

PARTEA I

HOTĂRÂRI PRONUNȚATE DE CURȚILE DE APEL

Capitolul I.

Curtea de Apel Alba Iulia,

Secția de contencios administrativ și fiscal

- I. În cazul contractelor al căror obiect îl constituie atât proiectarea, cât și execuția de lucrări, operatorii economici au obligația ca, la data depunerii ofertelor, să prezinte informațiile necesare din proiectul tehnic (liste de cantități și consumuri). Sunt legale cerințele de a se depune fișe tehnice și de a se indica furnizorii principalelor materiale**

Autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire a contractului având ca obiect „proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul proiect integrat, comuna V., județul H.” Autoritatea a prevăzut în fișa de date, cap. IV.4.1) – Modul de prezentare a propunerii tehnice, cerința ca propunerea tehnică să conțină: listele cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări; lista cuprinzând consumurile de resurse materiale; lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru; lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții; lista cuprinzând consumurile privind transporturile, cerință corect menținută de Consiliu.

Este adevărat că întocmirea proiectului tehnic reprezintă o parte componentă a obiectului contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit în urma derulării procedurii în cauză, însă, așa cum a reținut și Consiliul, deși listele solicitate pot fi doar estimate înaintea întocmirii proiectului tehnic, aceste estimări trebuie incluse în propunerea tehnică, pentru a se putea calcula justificat un preț al ofertei.

Prin urmare, cum prețul ofertei reprezintă factor de evaluare, corect a reținut Consiliul că orice ofertant trebuie să își întocmească o propunere de proiect, iar această propunere de proiect se va finaliza în întocmirea listelor care stau la baza propunerii financiare.

În fișa de date, cap. II.1 – Cantitatea sau domeniul contractului, pct. II.2.1) – Cantitatea totală sau domeniul, a fost estimată valoarea contractului de achiziție publică, inclusiv a cheltuielilor diverse și neprevăzute, adică suma plătită pentru îndeplinirea contractului, ceea ce nu echivalează cu estimarea informațiilor solicitate în cadrul cerinței criticate, cum susține petenta.

Faptul că petenta afirmă că obligația de a prezenta în propunerea tehnică liste de cantități cu două zecimale la data depunerii ofertei, fără nicio garanție a succesului în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, este excesiv de oneroasă și extrem de împovărătoare pentru ofertant (din perspectiva costurilor care trebuie angajate), nu poate constitui temei pentru aprecierea ca restrictivă a cerinței autorității contractante, întrucât are o justificare obiectivă, stând la baza propunerii financiare, și respectă principiul proporționalității.

Criticile comune aduse de petentă cerinței de la cap. IV.4 – Prezentarea ofertei, pct. 4.1) – Modul de prezentare a propunerii tehnice, potrivit căreia „Se va prezenta lista cuprinzând consumurile de resurse materiale (cu indicarea obligatorie a furnizorilor materialelor de construcții și instalații, precum și prezentarea de oferte de la furnizori pentru materialele principale”, respectiv cerinței potrivit căreia „Specificațiile tehnice ale tuturor echipamentelor prevăzute

în ofertă, însoțite de declarații/certificate de conformitate și/sau agremente tehnice emise de producători sau de reprezentanții autorizați ai acestora, în acord cu legislația românească în domeniu. În acest sens, se vor completa fișe tehnice conform cu specificațiile din caietul de sarcini. Pentru fiecare echipament propus, ofertantul va atașa fișa tehnică a producătorului, compusă din specificații tehnice și alte documente tehnice, respectiv rapoarte de încercări testări emise de laboratoare de încercare sau organisme de certificare și inspecție, din care să rezulte parametrii echipamentului”, de asemenea, sunt neîntemeiate.

Informațiile solicitate trebuie incluse în propunerea tehnică, pentru a se putea determina concordanța între propunerea tehnică și financiară făcută de către fiecare ofertant și seriozitatea ofertei (în cazul primei cerințe), respectiv pentru a se demonstra capacitatea ofertantului de a duce la îndeplinire contractul (în cazul celei de-a doua cerințe).

Solicitarea de oferte de la furnizori numai pentru materialele principale, așa cum s-a precizat în cadrul primei cerințe, nu este de natură să restricționeze participarea la procedură a operatorilor economici interesați.

Susținerea petentei în sensul că o eventuală dezvăluire, încă de la data depunerii ofertei, a unor informații cu privire la furnizorii/ofertele de preț/produsele și condițiile comerciale ale unui ofertant poate reprezenta o ingerință în activitatea unui agent economic este lipsită de temei^[1].

Referințe:

– *decizia civilă nr. 4666 din 5 iunie 2014 (în cazul contractelor al căror obiect îl constituie atât proiectarea, cât și execuția de lucrări, operatorii economici au obligația ca, la data depunerii ofertelor, să prezinte informațiile necesare din proiectul tehnic), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.*

2. Dacă o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau aceasta nu este îndestulătoare, Consiliul nu poate respinge automat contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să constituie garanția corespunzătoare

Este adevărat că SC N.D. SRL nu a constituit garanția de bună conduită la data depunerii contestației, însă, în condițiile în care Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, și difuzată electronic la 30.06.2014, ora 21:44, astfel cum rezultă din adresa RA Monitorul Oficial nr. 5861/01.07.2014, iar contestația a fost depusă la 01.07.2014, Consiliul nu putea să dea eficiență principiului *nemo censetur ignorare legem* fără să aducă atingere substanței dreptului SC N.D. SRL de a contesta actele considerate nelegale ale autorității contractante.

Potrivit art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația. Garanția de bună conduită reprezintă, prin natura sa, o specie de cauțiune, iar regulile care guvernează cauțiunea judiciară (cartea a VI-a, titlul XIV C. proc. civ.) îi permit instanței să acorde un termen pentru constituirea cauțiunii.

Așa cum s-a reținut și în decizia atacată, din interpretarea extensivă, cu sprijinul analogiei, a normei de la art. 270 alin. (2) reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndestulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege, ceea ce în cauză Consiliul a făcut prin adresa nr. 12897/08.07.2014.

^[1] Decizia nr. 65 din 14 ianuarie 2014.

Pe de altă parte, chiar dacă garanția a fost constituită doar la data de 09.07.2014, scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al SC N.D. SRL, astfel cum impune 271 ind. 1 alin. (1) din ordonanță, este atins în prezenta cauză.

Din altă perspectivă, trebuie adăugat că autoritatea nu a suferit nicio vătămare din cauza constituirii cu întârziere a garanției de către autoarea contestației. Indiferent de data înființării sau a aducerii garanției, dreptul autorității beneficiare de a o executa se naște abia la finalul litigiului, acesta fiind singurul moment relevant pentru autoritatea contractantă, la care ea trebuie să se afle în posesia unei garanții valide și îndeștătoare^[1].

Referințe:

– *încheierea din 6 noiembrie 2014 (garanția de bună conduită poate fi constituită și depusă ulterior formulării plângerii), dosar nr. 6297/2/2014, și decizia civilă nr. 6172 din 17 decembrie 2015 [din interpretarea art. 270 alin. (2) din ordonanță rezultă că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndeștătoare, el nu va putea respinge contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege], Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;*

– *decizia civilă nr. 128/CA din 22 iulie 2015 (garanția de bună conduită poate fi suplimentată ulterior depunerii contestației), Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;*

– *decizia nr. 1383 din 23 iunie 2015 (garanția de bună conduită nu poate fi depusă ulterior contestației), Curtea de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal;*

– *decizia nr. 3052/CA/2014-R din 13 octombrie 2014 (garanția de bună conduită poate fi constituită și ulterior depunerii plângerii la instanță), Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;*

– *decizia civilă nr. 107/R-CONT din 25 ianuarie 2016 [deși dispozițiile art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță stipulează că dovada constituirii garanției se depune odată cu contestația, aceste dispoziții nu înlătură posibilitatea acoperirii prin depunerea ulterioară a dovezii menționate. Altfel spus, dispozițiile legale menționate nu instituie garanția decăderii în situația neîndeplinirii într-un anumit termen, sancțiunile procedurale trebuind să fie expres prevăzute de lege, nefiind posibilă o aplicare prin analogie a altor texte legale], Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;*

– *decizia civilă nr. 6837 din 10 septembrie 2014 (garanția de bună conduită poate fi depusă și ulterior depunerii contestației), Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.*

Legea nr. 101/2016 nu a preluat instituția juridică a garanției de bună conduită.

3. Ofertarea unui produs care nu se afla în fabricație la momentul depunerii ofertelor. Înlocuirea lui cu alt produs care îndeplinește această condiție nu reprezintă corectarea unei abateri tehnice minore. Ofertă neconformă

Conform caietului de sarcini, „Echipamentele livrate în contract trebuie să fie noi, de ultimă generație și aflate în producția curentă a producătorului. Neîndeplinirea acestor condiții atrage descalificarea din motive tehnice a ofertei”. De asemenea, are drept consecință descalificarea ofertantului nerespectarea de către acesta a prevederilor referitoare la ofertarea de produse noi, de ultimă generație și aflate în producția curentă.

În oferta inițială, petenta a ofertat echipamentul imprimantă A0 color Epson T7000, iar prin răspunsul la clarificările solicitate de autoritatea contractantă relativ la caracteristicile echipamentelor livrate, petenta nu a contestat că produsul ofertat nu îndeplinea cerința de a fi nou, de ultimă generație și aflat în producția curentă a producătorului, manifestându-și intenția

[1] Decizia nr. 6164 din 12 septembrie 2014.

de a livra Epson SureColor SC - T7200, produs de ultimă generație, aflat în producția curentă a producătorului din luna august 2014 și care a înlocuit produsul anterior oferit.

Aceste calități ale produsului trebuiau a fi îndeplinite la momentul deschiderii și evaluării ofertelor, când autoritatea contractantă poate aprecia asupra îndeplinirii de către acestea a cerințelor impuse de lege și documentația de atribuire. Curtea, similar Consiliului, nu poate primi susținerile petentei în interpretarea cerințelor din documentația de atribuire legate de îndeplinirea acestor condiții la încheierea contractului. Acest moment reprezintă un termen incert, nici autoritatea contractantă și nici ofertanții nefiind în măsură a anticipa viitorul și a-l prevedea. Această interpretare poate duce la situații absurde, când niciunul dintre ofertanți nu ar fi în măsură a propune oferte conforme, cu produse care să răspundă cerințelor impuse la momentul încheierii contractului, datorită evoluției tehnologice.

Modificarea ofertei petentei nu se încadrează în noțiunea de abatere tehnică minoră.

Potrivit art. 79 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului 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 conduce la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

Înlocuirea unui produs care nu se mai afla în fabricație la momentul depunerii ofertelor cu alt produs care îndeplinește această condiție nu se încadrează în noțiunea de corectare a unei abateri tehnice minore, astfel că este irelevantă susținerea că propunerea financiară nu a suferit modificări. Această operațiune este în mod evident o modificare a propunerii tehnice, ceea ce, potrivit art. 79 alin. (2) teza I, atrage sancțiunea declarării ofertei ca neconformă^[1].

Comentariu:

În nota aferentă deciziei civile nr. 4344 din 29 noiembrie 2012 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, am adus unele explicații referitoare la conceptul de abatere tehnică minoră. A se vedea și decizia nr. 648/CA/2015-R din 18 februarie 2015 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și referințele asociate ei.

4. Intervenientul nu are obligația de a constitui și depune garanția de bună conduită

Cu privire la nerespectarea obligației de constituire a garanției de bună conduită de către intervenientă, Curtea apreciază că este nefondată această susținere, în cauză fiind respectate dispozițiile art. 271 ind. 1 din ordonanță, potrivit cărora, în scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia, așa încât constituirea este o obligație a contestatorului, el fiind cel care a declanșat controlul asupra actelor emise, cererea de intervenție nefiind în măsură să afecteze interesele autorității contractante^[2].

Referințe:

– decizia nr. 577 din 5 februarie 2015 (Curtea reține că cererea de intervenție a fost calificată în mod corect de către Consiliu ca fiind accesorie și, pe cale de consecință, s-a apreciat că intervenientul nu are obligația de a constitui garanția de bună conduită, prevederile art. 271 ind. 1 din ordonanță fiind de strictă interpretare), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal.

^[1] Decizia nr. 1 din 5 ianuarie 2015.

^[2] Decizia nr. 250 din 21 ianuarie 2015.

5. Nu este permis operatorului economic să depună o ofertă individuală/comună și, totodată, să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul altei oferte la aceeași procedură de atribuire

Potrivit art. 46 din ordonanță, fără a afecta posibilitatea operatorilor economici de a oferta pe mai multe loturi diferite, ofertantul nu are dreptul ca în cadrul aceleiași proceduri să depună ofertă individuală sau comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat. Față de această dispoziție legală expresă, în mod legal autoritatea contractantă a exclus oferta depusă de petentă, care este participantă în asociere și subcontractant în cadrul aceleiași proceduri, aspect interzis de lege^[1].

Referințe:

– *decizia nr. 891 din 22 februarie 2012 (nu este permis operatorului economic să depună o ofertă individuală/comună și, totodată, să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul altei oferte la aceeași procedură de atribuire) a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal.*

A se vedea și decizia nr. 2558 din 4 decembrie 2008 (societăți ofertante care au inclus în ofertele proprii un acord de asociere și angajamente reciproce de livrare a produselor proprii către autoritatea contractantă), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, și decizia civilă nr. 5946 din 4 iulie 2014 (acorduri prealabile între operatorii economici pentru participarea comună la licitație. Necesitatea cercetării lor de către autoritate înainte de a proceda la atribuirea contractului de achiziție publică), Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

6. În etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea are dreptul să reevalueze integral ofertele, respectiv să identifice noi motive de respingere a lor

Curtea reține că, potrivit art. 72 alin. (1) lit. h) și i), coroborate cu art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, atribuțiile comisiei de evaluare sunt stabilirea ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în această categorie, precum și stabilirea ofertelor admisibile. În acest context, este nefondată susținerea Consiliului că o reevaluare nu poate constitui prilej de identificare a noi motive de respingere a ofertelor, deoarece, conform atribuțiilor menționate, autoritatea reapreciază ofertele atât din punct de vedere al admisibilității lor, cât și al conformității cu fișa de date a procedurii, inclusiv cu cerințele caietului de sarcini. Altfel, odată cu reevaluarea, în ipoteza enunțată de Consiliu, ar trebui să declare direct admisibilă oferta, fără a mai avea posibilitatea de a proceda la reevaluare. Or, rezultă clar din dispoziția legală enunțată anterior că stabilirea ofertelor admisibile este atributul exclusiv al comisiei de evaluare.

Curtea reține că legea nu prevede o procedură specială în cazul reevaluării ofertelor, care ar împiedica comisia să mai analizeze oferta în integralitatea ei din punct de vedere al criticilor de neconformitate și inadmisibilitate, astfel că, în lipsa unor prevederi exprese în acest sens, nu poate fi primită susținerea conform căreia neobservarea de către autoritatea contractantă a tuturor motivelor de inacceptabilitate ori neconformitate a ofertelor, cu ocazia evaluării lor anterioare, s-ar opune ulterior reevaluării ofertelor sub aspectul admisibilității^[2].

Referințe, în același sens:

– *deciziile nr. 6704 din 16 octombrie 2012 (în cazul reevaluării ofertelor în urma primirii unei contestații, autoritatea poate declara una sau mai multe oferte drept neconforme, chiar dacă în prima fază le-a considerat conforme) și nr. 2952 din 6 octombrie 2015 (în etapa de*

^[1] Decizia nr. 1535 din 24 aprilie 2015.

^[2] Decizia nr. 1866 din 20 mai 2015.

reevaluare a ofertelor, autoritatea are dreptul să declare inadmisibilă o ofertă care inițial a fost considerată admisibilă), Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 2077 din 6 octombrie 2011 (anularea raportului procedurii de atribuire și dispunerea reevaluării ofertelor dă dreptul autorității contractante la o reevaluare completă a ofertelor, sub toate aspectele, inclusiv să considere inadmisibilă o ofertă care inițial a fost considerată admisibilă), nr. 3371 din 1 octombrie 2012 (dacă autoritatea contractantă respinge o ofertă pentru unul sau mai multe motive de inacceptabilitate ori neconformitate, iar în calea de atac se infirmă respingerea și se dispune reevaluarea ofertei, cu ocazia reevaluării pot fi identificate și luate în considerare alte motive de inacceptabilitate ori neconformitate), nr. 223 din 21 ianuarie 2013 (în etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea are dreptul să reevalueze complet ofertele, inclusiv să considere inadmisibilă o ofertă care inițial a fost considerată admisibilă), nr. 5813 din 6 august 2014 (în etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea are dreptul să ceară clarificări și să reevalueze toate ofertele, inclusiv să declare inadmisibilă o ofertă care inițial a fost considerată admisibilă), nr. 275 din 19 ianuarie 2015 (în etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea are dreptul să reevalueze integral ofertele. Autoritatea are dreptul să declare inadmisibilă o ofertă care inițial a fost considerată admisibilă), nr. 2817 din 18 mai 2015, nr. 3825 din 1 iulie 2015 (reevaluarea ofertelor se poate realiza sub toate aspectele, iar autoritatea poate să declare inadmisibilă o ofertă considerată inițial admisibilă) și nr. 3667 din 23 iunie 2016 (cum autoritatea trebuie să respecte principiul legalității în procedura de atribuire, comisia de evaluare trebuie să constate că ofertele îndeplinesc cerințele de acceptabilitate și conformitate, putând remedia eventualele deficiențe din evaluarea precedentă, cu atât mai mult atunci când raportul anterior a fost anulat în tot, astfel că nu mai produce niciun efect juridic, favorabil sau defavorabil unui ofertant), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 5337 din 19 iunie 2014 (nimic nu împiedică autoritatea contractantă să reverifice complet ofertele declarate anterior admisibile), Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 3926 din 9 decembrie 2015 (evaluarea în totalitate a unei oferte în cadrul procedurii de achiziție publică este o expresie a principiilor egalității de tratament între ofertanți și transparenței, nefiind permisă trecerea sub tăcere a unor aspecte care ar conduce la respingerea unei oferte. Prin urmare, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are nu numai posibilitatea, dar și obligația verificării integrale a ofertei contestatoarei, numai în aceste condiții scopul procedurii de achiziție publică putând fi considerat ca realizat), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 107/R-CONT din 25 ianuarie 2016 (în etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea are dreptul să reevalueze integral ofertele), Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 4739 din 5 mai 2014, Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 4531 din 18 iunie 2015 (în etapa de reevaluare, autoritatea are dreptul să ceară clarificări și să reevalueze integral ofertele, cu maximă atenție), Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

În decizia civilă nr. 4567 din 6 octombrie 2016, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, s-a pronunțat că: „Din moment ce prin decizia Consiliului s-au stabilit limitele reevaluării și a fost obligată autoritatea contractantă să reevalueze doar anumite oferte, respectiv ale ofertanților care au formulat contestație împotriva primului raport al procedurii, nu poate fi primită susținerea petentei în sensul că toate ofertele trebuiau reevaluate, fără a se face distincție între ofertanții care au formulat contestații și cei care nu au formulat. Mai mult, în condițiile în care prin decizia Consiliului s-a dispus reevaluarea doar a anumitor oferte, dispunerea de către autoritatea contractantă a anulării rezultatului și a reevaluării tuturor ofertelor constituia o încălcare a dispozițiilor art. 280 alin. (1) din ordonanță, care stabilesc că decizia prin care Consiliul anulează în tot sau în parte actul atacat este obligatorie pentru

autoritatea contractantă”. Așadar, întâlnim exprimate și poziții opuse curentului majoritar (nu avem cunoștință ca, vreodată, Consiliul să fi interzis autorității contractante să reevalueze din oficiu o ofertă, pentru a se asigura dacă evaluarea inițială a fost sau nu legală). De regulă, autoritatea reevaluează din oficiu ofertele aflate în situații similare celei pentru care Consiliul a dispus reevaluarea (nu sunt nici normale și nici legale, de pildă, respingerea ofertei pentru care Consiliul a dispus reevaluarea și, în același timp, admiterea alteia, aflată exact în aceeași situație cu prima, eventual chiar declararea ei câștigătoare, doar pentru simplul fapt că, în decizia Consiliului, nu a fost discutată situația celei din urmă oferte). Amintim aici și de riscul autorității de a primi corecții din partea organelor de control în cazul încălcării principiului tratamentului egal între ofertanți.

Dintr-o jurisprudență consacrată a Curții de Justiție de la Luxembourg rezultă că autoritatea de lucru judecat nu privește decât elementele de fapt și de drept care au fost efectiv sau în mod necesar soluționate prin decizia jurisdicțională în cauză (Hotărârea din 19 februarie 1991, Italia/Comisia, C-281/89, Rec., p. I-347, pct. 14, Ordonanța din 28 noiembrie 1996, Lenz/Comisia, C-277/95 P, Rec., p. I-6109, pct. 50, și Hotărârea din 15 octombrie 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij și alții/Comisia, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P - C-252/99 P și C-254/99 P, Rec., p. I-8375, pct. 44).

7. Deși art. 16 alin. (1) din ordonanță impune autorității contractante obligația de a respecta doar art. 35-38 și 56 din acest act normativ, dacă autoritatea înțelege să deruleze procedura de atribuire conform ordonanței, atunci ea trebuie respectată în integralitate

Este întemeiată susținerea petentei în sensul că, deși prevederile art. 16 alin. (1) din ordonanță impun autorității contractante doar obligația de a respecta art. 35-38 și 56 din acest act normativ, totuși, atunci când autoritatea contractantă a înțeles ca procedura de atribuire a contractului să se deruleze conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, acest act normativ trebuie respectat în integralitate, obligație ce în cauză s-a și realizat, criticile contestatoarei fiind sub acest aspect nefondate^[1].

Referințe, în sensul că autoritatea are obligația de a aplica doar prevederile art. 35-38 și 56 din ordonanță:

– decizia civilă nr. 2636 din 17 decembrie 2009 (în cazul achiziției de servicii incluse în anexa nr. 2B la ordonanță, autoritatea are obligația de a aplica doar prevederile art. 35-38 și 56 din ordonanță), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 238/R din 31 ianuarie 2012 (faptul că autoritatea contractantă a procedat la publicarea invitației în SEAP nu face aplicabilă legislația specială în materia achizițiilor publice, ci dreptul comun în materie. Este legală respingerea de către Consiliu, ca inadmisibilă, a contestației privind achiziția de servicii încadrate în anexa nr. 2B cu valoare estimată sub prag), Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În schimb, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 1248 din 12 martie 2014, și Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, în sentința nr. 78 din 11 aprilie 2013, au apreciat că autoritatea are obligația de a aplica toate prevederile ordonanței. În opinia Tribunalului Argeș, Secția civilă, exprimată în sentința civilă nr. 738 din 5 septembrie 2016, nimic nu oprește autoritățile contractante să aplice dispozițiile ordonanței în cazul achizițiilor de servicii incluse în anexa nr. 2B cu valoare sub prag, context în care Consiliul este competent să soluționeze contestațiile privind acele achiziții, indiferent de exprimarea de la art. 16 din ordonanță.

Conform art. 101 alin. (2) din normele la Legea nr. 98/2016, atunci când atribuire contracte de achiziție publică/acorduri-cadru și organizează concursuri de soluții care privesc achiziții

[1] Decizia nr. 2040 din 8 iunie 2015.

publice ce au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. c) din lege, autoritățile contractante pot organiza propriile proceduri simplificate de atribuire cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege.

Similar, potrivit art. 106 alin. (2) din normele la Legea nr. 99/2016, atunci când atribuie contracte de achiziție sectorial/acorduri-cadru și organizează concursuri de soluții care privesc achiziții sectoriale ce au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la art. 12 alin. (1) lit. c) din lege, entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b) din lege pot organiza propriile proceduri simplificate de atribuire cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege.

8. Stabilirea greșită a valorii estimate a contractului poate constitui o abatere care să atragă anularea procedurii de atribuire

Instanța apreciază că se impune a se verifica dacă stabilirea greșită a valorii estimate a contractului poate constitui o abatere gravă de la legislație care să justifice anularea procedurii.

În primul rând, se constată că autoritatea contractantă a stabilit valoarea estimativă a acordului-cadru conform art. 31 din ordonanță, constând în valoarea maximă estimată a tuturor contractelor de achiziție publică ce se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru pe întreaga durată a sa (875.000 lei x 4 ani).

Din nota justificativă rezultă că autoritatea a avut în vedere un preț de 25 lei pentru bidoanele de 19 litri apă de izvor potabilă și de 15 lei/cutie de 10 litri apă de izvor potabilă.

În cursul evaluării comisia a constatat că acest preț este supraevaluat, în condițiile în care același produs este vândut de ofertanți cu un preț de 5,9 lei/bidonul de 19 litri (exemplul autorității contractante referindu-se la anunțurile de atribuire nr. 154207/21.01.2015 și nr. 188559/26.05.2015).

Având în vedere că autoritatea contractantă este o autoritate publică, și nu o societate comercială privată, ea nu are libera alegere în a decide prețul de achiziție al produselor de care are nevoie, prețul de achiziție trebuind să fie fundamentat corect – la prețul pieței –, iar derularea procedurii de achiziție este subordonată principiului utilizării eficiente a fondurilor publice. Or, se constată că eroarea de fundamentare a prețului în vederea determinării valorii estimative a acordului-cadru este o abatere gravă de la legislație care nu poate fi remediată prin măsuri corective, în condițiile în care acesta determină ofertele care se depun, fiind inclus în toate actele achiziției.

Nu este relevantă comparația pe care Consiliul a realizat-o în raport cu achizițiile autorității contractante pentru anul 2014, față de faptul că fundamentarea prețului este greșită.

În consecință, se impun admiterea plângerii autorității contractante, anularea deciziei Consiliului și respingerea contestației în întregime^[1].

Comentariu:

Argumentele aduse de instanță nu au consistență. În sine, estimarea eronată a valorii contractului nu reprezintă un motiv de anulare a procedurii de atribuire, câtă vreme sunt primite oferte la prețurile reale de pe piață. Desigur, acele oferte care conțin în cadrul propunerii financiare prețuri ce nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate vor fi sancționate cu respingerea ca neconforme, în temeiul art. 36 alin. (2) lit. c) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În speța analizată de instanță, în comunicarea anulării procedurii autoritatea i-a precizat ofertantului contestator, între altele:

„Prețul unitar pe baza căruia s-a stabilit valoarea estimată a fost, dintr-o eroare, supraevaluat, ceea ce conduce, dacă s-ar accepta oferta depusă, la încălcarea principiului utilizării eficiente a fondurilor. Acest lucru rezidă în mod deosebit din faptul că ofertantul, care are în mod

^[1] Decizia nr. 2392 din 24 iulie 2015.

exagerat pretenția de a încheia acordul-cadru cu autoritatea contractantă, a elaborat și depus o ofertă nesinceră, speculativă. Societatea dumneavoastră a speculat imperfecțiunea/eroarea autorității contractante în evaluarea prețului contractului, urmărind obținerea unui profit exagerat, necinstit, propunând un preț unitar de 25 de lei/bidon de 19 litri, în condițiile în care autoritatea contractantă, din verificările efectuate, a constatat faptul că dumneavoastră, în piață, vindeți același produs cu un preț și de 5,9 lei/bidon de 19 litri”.

O lungă perioadă de timp, valoarea estimată a contractului nici nu le era adusă la cunoștință operatorilor economici interesați.

Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 518/CA/2017-R din 6 martie 2017, a apreciat că operatorii economici pot contesta modalitatea de calcul în cazul în care apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 9-25 din Legea nr. 98/2016, însă nu pot impune autorității propria lor evaluare a obiectului contractului, după propriile lor estimări.

Decizia civilă nr. 1540 din 13 septembrie 2007 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, vine în aceeași direcție cu decizia pe care o comentăm, însă premisa menționării în anunțul de participare a unei valori estimate greșite este valorificată prin concluzia că autoritatea a stabilit condiții de calificare și specificații nelegale (disproporționate), de natură să fundamenteze anularea procedurii.

A se vedea și decizia civilă nr. 6024 din 10 decembrie 2015 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

9. Comunicarea de către autoritatea contractantă a unui termen de contestare eronat nu constituie motiv de repunere în termen a contestatoarei. Termenul eronat este lipsit de relevanță și de efecte juridice

Referitor la cererea de repunere în termenul de contestare, instanța o apreciază ca neîntemeiată, în condițiile în care art. 186 alin. (1) C. proc. civ. vorbește despre situația în care partea dovedește că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate, or, în cauză, petenta invocă drept motiv temeinic justificat culpa autorității contractante care, din eroare, a menționat în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii că data-limită de depunere a contestațiilor este 19.06.2015, iar societatea, de bună-credință fiind, a respectat acest termen.

În raport de aceste împrejurări, Curtea apreciază că termenul de depunere a contestației este reglementat de lege, în speță de art. 256 ind. 2 alin. (1) din ordonanță, fiind lipsit de relevanță și de efecte juridice termenul menționat de autoritatea contractantă în cuprinsul adresei de comunicare^[1].

Referințe:

A se vedea decizia nr. 445/R-CONT din 12 februarie 2015, Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și jurisprudența asociată ei.

10. În etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea are dreptul să declare inadmisibilă o ofertă care inițial a fost considerată admisibilă

Problema care trebuie soluționată este aceea dacă, declarând conformă o ofertă într-un prim stadiu al procedurii de achiziție, la reluarea procedurii consecutiv deciziei Consiliului, autoritatea contractantă mai putea să considere aceeași ofertă ca neconformă.

Instanța apreciază că prin decizia Consiliului s-a analizat doar caracterul acceptabil/inacceptabil al ofertei câștigătoare, astfel că nu există o decizie a Consiliului cu referire la oferta petentei.

Autoritatea contractantă, reluând procesul de evaluare a conformității ofertelor, era obligată să respingă ca inacceptabilă oferta asocierii concurente, iar în ceea ce privește oferta petentei,

^[1] Decizia nr. 2396 din 19 august 2015.

comisia de evaluare a solicitat punctul de vedere al expertului extern pentru partea tehnică, expert care a înaintat comisiei un raport de constatare că, la adresa prin care au fost solicitate clarificări cu privire la fișele tehnice ale furnizorului pentru materialele din documentație, nu s-a primit un răspuns viabil și concludent din partea ofertantului, astfel că a realizat că a greșit atunci când a apreciat că răspunde cerințelor caietului de sarcini sub aspectul furnizării informațiilor privind completarea fișelor echipamentelor tehnice, împrejurare în care este logic să nu persiste în greșeală și, sesizând-o, să o înlăture. Astfel cum a reținut Consiliul prin decizia atacată, această atitudine trebuia adoptată încă din prima etapă și oferta petentei trebuia respinsă ca neconformă încă de atunci, însă în niciun caz nu se putea menține o decizie greșită doar pentru singurul argument că s-ar justifica o atitudine consecventă. Mai mult, această nouă opinie este fundamentată pe părerea expertului extern pentru partea tehnică pe care comisia de evaluare nu l-a avut la dispoziție anterior. Analiza jurisprudenței în materie invocată de Consiliu este un argument suplimentar, nu singurul care susține soluția^[1].

Referințe:

A se vedea, în același sens, decizia nr. 1866 din 20 mai 2015 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, și jurisprudența asociată ei.

II. Contestația în anulare împotriva deciziei instanței de soluționare a plângerii este inadmisibilă

Fără putință de tăgadă că art. 503 C. proc. civ. face referire expresă la deciziile instanței de recurs, respectiv apel, iar pentru aplicarea acestor dispoziții în speță trebuie stabilită natura juridică a plângerii formulate împotriva unei decizii pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Trebuie lămurit dacă plângerea prevăzută de art. 281 din ordonanță poate fi considerată un recurs sau apel ori rămâne o cale de atac distinctă, având o natură *sui-generis*.

Prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 instituie norme cu caracter special aplicabile în materia achizițiilor publice. Potrivit art. 281 și 283, partea nemulțumită de decizia Consiliului poate formula plângere la curtea de apel în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante. Plângerea este asimilată unei căi de atac și se soluționează în complet de 3 judecători.

Ca o cale de atac specifică materiei achizițiilor publice, plângerea nu are un caracter distinct de cel declanșat prin contestație, decizia Consiliului constituind numai actul supus controlului judiciar, în limitele pronunțării acesteia. Orice persoană vătămată poate ataca decizia Consiliului – pe aspecte de nelegalitate sau de netemeinicie –, nu doar părțile care au avut calitatea de parte la judecata în primă fază a procesului.

Curtea constată că singura asemănare cu calea de atac a recursului se raportează la faptul că aceasta se soluționează în complet format din 3 judecători și că este exclus orice analogism între plângere și recurs.

Subliniem că o hotărâre judecătorească nu poate fi atacată pe alte căi decât cele expres prevăzute de lege. În conformitate cu art. 126 alin. (2) și art. 129 din Constituție, competența instanțelor judecătorești și procedura de judecată sunt prevăzute de lege, iar împotriva hotărârilor judecătorești părțile interesate și Ministerul Public pot exercita căile de atac, în condițiile legii. Curtea Constituțională a considerat că „este de competența exclusivă a legiuitorului de a institui regulile de desfășurare a procesului în fața instanțelor judecătorești”, aspect rezultat din dispozițiile constituționale menționate (în acest sens este și Decizia nr. 1/1994).

În cazul contestației în anulare speciale, condiția de admisibilitate prevăzută de art. 503 alin. (2) C. proc. civ. vizează faptul că o contestație în anulare specială poate fi formulată numai împotriva hotărârilor instanțelor de recurs. Cum decizia contestată pe calea de atac prevăzută

^[1] Decizia nr. 2952 din 6 octombrie 2015.