu%20ja%20C3%9Cldkohtu%20seisukohti%20(2007)%20eng.pdf).
2. Sue ARROWSMITH, Paula BORDALO FAUSTINO, Baudouin HEUNINCKX, Steen TREUMER, Jens FEJØ, *EU Public Procurement Law: An Introduction*, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>.
3. Association of European Administrative Judges, *The procurement of public contracts in EU law : some leading and recent ECJ decisions*, București, 2011.
4. Authority for the Supervision of Public Contracts, Department for the coordination of European Union Policies, Italian Presidency, *The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems across the PPN*, 2010, <http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/ItalianPresidency/Comparative%20survey%20on%20PP%20systems%20across%20PPN.pdf>.
5. European Commission, *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*, SWD(2012) 342 final.
6. European Commission, *Annual Public Procurement Implementation Review 2013*, SWD(2014) 262 final.
7. European Commission, *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts*, 2015, MARKT/2013/072/C.
8. ITechLaw In-House Council Committee's, *International Public Procurement Guide for In-House Counsel, Version 2.0*, 2013, http://www.itechlaw.org/docs/In-House_Counsel_Public_Procurement_Guide_April_2013_Public_Release_and_Update_FINAL.pdf.

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

9. SIGMA, *Selected judgements of the Court of Justice of the European Union on public procurement (2006-2014)*, 2014, <http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-31July2014-Eng.pdf>.

10. Dumitru-Daniel ȘERBAN, *Achiziții publice. Jurisprudența Curții Europene de Justiție*, București, Ed. Hamangiu, 2011.

11. Didier TRUCHET, *Basic Principles of the Public Procurement Procedure in France and the Influence of the EU Law*, HKJU – CCPA, god 12(2012), br. 4, p. 1103-1116, https://www.google.ro/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAahUKEwi9kdHxnrDHAhVJWxoKHelfAVg&url=http%3A%2F%2Fhrca.hr%2Ffile%2F192802&ei=D-TRVf3NOcm2aem_hcAF&usg=AFQjCNE_YTpGKOvmDvoEXLnyYiMqvzUb2Q&bv m=bv.99804247,d.d2s

12. Asta VENCKUTE, *Leading cases on technical specifications and standards in EC public procurement*, <http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/01ComparativeProcurement/Paper1-17.pdf>.

13. <http://www.cnsc.ro/>.

14. <http://curia.europa.eu/>.

15. <http://eur-lex.europa.eu/>.

INDEX SPEȚE CNSC

Acord-cadru: 91, 103 – 106, 112 – 114

Anulare procedură de atribuire: 50, 52, 60, 61, 64, 90, 109, 110, 112, 115, 180 – 185

Clarificări/solicitări de clarificări: 80, 89 – 94, 99, 101, 123, 128 – 132, 134, 147 – 149, 154 – 158, 163 – 166, 173, 174, 176, 181

Clauză contractuală: 103

Comunicare privind rezultatul procedurii: 125, 130, 135, 163, 164, 166, 174, 176, 180, 185

Conflict de interese: 191 – 193

Criteriu de calificare/selecție: 48, 91, 128

Criteriu de atribuire: 59, 60, 62, 63, 91, 155

Echivalent („sau echivalent”): 78, 79

Experiența similară (produse/servicii/lucrări/proiecte similare): 48 – 50, 91 – 94, 109 – 111, 128, 129

Factor de evaluare: 59 – 64

Garanție de participare: 99 – 101, 125 – 127

Inacceptabil: 125, 126, 128, 134, 135, 156 – 159, 163 – 165

Lot: 109 – 112, 114, 115, 191

Neconform: 51, 78, 113, 128, 130 – 132, 135, 147, 155, 157 – 159, 163 – 166, 173 – 176

Nediscriminare: 112, 114, 192

Preț neobișnuit de scăzut: 133 – 135, 147, 148

Ghid de bune practici - Culegere de spețe în domeniul achizițiilor publice

Propunere financiară: 130 – 132, 147, 193, 194

Propunere tehnică: 62, 130, 131, 154 – 156, 163, 164, 173 – 176, 193, 194

Restrictiv: 48 – 51, 78, 112, 113

Specificații tehnice: 48, 51, 52, 79 – 81, 112 – 115, 163

Ședință de deschidere a ofertelor: 90, 100, 101, 125, 126

Transparență: 59, 89, 91, 113

Tratament egal: 63, 114, 192

INDEX JURISPRUDENȚĂ COMUNITARĂ

Acord-cadru (contract-cadru): 72, 73, 140, 167, 186

Anulare procedură de atribuire: 55, 73, 186, 188, 189

Clarificări/solicitări de clarificări: 94 – 98, 140, 141, 143 – 146, 149 – 152, 177 – 179

Clauză contractuală: 58, 72, 81 – 83, 87, 88, 107, 108

Conflict de interese: 140 – 142, 167, 168

Criteriu de calificare/selecție: 53, 54, 95, 141, 142, 160, 161

Criteriu de atribuire: 65, 68 – 70, 72 – 77, 117, 152, 160, 171, 172, 186, 187

Echivalent (sau echivalent): 81 – 84, 86 – 88

Factor de evaluare: 65 – 68, 70 – 72, 75

Inacceptabil: 160, 171

Lot: 55, 70, 87, 117, 119, 120, 140, 143, 145, 167

Neconform: 136, 137, 179

Nediscriminare: 54, 67, 71, 140, 142, 153, 190

Preț neobișnuit de scăzut: 149, 152

Restrictiv: 145

Specificații tehnice: 56 – 58, 81, 84 – 86, 94, 136 – 138, 178, 179

Ședință de deschidere a ofertelor: 143

Transparență: 69, 70, 74, 139, 171, 179, 187

Tratament egal: 69, 70, 74, 139 – 143, 178, 179, 187