

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1709/C3/1672

Data: 16.08.2022

Prin contestația nr. 702/13.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34954/14.07.2022, înaintată de SRL, cu sediul în și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură situat în, str. I.C. Brătianu nr. 7A, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., CUI, reprezentată legal de administrator, ..., și convențional de Societatea Civilă Profesională de Avocați ".....", formulată împotriva rezultatului procedurii simplificate inițiată prin publicarea anunțului nr. SCN1103858/29.03.2022, de autoritatea contractantă, cu sediul, str. Fântânilor, nr. 7, județul, în vederea atribuirii unui contract de lucrări având ca obiect Achiziționarea și instalarea corpurilor de iluminat și sistemului de telegestiune pentru proiectul: SISTEM DE ILUMINAT EFICIENT ÎN , SMIS 121793, s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 14808/06.07.2022, anularea adresei nr. 14836/06.07.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SRL, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

..... SRL, cu sediul în, ..., ..., ..., ... și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură situat în, ..., ..., înmatriculată în registrul comerțului cu nr., CUI, reprezentată legal de administrator și convențional de Societatea Civilă Profesională de Avocați ".....", prin adresa nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 36776/26.07.2022, a transmis (prin e-mail) o cerere de intervenție voluntară prin care solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată, precum și obligarea SRL la plata cheltuielilor de judecată, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 702/13.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34954/14.07.2022, ... SRL atacă decizia autorității contractante de a-i declara oferta neconformă, pe care o critică pentru nelegalitate.

Prealabil, contestatorul precizează că la procedura de atribuire au fost depuse 3 oferte, de către:

1. Asocierea SRL - SC L
SRL;

2. SRL;

3. SRL, cu subcontractant SC LIN IMPEX SRL;

Ca urmare a evaluării tehnice a fost considerată conformă oferta depusă de societatea SRL, fiind considerate inacceptabile/neconforme/neadecvate ofertele depuse de:

(1) Asocierea SRL - SC L
SRL și

(2) SRL.

În ce privește oferta contestatorului, comisia de evaluare a apreciat că este neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător caietul de sarcini. Potrivit comunicării rezultatului procedurii, nr. 14836/06.07.2022, comisia de evaluare consideră neîndeplinită cerința, referitor la obligația ofertantului de a depune mostrele solicitate prin caietul de sarcini.

În caietul de sarcini a fost enunțată cerința privind prezentarea mostrelor funcționale, pentru toate tipurile de corpuri de iluminat cuprinse în ofertă, cel mai târziu până la data și ora depunerii ofertei în SEAP.

Prin răspunsul consolidat nr. 8431/13.04.2022, la întrebarea 8 și întrebarea 10 pct. d) au fost formulate răspunsuri identice: *Mostra funcțională se va depune până cel mai târziu data depunerii ofertelor de către ofertanți la sediul autorității contractante și va consta în mostre cu tipurile de corpuri de iluminat solicitate prin caietul de sarcini.*

Comisia de evaluare a declarat oferta SRL ca neconformă întrucât "Ofertantul SC SRL nu a răspuns cerinței din caietul de sarcini, respectiv din DA. La sediul AC mostrele ofertantului au ajuns în data de 20.04.2022. Cerința a fost formulată concis, adică mostrele trebuiau să fie depuse la sediul AC, nu transmise până la termenul de depunere a ofertelor".

Potrivit mențiunilor din Fișa de date a achiziției, data limită de depunere a ofertei a fost 19.04.2022, ora 15.

Ofertantul SRL susține că a depus oferta privind procedura de achiziție în termenul indicat în fișa de date. Prin intermediul serviciilor poștale oferite de societatea CURIER, la data de 19.04.2022, ora 11, a transmis mostrele cu tipurile de corpuri de iluminat solicitate prin caietul de sarcini.

Data depunerii ofertelor este 19.04.2022, ora 15, și, în opinia contestatorului, data depunerii mostrelor către furnizorul de servicii poștale, *se încadrează în termenul stabilit, acestea fiind predate la data de 19.04.2022, ora 11.*

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă interpretează restrictiv propria cerință din caietul de sarcini, în sensul că "*a depune*" are doar semnificația depunerii fizice a mostrei la sediul autorității contractante, deși reglementarea legală privind modalitatea de comunicare a ofertelor și implicit a mostrelor, care fac parte integrantă din oferta tehnică prevede mijloace de comunicare alternative, inclusiv prin intermediul serviciilor poștale.

Cu privire la modalitatea de comunicare a ofertelor și, implicit, a mostrelor, în opinia contestatorului, sunt aplicabile prevederile art. 64 din Legea nr. 98/2016, ale art. 52 din HG nr. 395/2016 și ale art. 59 alin. (2) lit. a) din HG nr. 394/2016.

Față de acest aspect contestatorul susține că legiuitorul român, în acord cu reglementarea europeană și practica CJUE, a statuat posibilitatea ca ofertanții să depună comunicările, mostrele, machetele sau modele și prin intermediul serviciilor poștale. Faptul că unii dintre candidați au depus mostrele la sediul autorității contractante, iar el a depus mostrele prin intermediul serviciilor poștale, în opinia contestatorului, nu conferă dreptul comisiei de evaluare să-i declare oferta neconformă. În practica CJUE s-au decis următoarele "*Conținutul Caietului de Sarcini trebuie interpretat din punctul de vedere al potențialilor ofertanți, nu al autorității contractante dat fiind că obiectivul procedurilor de încheiere a contractelor de achiziții de lucrări este tocmai să garanteze unor potențiali ofertanți stabiliți în Uniunea Europeană accesul la contractele de achiziții publice de care sunt interesați.*"

Apreciază contestatorul că analogia legii, înțeleasă ca mijloc prin care o dispoziție legală este aplicată unei situații similare, și procedeul de interpretare a normelor juridice conduc la aceeași concluzie. Conform art. 183 din Codul de procedură civilă: *(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen.*

În acest sens a statuat și ÎCCJ, care a decis că actele de procedură transmise prin fax sau email, în ultima zi a termenului procedural, este socotit a fi depus în termen.

Raportându-se la situația de fapt, contestatorul apreciază că au fost încălcate principiile reglementate de lege, și anume: principiul nediscriminării, al tratamentului egal și al proporționalității.

Cu privire la dreptul recunoscut autorității contractante de a solicita mostre în dovedirea cerințelor tehnice, contestatorul face următoarele precizări: *Atunci când autoritatea contractantă uzează de posibilitatea formulării unei asemenea cerințe de calificare, aceasta trebuie să aibă în vedere ca prin solicitarea depunerii de eșantioane/mostre să se asigure corelarea cu natura și complexitatea obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, care trebuie să reflecte ca atare capacitatea tehnică a ofertantului de a îndeplini contractul.* Pe cale de consecință, prezentarea unor mostre/eșantioane nu are drept scop stabilirea conformității ofertei tehnice, întrucât aceasta excedează cadrului legal în materie, autoritatea contractantă urmând a stabili conformitatea produselor, din punct de vedere tehnic sau al performanțelor, prin raportare la specificațiile tehnice și cerințele speciale din caietului de sarcini, cerințe în raport cu care ofertanții trebuie să prezinte dovezi de conformitate, în cuprinsul propunerilor tehnice.

Față de aceste precizări, contestatorul consideră că autoritatea contractantă avea posibilitatea de a evalua propunerea tehnică, chiar și dacă SRL nu ar fi depus aceste mostre funcționale, îndeplinirea capacității tehnice și a cerințelor impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini și fișa de date putea fi realizată de oricare dintre ofertanți, cu sau fără evaluarea mostrelor funcționale.

În replică, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 15369/UIP/18.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35616/18.07.2022, a transmis (prin e-mail), punct de vedere prin care solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă învederează că, în caietul de sarcini, se regăsesc următoarele:

6.4 Specificații tehnice minime pentru materialele și aparatele de iluminat solicitate.

6.4.1 Specificații tehnice minime obligatorii pentru aparatele de iluminat public

Toți ofertanții vor depune mostre funcționale ale aparatelor de iluminat propuse ce vor fi utilizate în lucrare, echipate cu componentele de telegestiune, care să respecte toate caracteristicile prevăzute în Caietul de sarcini, pentru fiecare putere rezultată din calculul lumino-tehnic, pentru a se putea verifica concordanța cu datele din oferta tehnică a fiecărui ofertant, precum și cu cerințele autorității contractante. Mostra, se va depune la sediul autorității contractante, dar nu mai târziu de data și ora limită de depunere a ofertei în P.

Orice neconcordanță constatată de comisia de evaluare a ofertelor, între mostra funcțională depusă de ofertant și cerințele Caietului de

sarcini și/sau descrierile din Oferta tehnică a ofertantului, duce la declararea ofertei ca fiind neconformă. Ofertele care nu respectă cerințele minime solicitate mai sus vor fi declarate neconforme.

6.5.6 Cerințe tehnice și de calitate (pag. 36): Mostrele funcționale pentru toate tipurile de aparate de iluminat cuprinse în ofertă se vor prezenta la sediul autorității contractante.

Prezentarea mostrelor funcționale se va face până cel mai târziu data și ora depunerii ofertei în P.

Confirmarea se va face printr-un proces verbal semnat între ofertant și un reprezentant al Autorității contractante.

Neprezentarea mostrelor funcționale pentru toate tipurile de aparate de iluminat potrivit proiectelor luminotehnice și în configurațiile solicitate prin Caietul de sarcini va duce la descalificarea ofertantului.

Neîndeplinirea criteriilor cerințe tehnice de calitate va duce la declararea ofertei ca neconformă (pag. 64 din caietul de sarcini).

Referitor la depunerea de mostre funcționale au fost formulate solicitări de clarificări ale documentației de atribuire chiar de contestatar, care, la acel moment, nu a contestat cerința autorității contractante privind mostrele funcționale, ci a solicitat clarificări privind modul de depunere.

Prin răspunsul consolidat al autorității contractante nr. 8431/13.04.2022, s-au comunicat următoarele:

Solicitare de clarificări nr. 8: În fișa tehnică Formular F5 pentru aparatul de iluminat este specificat că se va prezenta mostra funcțională. Vă rugăm să precizați data la care se va prezenta mostra.

Răspuns: Mostra funcțională se va depune până cel târziu la data depunerii ofertelor de către ofertanți la sediul autorității contractante, Oraș, str. Fântânilor, nr. 7, județul și va consta în mostre cu tipurile de corpuri de iluminat solicitate prin caietul de sarcini.

Solicitare de clarificări nr. 10:

d) Nr. crt. 4 Se va depune mostra funcțională. Vă rugăm să precizați de către cine, când și unde se va depune mostra funcțională și în ce va consta aceasta?

d) Mostra funcțională se va depune până cel târziu la data depunerii ofertelor de către ofertanți la sediul autorității contractante: Oraș, str. Fântânilor, nr. 7, județul și va consta în mostre cu tipurile de corpuri de iluminat solicitate prin caietul de sarcini.

Apreciază autoritatea contractantă că, prin solicitarea de mostre funcționale, conform caietului de sarcini, autoritatea contractantă a procedat corect, aplicând prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016: Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: a) eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității

contractante (reprezintă o transpunere a prevederilor art. 60 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, potrivit căruia „Capacitățile tehnice ale operatorilor economici pot fi dovedite în unul sau mai multe dintre modurile enumerate în anexa XII partea II, în funcție de natura, cantitatea sau importanța și de utilizarea lucrărilor, a produselor sau a serviciilor).

Astfel, Anexa XII, partea II a Directivei 2014/24/UE prevede ca și mijloace de dovedire a capacităților tehnice ale operatorilor economici în ceea ce privește produsele care urmează să fie furnizate și eșantioane, descrieri sau fotografii a căror autenticitate trebuie dovedită la cererea autorității contractante.

Vă facem cunoscut că ceilalți ofertanți participanți la procedură au depus mostrele cu tipurile de corpuri de iluminat, solicitate prin caietul de sarcini până la data de 19.04.2022, ora 15:00, așa cum reiese din procesele verbale de predare-primire și consemnate în procesele verbale de evaluare, conform cerinței impuse tot prin caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă consideră că nu a condiționat modalitatea de transmiterea a mostrelor funcționale, deoarece ofertanții aveau posibilitatea de a transmite conform prevederilor art. 52 lit. a) din Hotărârea nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, folosind serviciile poștale, posibilitate de care a beneficiat și ofertantul contestator.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că nu a condiționat nici prezența unui reprezentant al ofertantului pentru predarea mostrelor și semnarea procesului verbal de predare-primire a acestora.

Înaintarea coletului cu mostrele se putea realiza facil, prin intermediul reprezentantului serviciului de curierat, iar în interiorul acestuia se putea găsi procesul verbal de predare-primire, cu condiția ca acestea să fie înaintate până la data de 19.04.2022, ora 15:00. Mostrele contestatorului au ajuns la data de 20.04.2022.

Prin solicitarea/prezentarea de eșantioane, apreciază autoritatea contractantă, *o astfel de cerință poate fi îndeplinită de către ofertanți în contextul noilor prevederi în materie de achiziții publice, în măsura în care respectiva cerință, astfel cum a fost justificată/formulată în documentele achiziției, prezentarea de mostre funcționale, reflectă în mod concret și obiectiv necesitatea și relevanța îndeplinirii contractului, respectiv dacă acestea corespund cu cerințele din fișele tehnice prevăzute în caietul de sarcini, în ceea ce privește elementele fizice constructive ale corpurilor de iluminat.*

Precizează autoritatea contractantă că a uzat de posibilitatea formulării unei asemenea cerințe pentru ca să se asigure corelarea cu natura și complexitatea obiectului contractului ce urmează a fi atribuit,

care trebuie să reflecte că ofertantul are capacitatea tehnică de a îndeplini contractul.

Mai subliniază autoritatea contractantă că oferta contestatorului a fost respinsă pentru că nu a respectat termenul impus prin documentația de atribuire (19.04.2022, ora 15:00), mostrele contestatorului ajungând la data de 20.04.2022. Autoritatea contractantă a solicitat depunerea lor la sediul său, deoarece comisia de evaluare funcționează la același sediu.

În opinia autorității contractante, nu este atributul ofertantului contestator să stabilească locul și data predării mostrelor funcționale și că ofertanții nu au dreptul legal să se implice în deciziile comisiei de evaluare.

Contestatorul SRL critică autoritatea contractantă și pentru încălcarea principiilor după care se desfășoară procedurile de achiziție publică. În acest sens, autoritatea contractantă precizează că, în raportul procedurii, dar și în procesul-verbal de evaluare tehnică se află concluziile și hotărârea comisiei de evaluare pentru respingerea ofertei, după cum urmează: Comisia de evaluare a hotărât în unanimitate declararea ofertei depuse de către SC SRL - ofertă neconformă și respingerea acesteia din următoarele motive: Comisia de evaluare are obligația să respecte principiile în baza cărora se derulează procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publice și anume: nediscriminarea, tratamentul egal și transparența.

Ofertă a fost declarată neconformă, încadrându-se în prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și ale art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și a fost respinsă în baza art. 137 alin. (1) și alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea redă în cuprinsul punctului de vedere și un extras din Fișa tehnică corpuri de iluminat - formularul F5, paginile 36-41 din caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă mai precizează că niciun ofertant, inclusiv ofertantul contestator, nu a contestat cerințele tehnice minime obligatorii pentru aparatele de iluminat.

Prin adresa nr. 731/21.07.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 36242/21.07.2022, contestatorul a transmis (prin e-mail) concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, prin care reiterează criticile dezvoltate pe larg în cuprinsul contestației.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. 16126/UIP/26.07.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 36937/26.07.2022, a transmis (prin e-mail) punct de vedere cu privire la concluziile scrise, formulate de SRL, prin care solicită respingerea solicitărilor contestatorului, ca neîntemeiate, și să se mențină decizia sa, pentru a se putea semna contractul de lucrări cu ofertantul declarat câștigător. Autoritatea contractantă reiterează apărările dezvoltate, pe larg, în cuprinsul punctului de vedere nr. 15369/UIP/18.07.2022, înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35616/18.07.2022

Prin cererea de intervenție, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu 36776/26.07.2022, ... SRL solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulate de SRL, ca nefondată, precum și obligarea SRL la plata cheltuielilor de judecată.

În ceea ce privește interesul ca rezultatul procedurii să fie menținut, intervenientul apreciază că acesta izvorăște din calitatea sa de ofertant declarat câștigător, a cărei ofertă a fost clasată pe primul loc.

În susținerea legalității actelor emise de către autoritatea contractantă, o căror anulare o solicită contestatorul, intervenientul învederează că forma în care a fost instituită cerința se regăsește în documentația de atribuire, respectiv prin Răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 8431/13.04.2022, obligația de a depune mostrele aferente tipurilor de corpuri de iluminat, respectiv: *"Solicitare de clarificări nr. 8: în fișa tehnică Formular F5 pentru aparatul de iluminat este specificat că se va prezenta mostră funcțională. Vă rugăm să precizați data la care se va prezenta mostra."*

Răspuns: Mostra funcțională se va depune până cel târziu la data depunerii ofertelor de către ofertanți la sediul autorității contractante, Oraș, str. Fântânilor, nr. 7, județul și va consta în mostre cu tipurile de corpuri de iluminat solicitate prin caietul de sarcini."

Cerința privind prezentarea mostrelor la sediul autorității contractante a fost prevăzută, în aceeași formă, și la Răspunsul aferent întrebării nr. 10 lit. d) din Răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 8431/13.04.2022.

Aceeași cerință, referitoare la obligația operatorilor economici de a prezenta mostre, a fost prevăzută și în caietul de sarcini întocmit de SRL CĂLĂRAȘI, astfel cum reiese din mențiunile de la pagina 64 din acesta, conform cărora: *Mostrele funcționale pentru toate tipurile de aparate de iluminat cuprinse în ofertă se vor prezenta la sediul autorității contractante. Prezentarea mostrelor funcționale se va face până cei mai târziu data și ora depunerii ofertei în P.*

Confirmarea se va face printr-un proces verbal semnat între ofertant și un reprezentant al autorității contractante. Neprezentarea mostrelor funcționale pentru toate tipurile de aparate de iluminat potrivit proiectelor luminotehnice și în configurațiile solicitate prin caietul de sarcini va duce la descalificarea ofertantului."

Totodată, în Formularul F5 - Fișa tehnică pentru aparatele de iluminat stradal, în secțiunea nr. 4. Alte condiții cu caracter tehnic, s-a stipulat că "se va prezenta mostră funcțională."

În aceste condiții, apreciază intervenientul, cerința prin care s-a impus prezentarea mostrelor la sediul autorității contractante, nefiind contestată în termenul legal, a dobândit caracter obligatoriu, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

Așadar, faptul că mostrele au fost transmise prin intermediul serviciilor poștale la data de 19.04.2022, ora 11, în opinia intervenientului, nu prezintă relevanță, întrucât, acestea au ajuns la sediul autorității contractante ulterior datei limită de depunere a ofertelor, respectiv în data de 20.04.2022.

În acest context, se constată că ofertantul SRL nu a depus diligențele necesare în vederea respectării cerinței obligatorii din documentația de atribuire, respectiv nu a depus mostrele solicitate, la sediul autorității contractante, până cel târziu la data limită de depunere a ofertelor (19.04.2022, ora 15:00).

Neluarea în considerare a timpului necesar transportului mostrelor prin serviciile poștale, la sediul autorității, nu poate fi imputabilă autorității contractante, ci strict culpei ofertantului, care nu a depus diligențele necesare în vederea respectării termenului impus prin documentația de atribuire.

Concluzia contestatoarei, conform căreia data depunerii ofertei este 19.04.2022, iar data depunerii mostrelor către prestatorul de servicii poștale se încadrează în termenul stabilit, acestea fiind predate la data de 19.04.2022, ora 11, nu poate fi considerată că este de natură a justifica nerespectarea cerinței exprese a documentației de atribuire.

Potrivit cerinței prin care s-a instituit obligativitatea prezentării mostrelor, termenul acordat ofertanților pentru îndeplinirea cerinței este până cel târziu data limită de depunere a ofertelor, în cazul de față 19.07.2022, ora 15:00, nefiind instituită vreo derogare, în sensul înțeles de contestator, respectiv că s-ar permite transmiterea mostrelor până la acel termen prin intermediul serviciilor de curierat/poștale, chiar dacă acest lucru ar implica depășirea datei limită de depunere a ofertelor.

Cât privește susținerea contestatorului, conform căreia, autoritatea contractantă ar fi dat o interpretare restrictivă a propriei cerințe din caietul de sarcini, în sensul că a depune, are doar semnificația depunerii fizice a mostrei la sediul autorității, intervenientul învederează că, la acest moment, contestarea cerinței documentației de atribuire este tardivă.

Modul de formulare a cerinței în discuție, atestă faptul că, autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația ca, la elaborarea documentației de atribuire, să aducă, în mod transparent la cunoștința operatorilor economici interesați toate informații necesare elaborării ofertelor, respectând prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Din cuprinsul cerinței, reiese în mod clar că depunerea la sediul autorității implică depunerea fizică a mostrelor, până la data limită de depunere ofertelor.

Totodată, se impune a se preciza că, împotriva acestei cerințe, nu a fost formulată contestație, astfel că, aceasta se impunea a fi respectată în modalitatea în care a fost stipulată în documentația de atribuire.

În ceea ce privește susținerile contestatorului cu caracter general, privitoare la mijloacele de comunicare, intervenientul solicită Consiliului să constate că, prin raportare la conținutul obligatoriu al documentației de atribuire ce face obiectul procedurii în discuție, acestea nu sunt aplicabile, autoritatea contractantă indicând, în mod expres, în cuprinsul documentației, informațiile necesare referitoare la modalitatea de comunicare a documentelor și termenele limită de depunere a acestora în cadrul procedurii.

Referitor la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, intervenientul invocă Decizia CNSC nr. 975/C10/820 din data de 10.05.2022.

Mai precizează intervenientul că trebuie avut în vedere inclusiv faptul că, potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Și art. 137 alin. (2) lit. b) din normele metodologice stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Prin raportare la lipsa prezentării mostrelor, la sediul autorității contractante, până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv până la data de 19.04.2022, ora 15:00, cerința privind modul de prezentare a mostrelor nu trebuie să depindă de modul în care este înțeleasă la un moment dat de către un operator economic, fiind imperativ ca autoritatea contractantă să evalueze ofertele, respectiv modalitate în care este îndeplinită cerința privind depunerea mostrelor, prin raportare la cerința expresă a documentației, care, din modalitate de formulare, asigură operatorilor economici o interpretare unitară, și anume că, depunerea mostrelor va avea loc la sediul autorității contractante, până cel târziu la data limită de depunere a ofertelor, indiferent de modalitatea în care ofertanții aleg să transmită respectivele mostre, respectiv indiferent dacă aceștia depun personal mostrele la sediul autorității, sau dacă aleg să le transmită prin servicii poștale/curierat.

Astfel cum reiese din motivele prezentate de contestator, aceasta se prevalează de o interpretarea proprie a cerinței în discuție, apreciind, în mod eronat și nejustificat, prin raportare la modalitatea clară în care a fost prevăzută cerința în cuprinsul documentației, că "cerința a fost formulată concis, adică mostrele trebuiau să fie depuse la sediul

autorității contractante, nu transmise până la termenul de depunere a ofertelor.

Or, cât timp autoritatea contractantă a prevăzut, în mod clar, că mostrele se impun a fi prezentate la sediul ei, până cel târziu la data limită de depunere a ofertelor, interpretarea proprie a acestei cerințe, pe care o prezintă contestatorul, apreciază intervenientul, nu poate fi reținută ca fiind în conformitate cu raționamentul autorității contractante ce a stat la baza formulării cerinței în discuție.

În opinia intervenientului, din interpretarea subiectivă a contestatorului, se deduce că, în fapt, aceasta încearcă să justifice și să acopere deficiența ofertei sale, deficiență cauzată de lipsa de diligență de care a dat dovadă în momentul studierii, întocmirii și depunerii ofertei.

În mod corect, autoritatea contractantă, în analiza și evaluarea ofertelor, s-a rezumat la prevederile și precizările obligatorii din documentația de atribuire, astfel cum au fost acestea publicate în SEAP, respectiv a analizat îndeplinirea cerinței privind prezentarea mostrelor, prin prisma termenului impus de aceasta în documentația de atribuire.

Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Față de acest aspect, concluzionează intervenientul, având în vedere că cerința privind modalitatea de prezentarea a mostrelor a fost formulată în mod clar, fără a lăsa loc interpretărilor, precum și faptul că toți ofertanții trebuie tratați în mod egal și loial, fără a fi favorizat în mod nejustificat un candidat, comisia de evaluare, în mod corect, a reținut că oferta prezentată de SRL nu satisface cerințele caietului de sarcini, întrucât oferta acestuia nu cuprinde toate elementele solicitate prin documentația de atribuire, respectiv nu au fost depuse mostrele funcționale în termenul stipulat în documentația de atribuire ce și-a consolidat forța obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare.

Referitor la tardivitatea contestării documentației de atribuire, intervenientul precizează că data luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire este 29.03.2022, respectiv 13.04.2022, pentru *Răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări* și că, în mod evident, orice critică privind cerințele documentației de atribuire, la acest moment, este tardivă.

Contestatorul, prin adresa nr. 750/27.07.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 37354/28.07.2022, a transmis (prin e-mail) punct de vedere la cererea de intervenție formulată de către SRL, prin care solicită respingerea ei, ca tardivă și nefondată.

Față de dispozițiile art. 5 alin. (2) coroborate cu prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, contestatorul apreciază că cererea de

intervenție voluntară accesorie este tardiv formulată, fiind depășit termenul de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. Sancțiunea aplicabilă este decăderea, cererea de intervenție neproducând efecte juridice în fața Consiliului.

Contestatorul învederează că, potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cererea de intervenție voluntară în litigiu este în principiu admisibilă. Însă, intervenienta este nesigură cu privire la cererea sa, argumentând pe *larg interesul său pentru ca rezultatul procedurii să fie menținut, sugerând că ar fi o cerere de intervenție principală pentru ca ulterior să concluzioneze că cererea sa de intervenție este formulată în interesul autorității contractante, ceea ce i-ar conferi calitatea de intervenient voluntar accesoriu.*

Pe fondul cauzei, contestatorul reiterează criticile dezvoltate, pe larg în cuprinsul contestației. Cu privire la critica intervenientului privind tardivitatea contestării documentației de atribuire, contestatorul precizează că nu a contestat cerința documentației de atribuire în condițiile prevăzute de art. 8 din Legea 101/2016, așa cum susține intervenientul. Contestația SRL privește felul în care autoritatea contractantă interpretează restrictiv propria cerință din caietul de sarcini, în sensul că a depune are doar semnificația depunerii fizice a mostrei la sediul autorității contractante, deși reglementarea legală prevede modalitatea de comunicare a ofertelor și implicit a mostrelor și prin intermediul serviciilor poștale.

Ca urmare, apreciază contestatorul, sub acest aspect, cererea de intervenție voluntară accesorie este nefondată.

Prin adresa nr. 1400/03.08.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 38480/03.08.2022, ... SRL a transmis (prin e-mail) concluzii scrise, prin care răspunde excepției tardivității formulării cererii de intervenție, invocată de către contestator prin adresa nr. 750/27.07.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 37354/28.07.2022. Intervenientul solicită respingerea excepției tardivității arătând următoarele:

- data publicării în SEAP a contestației este 14.07.2022;
- data de 14.07.2022 nu se ia în calcul la calculul termenului;
- a 10 zi de la publicarea contestației în SEAP este 24.07.2022;
- 24.07.2022 a fost zi nelucrătoare (duminică), motiv pentru care

termenul urmează a se încheia la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare, conform art. 5 din Legea nr. 101/2016, respectiv la data de

Pe fondul cauzei, reiterează motivele privind neîndeplinirea obligației contestatorului de a depune, în termenul indicat, mostrele solicitate, dezvoltate pe larg în cuprinsul cererii de intervenție.

Prin adresa nr. 1406/03.08.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 38535/03.08.2022, ... SRL a transmis (prin e-mail) concluzii scrise cu privire la plata cheltuielilor de judecată, în valoare de 4.284 RON, atașând dovada în acest sens.

Prin adresa nr. 768/04.08.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 38607/04.08.2022, ... SRL a transmis (prin e-mail) concluzii scrise cu privire la concluziile depuse de intervenientul SRL, prin care precizează, suplimentar față de punctul de vedere transmis cu privire la cererea de intervenție formulată de acesta din urmă, următoarele:

1. SRL opinează că decizia CNSC trebuie să fie în sensul respingerii contestației formulată de societatea SRL, deși în cuprinsul concluziilor scrise precizează: "...autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea ofertanților modalitatea în care aceștia înțeleg să ducă la îndeplinire cerința în discuție, nerestricționând în niciun fel posibilitatea de a depune respectivele mostre inclusiv prin intermediul serviciilor poștale/curierat rapid."

Prin urmare, însăși intervenientul recunoaște că modalitatea aleasă, privind transmiterea mostrelor prin intermediul serviciilor poștale, este o modalitate legală, care ar fi trebuit acceptată de autoritatea contractantă.

Această poziție a intervenientului vine în contradicție cu cea adoptată de autoritatea contractantă, care precizează în punctul de vedere la contestația formulată, că singura modalitate agreată este "*depunerea la sediul autorității contractante a mostrelor funcționale*".

2. Interpretarea intervenientului, potrivit căreia mostrele funcționale trebuiau să ajungă la autoritatea contractantă înainte de data limită de depunere a ofertei, nu poate fi reținută de Consiliu și nu are un fundament juridic.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 29.03.2022, o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii unui contract de lucrări având ca obiect Achiziționarea și instalarea corpurilor de iluminat și sistemului de telegestiune pentru proiectul: SISTEM DE ILUMINAT EFICIENT ÎN, SMIS 121793, prin publicarea anunțului nr. SCN1103858.

Nemulțumit de decizia autorității contractante de a declara oferta neconformă, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Consiliul reține și că societatea SRL a formulat o cerere de intervenție voluntară, solicitând admiterea ei, respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată, precum și obligarea SRL la plata cheltuielilor de judecată.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei în principiu, autoarea având interesul de rămâne pe locul I, iar oferta sa să rămână declarată câștigătoare.

Intervenția a fost formulată în termenul de 10 zile stabilit de legiuitor (....., respectiv în cea de a 10 zi de la data de 14.07.2022, când a fost publicată contestația în SEAP). Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția invocată de contestator, privitor la tardivitatea cererii de intervenție.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208228345/1, în valoare de 88.000 lei, emisă de CEC Bank – SUCURSALA VICTORIA, în data de 15.07.2022.

Contestatorul reclamă decizia achizitorului de a-i respinge oferta, pentru că nu a depus mostrele până la data de 19.04.2022 ora 15. Critica sa este reiterată în concluziile scrise, precizând că este nemulțumit de *felul în care autoritatea contractantă interpretează restrictiv propria cerință din caietul de sarcini, în sensul că „a depune” are doar semnificația depunerii fizice a mostrei la sediul autorității contractante.*

Consiliul ia act de faptul că în documentația de atribuire s-au stabilit, cu precizie, condițiile de timp și loc, pentru depunerea mostrelor, astfel:

- în caietul de sarcini/secțiunea 6.4.1: *Toți ofertanții vor depune mostre funcționale ale aparatelor de iluminat propuse ce vor fi utilizate în lucrare, echipate cu componentele de telegestiune, care să respecte toate caracteristicile prevăzute în Caietul de sarcini, pentru fiecare putere rezultată din calculul lumino-tehnic, pentru a se putea verifica concordanța cu datele din oferta tehnică a fiecărui ofertant, precum și cu cerințele autorității contractante. Moștra, se va depune la sediul Autorității contractante, dar nu mai târziu de data și ora limită de depunere a ofertei în P. Orice neconcordanță constatată de comisia de evaluare a ofertelor, între moștra funcțională depusă de ofertant și cerințele Caietului de sarcini și/sau descrierile din Oferta tehnică a ofertantului, duce la declararea ofertei ca fiind neconformă. Ofertele care nu respectă cerințele minime solicitate mai sus vor fi declarate neconforme.*
- în Răspunsul consolidat la solicitarea de clarificări nr. 8431/13.04.2022:
 - o Solicitare de clarificări nr. 8: *În fișa tehnică Formular F5 pentru aparatul de iluminat este specificat că se va prezenta moștră funcțională. Vă rugăm să precizați data la care se va prezenta moștra.*

Răspuns: Moștra funcțională se va depune până cel târziu la data depunerii ofertelor de către ofertanți la sediul autorității

contractante, Oraș, str. Fântânilor, nr. 7, județul și va consta în mostre cu tipurile de corpuri de iluminat solicitate prin caietul de sarcini.

- *Solicitare de clarificări nr. 10 Vă rugăm să precizați de către cine, când și unde se va depune mostra funcțională și în ce constă aceasta?*

Răspuns: Mostra funcțională se va depune până cel târziu la data depunerii ofertelor de către ofertanți la sediul autorității contractante, Oraș, str. Fântânilor, nr. 7, județul și va consta în mostre cu tipurile de corpuri de iluminat solicitate prin caietul de sarcini.

În anunțul de participare s-a stabilit, la V.2.2) *Termen limita pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, Data depunerii ofertelor Data si ora locala: 19.04.2022 15:00.*

Contestatorul, în întreaga sa motivare, este de acord cu acest termen, respectiv cu faptul că oferta, dar și mostrele, trebuiau depuse până la ora 19.04.2022 15:00.

Însă, contestatorul aduce o interpretare proprie sintagmei "depunere a a mostrelor", apreciind că se referă la acțiunea de a preda mostrele unui curier, până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Dispozițiile art. 183 din Codul de procedură civilă, invocate repetat în contestație și în concluzii, de către SRL, nu pot fi aplicate în situația depunerii ofertei (mostrele fiind parte intrinsecă a ei), întrucât aceste prevederi privesc actele de procedură din cuprinsul unui proces în fața instanței de judecată, respectiv a organismului administrativ-jurisdicțional.

Or, transmiterea ofertei/mostrelor este o acțiune în cadrul procedurii de atribuire, nu în cadrul unui proces de soluționare a contestației de către CNSC/instanța de judecată.

Referirea la Deciziei nr. 45/2020, emisă de ÎCCJ, nu poate fi primită de Consiliu, în susținerea prezentei cauze, întrucât speța respectivă privește interpretarea unei dispoziții care se regăsește, sub aceeași formă, atât în norma generală cât și în legea specială, respectiv transmiterea actelor de procedură (deci, aferente unui proces civil). Decizia ÎCCJ nu se referă la elemente/părți ale ofertei.

Chiar contestatorul, în motivarea criticii, deși invocă art. 183 din Codul de procedură civilă (deci, privitor la un proces civil), tot el face

trimitere și la art. 64 din Legea nr. 98/2016, cu normele de aplicare de la art. 52 și art. 59 alin. (2) din HG nr. 395/2016, care privesc reguli aplicabile comunicărilor din cadrul procedurii de atribuire.

Dispozițiile art. 64 alin. (1) din Legea 98/2016, arătate de contestator, nu sunt aplicabile mostrelor, ci comunicărilor scrise: *Orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute de prezenta lege, sunt transmise în scris, prin mijloace electronice de comunicare sau, ca excepție, prin alte mijloace decât cele electronice.*

Mai mult decât atât, Legea nr. 98/2016, cu normele ei de aplicare, cuprind reguli explicite referitoare la depunerea/transmiterea ofertelor, precum și sancțiuni în cazul nerespectării lor:

- art. 104 alin. (3), coroborat cu art. 61 din HG nr. 395/2016: *În cazul prevăzut la art. 58 alin. (2), operatorii economici vor depune oferta și documentele însoțitoare ale acesteia la adresa prevăzută în anunțul de participare până la data și ora-limită de depunere a ofertelor*;
- art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016: *Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.*

Legea nr. 98/2016 și normele aferente fac referire atât la obligația ofertantului de a depune oferta la adresa și locul indicat în anunțul de participare, dar și la sancțiunea ce i se va aplica operatorului economic dacă oferta lui este primită cu întârziere.

Întrucât legiuitorul a stabilit dispoziții speciale (de strictă interpretare) în materia achizițiilor publice, referitoare la locul și momentul depunerii ofertelor, norma generală, respectiv Codul de procedură civilă, nu poate înlătura aplicarea Legii nr. 98/2016.

Faptul că ofertantul contestator a depus mostrele la curier, până la ora 15, nu poate fi considerată, sub nicio formă, o depunere a lor la sediul autorității contractante. Cât privește primirea mostrelor de către achizitor, aceasta s-a realizat cu întârziere, în 20.04.2022, în loc de 19.04.2022.

Astfel, cele două condiții nefiind îndeplinite cumulativ (cum a indicat legiuitorul, dar și cum a preluat autoritatea contractantă în documentația de atribuire), în mod corect a fost respinsă oferta contestatorului.

Mai mult decât atât, prin art. 125 din HG nr.395/2016 s-a statuat că *Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.* Așadar, transmiterea cu întârziere a mostrelor este vina exclusiv a ofertantului contestator, cu atât mai mult cu cât chiar el a întrebat autoritatea *când și unde se va depune mostra.*

Precizarea, în documentația de atribuire, a condițiilor de transmitere și depunere a mostrelor reprezintă o transpunere a prevederilor din HG nr. 395/2016, de la:

- art. 52 alin. (1) lit. d)- *Situațiile și condițiile în care este permisă folosirea altor mijloace de comunicare decât cele electronice sunt: (...) d) atunci când prin documentele achiziției se solicită prezentarea unor mostre, machete sau modele la scară redusă care nu pot fi transmise prin mijloace electronice, coroborate cu cele ale*
- art. 64 alin. (7): *Oferta depusă după data și ora-limită de depunere a ofertelor sau la o altă adresă decât cea precizată în anunțul de participare se returnează fără a fi deschisă operatorului economic care a depus-o.*

Dacă legiuitorul ar fi permis ca data depunerii ofertei, respectiv a mostrelor, să fie data prezentării la prestatorul de servicii poștale, o astfel de prevedere ar fi trebuit să se regăsească în legea achizițiilor. Însă, normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, prin art. 64 alin. (7), sancționează nedepunerea ofertei la autoritatea contractantă, la data stabilită în anunțul de participare.

Nedepunerea mostrelor (a niciunui corp de iluminat) echivalează cu neprezentarea unei părți substanțiale din propunerea tehnică, pentru care achizitorul a arătat explicit și repetat condițiile de depunere/transmitere.

Consiliul nu poate considera pertinentă nici motivarea contestatorului că nu ar fi nevoie de mostre până la termenul de depunere a ofertelor (*La data evaluării propunerilor tehnice, respectiv 31.05.2022, data primului proces verbal de evaluare tehnică, mostrele se aflau în posesia autorității contractante.*). Justificarea contestatorului conduce spre ideea că nici pentru propunerea tehnică/financiară nu ar trebui respectat termenul limită de depunere, că ele ar fi necesare ulterior acestei date, când se va ajunge la momentul evaluării lor. Deci, contestatorul consideră că se poate accepta și o depunere a lor și după data stabilită în documentația de atribuire.

Or, interpretarea dată de contestator conduce spre acordarea, în prezenta cauză, a unui termen suplimentar de pregătire a ofertei.

De asemenea, Consiliul observă că motivarea în fapt a contestației este construită, în mare parte, pe criticarea cerinței din caietul de sarcini, atât sub aspectul dreptului achizitorului de a solicita mostre, cât și a impunerii unui moment de depunere a lor la sediul unității administrative.

Însă, după deschiderea ofertei, nu au relevanță motivele pentru care achizitorul a stabilit anumite cerințe ori reguli de evaluare a ofertei, din moment ce acestea nu au fost criticate de ofertant până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Dacă ofertantul contestator ar fi considerat că perioada de pregătire a ofertei este insuficientă și pentru depunerea mostrelor, ar fi trebuit să solicite un nou termen ori să conteste cerința.

Din ansamblul motivărilor formulate de către contestator (prin contestație și concluzii), se deduce că acesta încearcă o negociere cu achizitorul a unor prevederi din documentația de atribuire, negociere nepermisă de regulile de derulare a procedurii simplificate, în sensul solicitării acceptării unei derogări de la termenul de depunere a mostrelor, chiar de evaluare a ofertelor fără a apela la mostre.

O eventuală acceptare a reinterpretării regulilor (de altfel, explicate în documentația de atribuire) ar constitui o încălcare a principiului transparenței, instituit de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, deoarece s-ar produce o modificare a regulilor de prezentare a ofertelor, după termenul limită de depunere a lor, dar și o încălcare a principiului tratamentului egal, prin avantajarea incorectă a ofertantului contestator, prin acordarea unui timp suplimentar de pregătire a ofertei, având în vedere timpul necesar pregătirii mostrelor și al transmiterii lor, astfel încât să ajungă până la ora 15, în data de 19.04.2022.

Relevantă în acest caz, este hotărârea CJUE, din cauza C-131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S A:

27 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C- 599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

28 Astfel, a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această 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 (Hotărârea din 29 martie

2012, SAG ELV Slovensko și alții, C- 599/10, EU:C:2012:191, punctul 37).

Pentru toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SRL în contradictoriu cu SRL.

Cât privește cererea intervenientului SRL (parte implicată în proces) de obligare a SRL la plata cheltuielilor de judecată Consiliul o va admite.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 [*Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.*], precum și pe cele din Codul de procedură, alin (1) al art. 453 [*Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată*],

revine contestatorului obligația să plătească intervenientului suma de 4.284 lei.

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

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL.

Respinge, ca nefondată, excepția invocată de contestator, privitor la tardivitatea cererii de intervenție.

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

Admite cererea de intervenție formulată de SRL. Obligă contestatorul SRL să plătească intervenientului SRL suma de 4.284 lei, reprezentând cheltuieli de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

Opinie separată

Spre deosebire de soluția adoptată cu majoritatea de voturi impusă de prevederile art. 27 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, consider că excluderea ofertei contestatoarei se bazează pe aprecierea eronată, a autorității contractante, privind aplicabilitatea dispozițiilor legale, invocate, situației de fapt descrise de părți.

Autoritatea contractantă a respins oferta, ca neconformă, în condițiile prevăzute la art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, precum și la art. 137 alin. (3) litera a) din Normele de aplicare a legii, aprobate prin HG nr. 395/2016. Textele celor două reglementări privesc situația ofertelor întârziate, dar și a celor care nu ar respecta, corespunzător, cerințele caietului de sarcini, care ar determina respingerea lor, ca

neconforme [alin. (5) al 215 din lege: *Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută*. Litera a) din alin. 3 al art. 137 din Norme: *...nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*].

Însă, din situația faptică, rezultă că oferta a respectat condițiile formale de înaintare în termen, în sensul că a fost transmisă în SEAP până la data limită stabilită de autoritatea contractantă. Numai primirea mostrelor a întârziat față de data limită de ofertare. Astfel, consider că autoritatea contractantă trebuia să discearnă între diferitele situații de fapt la care se aplică dispozițiile comune ale reglementărilor din domeniu, știindu-se că majoritatea procedurilor de atribuire se derulează online (vezi art. 64 și următoarele din Legea nr. 98/2016), fără a fi exclusă, totuși, comunicarea informațiilor și prin alte mijloace. Mai mult, se cunoaște faptul că, prin art. 52 alin. (1) litera a) din Normele de aplicare a Legii, se precizează expres că, în situația solicitării unor mostre, mijloacele de comunicare a acestora sunt altele decât facilitățile asigurate de platforma SEAP: *Situațiile și condițiile în care este permisă folosirea altor mijloace de comunicare decât cele electronice sunt: d) atunci când prin documentele achiziției se solicită prezentarea unor mostre, machete sau modele la scară redusă care nu pot fi transmise prin mijloace electronice*. În completarea regulii, HG nr. 35/2016, indică, la alineatul următor al evocatului art. 52, serviciile poștale ca mijloace de comunicare: (2) *În ceea ce privește comunicările pentru care nu sunt folosite mijloace electronice de comunicare în conformitate cu alin. (1), comunicarea se poate realiza prin: a) intermediul serviciilor poștale*.

În consecință, apelarea contestatoarei la un serviciu poștal/de curierat, pentru comunicarea mostrelor, respectă regulile de transmitere amintite, mostrele neputând fi comunicate electronic, odată cu oferta.

Cu privire la momentul comunicării mostrelor, adică cel la care au fost înaintate serviciului de curierat, consider că, deși invocarea dispozițiilor art. 183 din Codul de procedură civilă nu poate reprezenta o întemeiere în drept infailibilă, nu este însă contrară regulilor de comunicare din legislația specifică achizițiilor, precum cele sus evocate, dar nici regulilor din dreptul comun, care privesc modalitatea de calcul a termenului de efectuare a comunicării unui act civil. În secțiunea *Prezumția efectuării în termen a actelor* din Codul Civil, la art. 2.556, se precizează că: *Actele de orice fel se socotesc făcute în termen, dacă*

înscrierile care le constată au fost predate oficiului poștal sau telegrafic cel mai târziu în ultima zi a termenului, până la ora când încetează în mod obișnuit activitatea la acel oficiu.

În consecință, în raport de momentul la care contestatoarea a transmis mostrele către serviciul de curierat, care a fost înainte de data limită de ofertare (19.04.2022, ora 15.00), autoritatea contractantă trebuia să considere îndeplinită cerința formală de înaintare/prezentare a lor, chiar dacă acestea i-au fost livrate a doua zi. Evaluarea mostrelor în cauză nu ar fi putut conduce la aprecierea că ele ar fi adus o modificare a ofertei sau o avantajare a autorului ei în mod nepermis, după data limită de ofertare, întrucât au ieșit de sub influența lui înainte de termenul limită, nemaivând posesia lor efectivă, pentru a putea interveni o asemenea modificare. Mai mult, între data limită de ofertare și momentul stabilirii neconformității ofertei, autoritatea contractantă nu a făcut o analiză efectivă a mostrelor primite în procedură. Astfel că, nu se putea considera că ar fi fost încălcate reguli de ofertare explicite sau principiile din domeniu, prin acceptarea mostrelor primite a doua zi după oferte.

Dimpotrivă, respingerea ofertei contestatoarei reprezintă o măsură disproporționată față de interesul achizitorului de a primi oferte competitive și de a face o analiză a acestora în raport cu avantajele tehnice și economice conținute, regulile de ofertare asigurând o competiție bazată pe propuneri ale unor sisteme integrate de iluminat, nu doar pe caracteristicile individuale ale corpurilor de iluminat (mostre).

Nu în ultimul rând, față de apărările că regulile documentației de atribuire trebuiau interpretate, privitor la depunerea mostrelor, în termenii stricți ai respectării nevoii de prezentare fizică a mostrelor la data limită de ofertare (adică, prin excluderea livrării poștale de tipul sus amintit), consider că ele se bazează pe clauze nescrise.

Prezentarea mostrelor reprezintă, conform prevederilor art. 179 litera l) din Legea nr. 98/2016, o cerință/criteriu de calificare aferent/ă capacității tehnice a ofertanților, iar nu o specificație/cerință tehnică minimă, de tipul celor reglementate la art. 155 și următoarele din lege: *Art. 179 - Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: [...]*

l) eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității contractante.

Or, Normele de aplicare a legii, aprobate prin HG nr. 395/2016, clasifică astfel de criterii, indicate numai în caietul de sarcini, drept clauze nescrise, prin prevederile art. 30: *(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire. [...]*

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.

Regimul juridic al unor astfel de clauze nescrise se regăsește în dispozițiile art. 1255 din Codul civil: *Nulitatea parțială. Art. 1.255. - (1) Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat. (2) În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile. (3) Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate de lege nescrise.*

Practic, efectul utilizării lor este lovit de nulitate, înțelegându-se astfel că respingerea ofertei contestatoarei este nelegală, pe baza acelor clauze nescrise (întrucât lipsesc din anunțul de participare al procedurii curente).

Pentru cele ce preced, consider că este întemeiată contestația, iar subsecvent anulării deciziei de respingere a ofertei, autoritatea contractantă trebuie obligată la continuarea procesului de analiză, întrucât primirea mostrelor a respectat condițiile formale de prezentare a lor în termen. În mod implicit, cererea de intervenție trebuie respinsă, ca nefondată.

Membru complet 3,

Redactată în 5 exemplare originale, conține 21 pagini.