



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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.

Data:

Prin contestația fn datată , înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. , formulată de SC SRL, cu sediul în jud., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. , având cod unic de înregistrare 16869469, reprezentată legal prin administrator Alexandru Cârlig și convențional prin avocat , cu sediul procesual ales în privind procedura de atribuire, organizată prin procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Realizare Proiect tehnic și detalii execuție, asistență tehnică din partea proiectantului pentru proiectul «MODERNIZAREA ȘI GESTIONAREA INTELIGENTA A SISTEMULUI DE ILUMINAT PUBLIC ÎN, JUDEȚUL”, cod SMIS 125760, implementat în cadrul POR 2014-2020, Axa Prioritară 3 - Sprijinirea tranziției către o economie cu emisii scăzute de carbon, Prioritatea de investiții 3.1 - Sprijinirea eficienței energetice, a gestionării inteligente a energiei și a utilizării energiei din surse regenerabile în infrastructurile publice,

inclusiv în clădirile publice, și în sectorul locuințelor, Operațiunea C - Iluminat public»", cod CPV71322000-1, de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str. Ana Ipătescu, nr. 155, s-a solicitat:

-anularea adresei nr. privind comunicarea respingerii ofertei sale), a raportului procedurii nr. prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către autoritatea contractantă în cadrul Procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei ;

(b) obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii acceptabilității și admisibilității ofertei ,,,;

(c) obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului judiciar, potrivit dovezilor justificative ce vor fi depuse la dosarul cauzei.

Prin contestația nr. , înregistrată la CNSC cu nr. formulată de SC SRL, cu sediul social înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. și având Cod unic de înregistrare reprezentată legal prin Administrator și convențional prin Societatea Civilă Profesională de Avocați ", cu sediul procesual ales în împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. , emis de către, în calitate de autoritate contractantă, , în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași procedurii, s-a solicitat:

1. Anularea deciziei de respingere a ofertei S.R.L, precum și a actelor subsecvente, inclusiv a adresei înregistrată cu nr. privind Comunicarea rezultatului procedurii;

2. Anularea Raportului procedurii, cu nr. , în parte, cu privire la evaluarea ofertei, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a actelor subsecvente;

3. Obligarea Autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de de la etapa evaluării tehnice,

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele două contestații au fost conexe.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care SC „„„„ SRL și SC „„„„„„„„ SRL reclamă rezultatul procedurii, considerându-l nelegal.

I. În ceea ce privește contestația depusă de SC „„„„ „„„„SRL

Contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, autoritatea contractantă i-a solicitat o serie de clarificări, astfel:

(a) prima solicitare a autorității contractante:

Prin Adresa nr. 10.077 din 02.11.2020, autoritatea contractantă a solicitat (i) clarificarea neindicării în cadrul Poliței de asigurare a garanției seria AX nr. 083808/28.10.2020 („Polița de garanție inițială”) a mențiunii privind irevocabilitatea acesteia, precum și (ii) transmiterea exemplarului original al acesteia;

(b) primul răspuns al „„„„.

Prin Adresa nr. 893/05.2020 a fost depusă în original Polița de garanție având mențiunea irevocabilă, iar prin Adresa nr. 894/05.11.2020 a clarificat situația intervenită. Concret:

- „„„„ a confirmat faptul că Poliția de garanție inițială are caracter necondiționat și irevocabil, astfel cum a fost solicitat prin Fișa de date a procedurii. Caracterul irevocabil și necondiționat al Poliței este asigurat prin chiar Instrumentul de garantare eliberat de către societatea de asigurări;

- „„„„ a retransmis Instrumentul de garantare completat cu mențiunea „irevocabil” urmare a imposibilității obiective de a posta în SEAP acest document la momentul depunerii ofertei. Concret, ulterior emiterii Poliței de garanție inițială, societatea de asigurări a corectat Instrumentul de garantare prin emiterea unui nou în conținutul căruia a indicat expres că urmează să onoreze garanția în mod „necondiționat și irevocabil”, eliminând astfel orice posibil dubiu cu privire la această chestiune pur formală. Dat fiind că, în SEAP, fusese deja postat primul instrument emis de către societatea de asigurări, „„„„ nu a mai avut posibilitatea de a completa documentele deja depuse, situație pe care a complinit-o prin clarificare;

(c) cea de a doua solicitare de clarificare.

Prin Adresa nr. 11228 din 11.12.2020, Autoritatea contractantă a solicitat clarificarea existenței unor/unei hotărâri judecătorești

definitive privind anularea/suspendarea Documentelor constatatoare (adresa nr. 11228 din 11.12.2020-Documentul constatator final înregistrat sub nr. 28632/10.04.20199 și Documentul constatator final înregistrat însă sub nr. 28985/11.04.2019 („Documentele constatatoare”) au fost emise de Primăria Sibiu în executarea Contractului nr. 12 din data de 11.02.2019 „Ornamente iluminat festiv de iarnă în Municipiul Sibiu” („Contractul”), și transmiterea unei copii a acestei hotărâri, situație ce a fost necesar a fi clarificată pornind de la informarea pe care însuși ,,,,o asigurase, prin completarea DUAE, cu privire la existența (la data depunerii ofertei) a Documentelor constatatoare;

(d) cel de al doilea răspuns al ,,,,.

Prin Adresa nr. 1026/16.12.2020, ,,,, a clarificat solicitarea Autorității contractante în sensul că (i) a indicat faptul că, prin Decizia nr. 1007 din data de 02.12.2020 („Decizia definitivă”) pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 3148/85/2019*, s-a dispus anularea Documentelor constatatoare, iar, în consecință, acestea nu mai pot fundamenta o analiză a motivelor de excludere; iar (ii) urmare a faptului că, la momentul depunerii răspunsului la clarificare Decizia definitivă nu era încă redactată și comunicată, ,,,, a prezentat un extras de pe portalul instanțelor de judecată care proba dispozitivul hotărârii judecătorești (necomunicată la acel moment), adică exact măsura de anulare a Documentelor constatatoare.

Astfel, contestatorul arată, cu privire la actele atacate, că Autoritatea contractantă a dispus respingerea ofertei ,,,, urmare a: (i) unei pretinse nerespectări a cerințelor privind garanția de participare, respectiv pretinsa omisiune de a se proba caracterul irevocabil al angajamentului; (ii) unei pretinse inexistențe a unei hotărâri judecătorești definitive privind anularea Documentelor constatatoare (în pofida informării exprese și dovedite privind măsura judiciară dispusă).

II. În ceea ce privește temeinicia contestației, contestatoarul consideră nelegală și netemeinică decizia autorității contractante de a respinge oferta ,,,, atâ timp cât:

a) răspunsul transmis era complet și corect, fiind indicat expres caracterul irevocabil al garanției de participare. Practic, autoritatea contractantă respinge oferta ,,,, urmare a unei pretinse neconcludențe a răspunsului la solicitarea de clarificare, deși avea la dispoziția sa

toate documentele necesare pentru a constata caracterul irevocabil al garanției de participare, aspect confirmat chiar și de către emitentul actului (aceasta fiind, de fapt, cerința impusă ofertanților);

b) Documentele constatatoare au fost anulate prin hotărâre judecătorească definitivă. Concret, Autoritatea contractantă reține motivul de respingere rezultat din existența Documentelor constatatoare, cu toate că avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata că acestea au fost anulate de către instanța competentă în mod definitiv și, în consecință, acestea nu mai pot fundamenta o eventuală evaluare a ofertei ,,,, din perspectiva aplicării art. 167,

prin raportare la dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și dispozițiile art. 634 din C. pr. civ., precum și principiul proporționalității și transparenței necesar a fi respectate în materia achizițiilor publice.

A. Contestatorul consideră că, Garanția de participare respectă cerințele impuse, astfel că, a procedat în mod corect la redepunerea documentelor ce confirmă caracterul irevocabil al garanției de participare de îndată ce acestea au fost solicitate de către Autoritate

În primul rând, contestatorul susține că Polița de garanție depusă respectă întru totul cerințele prevăzute de Fișa de date. Concret, se arată că:

(a) Fișa de date (cap. III.1.6 a)) nu impune ca Polița de garanție ar trebui să cuprindă vreo mențiune expresă cu privire la caracterul irevocabil al acesteia. Astfel, la o simplă analiză a cerinței impuse de către Autoritatea contractantă se constată că: (i) valoarea garanției de participare să fie de 2250 lei; (ii) garanția de participare să fie irevocabilă, însă fără a se impune indicarea expresă a acestei caracteristici; (iii) pe dovada constituirii să se prevadă că plata se va executa necondiționat; (iv) valabilitatea de 90 de zile de la data limită de depunere a ofertei.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a impus ofertanților doar obligația de a constitui o Garanție de participare care să fie irevocabilă.

(b) Polița de garanție inițială (seria AX nr. 083808 din data de 28.10.2020), prezentată de către ,,,, la data depunerii ofertei, îndeplinește întru totul condițiile prevăzute în documentația de atribuire, respectiv: (i) valoarea de 2250 lei; (ii) garanția este irevocabilă în aplicarea dispozițiilor art. 2321 alin. (1) din C. civ. ; (iii)

onorarea de către societatea de asigurare, în mod necondiționat, a oricărei solicitări de plată adresată de către Autoritatea contractantă; (iv) valabilitatea Poliței de garantare este de 93 de zile, de la data de 29.10.2020 până la data de 29.01.2021;

Oricum, contestatorul susține că, nici dispozițiile art. 36 din H.G. nr. 395/2016 nu impun ca mențiunea privind irevocabilitatea garanției de participare să fie indicată în mod expres, ci doar să prezinte această caracteristică, situație care se confirmă în speță dată.

(c) Instrumentul de garantare depus în original la Autoritatea contractantă indică, însă, și în mod expres, dincolo de orice dubiu, caracterul irevocabil al acestuia. Practic, susține contestatorul, împreună cu răspunsul la solicitarea de clarificare, ,,, arată că a transmis Autorității contractante garanția de participare în acord cu aspectele solicitate. Totodată, caracterul irevocabil al documentelor depuse de către ,,, a fost confirmat chiar și de către emitentul acestora, într-o atare situație, devine evident faptul că Autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata acceptabilitatea ofertei.

În al doilea rând, contestatorul învederează faptul că, că irevocabilitatea Garanției de participare este o caracteristică implicită subînțeleasă prin natura înscrisului, fără a fi nevoie de o mențiune expresă care să asigure această calitate (deși și această mențiune a fost aplicată, pentru a se evita vreo interpretare contrară, în versiunea depusă cu prilejul răspunsului la clarificare), în aplicarea art. 2.321 alin. (1) din C. civ., irevocabilitatea Poliței de garanție este asigurată prin însăși existența acestui document emis de către societatea de asigurări care presupune că „emitentul nu poate retrage garanția înăuntrul perioadei de valabilitate și nu-și poate asuma angajamentul sub vreo condiție”, obligația de garanție luând naștere de la data emiterii documentului . Practic, susține contestatorul, nici măcar nu este necesară vreo mențiune expresă în cuprinsul Poliței de garanție pentru a se confirma caracterul irevocabil al acesteia, ci această trăsătură este definitivă chiar prin caracterele juridice implicite ale acestui înscris.

Scopul pentru care garanția de participare se constituie de către ofertant este, după cum se arată, acela de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la

încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului-cadru. Or, atât timp cât documentele care probează existența garanției de participare în forma și quantumul solicitat se află la dispoziția Autorității contractante, în opinia contestatorului, devine evident faptul că măsura respingerii strict urmare a neindicării caracterului irevocabil în mod expres în conținutul actelor încalcă principiul proporționalității măsurii dispuse cu atât mai mult cu cât o nouă versiune, explicită, a acestui instrument a fost depusă atașat răspunsului la clarificare tocmai pentru a evidenția, concret și explicit, caracterul său irevocabil, implicit (*Hotărârea CJUE, cauza Enterprised Focused Solutions SRL (C-278/14): „normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat”.*)

În al treilea rând, de îndată ce i s-a solicitat, ,,,, arată că a procedat la prezentarea unei Polițe de garanție revizuite în cuprinsul căreia se regăsește mențiunea expresă cu privire la irevocabilitatea acesteia. Practic, ,,,, a depus Polița de garanție ulterioară strict în scop confirmativ, în vederea dovedirii efective a caracterului irevocabil al acesteia, tocmai urmare a solicitării exprese a Autorității contractante. Cu alte cuvinte, deși (i) Fișa de date nu impunea astfel de cerință, (ii) garanția de participare este prin natura sa irevocabilă, ,,,, s-a conformat solicitării Autorității contractante și a transmis documentul completat, astfel încât irevocabilitatea să fie în mod expres indicată în conținutul documentului și nicio urmă de îndoială să nu persiste cu privire la aceste aspecte.

Cu alte cuvinte, de îndată ce Autoritatea contractantă a formulat o solicitare expresă în acest sens, ,,,, a procedat la depunerea documentelor ce probau caracterul irevocabil al garanției de participare, astfel că, într-o atare situație devine evident că a depus toate diligențele necesare pentru a complini aspectele solicitate de către autoritate chiar pentru prima dată prin clarificări.

Practic, contestatorul susține că Polița de garanție revizuită confirmă caracterul irevocabil al Garanției de participare; documentul revizuit a fost prezentat de către ,,,, în termenul stabilit, potrivit indicațiilor din cuprinsul solicitării de clarificare și în perfect acord cu

dispozițiile legale aplicabile care, astfel cum a arătat, nu interzic, ci permit ofertanților clarificarea ofertei cu documente confirmative ori corectarea unor erori strecurate în documentele inițiale.

Mai mult, contestatorul apreciază că, dacă ar considera posibilă depunerea unui document doar la momentul ofertării, solicitările de clarificare nu și-ar mai îndeplini rolul pentru care acestea au fost statuate prin dispozițiile legale. Practic, prin solicitarea de clarificare adresată, Autoritatea contractantă a dorit lămurirea caracterului irevocabil al documentelor depuse pentru garanția de participare, iar răspunsul ,,,, a inclus depunerea unui document care menționează expres ceea ce Autoritatea a solicitat a fi menționat, respectiv indicarea expresă a caracterului irevocabil al garanției, astfel că, oferta sa nu poate fi respinsă pentru că a complinit o solicitare de clarificare.

În al patrulea rând, contestatorul susține că măsura dispusă încalcă principiile proporționalității și transparenței necesar a fi respectate în materia achizițiilor publice. Cu toate că, la momentul respingerii ofertei (i) Autoritatea contractantă avea la dispoziția sa instrumentul de garantare în care se menționa expres caracterul irevocabil al garanției de participare; (ii) deținea confirmarea emitentului garanției de participare privind irevocabilitatea acesteia, aceasta a preferat respingerea ofertei dat fiind că „la data limită de depunere a ofertelor ofertantul ,,,, a prezentat o garanție de participare care nu îndeplinea condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, condiții care nu au putut fi clarificate și probate prin documente identice, ulterior.”

În opinia contestatorului, raționamentul Autorității contractante este greșit, cel puțin, din perspectiva următoarelor aspecte:

(a) toate condițiile de formă solicitate în mod expres prin cerința Fișei de date au fost respectate încă de la momentul depunerii Poliței inițiale. Or, contestatorul susține că, în aplicarea principiului transparenței (*Prin Hotărârea CJUE, cauza Medipac - Kazantzidis (C-6/05), considerentul 54 s-a statuat că obligația de transparență: „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”*), Autoritatea contractantă nu poate evalua și, în consecință, respinge oferta sa în baza unor aspecte ce nu au fost în mod clar impuse prin Fișa de date.

(b) Autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata caracterul irevocabil al documentelor depuse pentru probarea garanției de participare. Prin urmare, contestatorul susține că simpla deținere a acestora conducea la îndeplinirea scopului pentru care garanția de participare se consemnează;

(c) emitentul garanției de participare a confirmat caracterul irevocabil al documentelor depuse.

Practic, contestatorul susține că simpla omisiune de indicare expresă a caracterului irevocabil al poliței nu poate conduce la respingerea ofertei atât timp cât asigurătorul a confirmat că aceasta prezintă toate caracteristicile necesare pentru imposibilitatea revocării acesteia iar, prin clarificările adresate, Autorității contractante i s-a depus și versiunea care confirmă explicit acest caracter irevocabil.

B. ,,,, arată că, deși a răspuns concludent solicitărilor de clarificare adresate, autoritatea contractantă a reținut o pretinsă necondudență în raport de adresa emisă de către societatea de asigurări, demers nepermis de evaluare pentru că, de fapt, nu pe societatea de asigurări avea a o evalua autoritatea. În opinia contestatorul, respingerea ofertei sale astfel fundamentată încalcă flagrant principiul proporționalității.

Contestatorul susține că raționamentul Autorității contractante privind o pretinsă necondudență a răspunsurilor ,,,, la solicitările de clarificare este profund greșit, iar măsura de respingere a ofertei sale este netemeinică și nelegală dat fiind că:

(d) referitor la concludența răspunsurilor la solicitările de clarificări, în practica judiciară s-a statuat că:

- *„interpretând gramatical dispoziția art. 79 alin. 1, pornind de la sensul comun al termenului <concludent>, indicat în dicționarul explicativ al limbii române, instanța a constatat că, pentru a fi concludent, un răspuns la solicitarea de clarificări trebuie să conțină datele necesare pentru stabilirea de către autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a unei stări de fapt, relevantă din punct de vedere al documentației de atribuire. Un răspuns concludent este acela pe baza căruia se poate trage o concluzie asupra unei probleme indicate (...) (Decizia civilă nr. 751 din 22 martie 2012 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara).”*

- „În acest context, Consiliul apreciază că sintagma «explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente», invocată ca motiv al respingerii ofertei contestatorului, este bazată pe aprecieri subiective, iar pentru a elimina suspiciunile privind realitatea și sustenabilitatea ofertei contestatoarei (...), autoritatea contractantă avea posibilitatea să solicite emitentei acesteia, să confirme preturile aferente transportului și, ulterior, contestatorului, în baza prevederilor art. 78 din HG nr. 925/2006, să explice pentru fiecare tip de agregat în parte, care este costul aferent procurării și transportului, cu trimitere la documentele existente în ofertă și la calculul transmis anterior, drept clarificare.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că invocarea, de către autoritatea contractantă, a art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, pentru respingerea, ca neconformă, a unei oferte, doar pe motivul simplist că «răspunsul este neconcludent», nu are nici o relevanță, dacă acesta nu este însoțit de justificări certe în acest sens.”(Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 2087/2015).

Cu alte cuvinte, contestatorul învederează că, pentru analiza concludenței răspunsului la solicitarea de clarificare, Autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă, în raport de solicitarea concretă, ofertantul a furnizat suficiente informații pentru a se considera lămurită față de situația constatată.

(e) răspunsurile contestatorului respectă exigențele impuse de practica judiciară deoarece s-au referit strict la chestiunile necesar a fi clarificate potrivit solicitării comisiei de evaluare, fiind concludente în raport de acestea și totodată pe deplin clarificatoare în privința aspectelor supuse analizei. Concret, ,,,, a arătat că (i) Polița de garanție inițială are caracter necondiționat și irevocabil, astfel cum prevede documentația de atribuire; (ii) lipsa mențiunii „irevocabil” din cuprinsul Poliței de garanție inițială este un simplu viciu de formă care, însă, a fost corectat; iar (iii) Polița de garanție ce cuprindea mențiunea „irevocabil” nu a putut fi depusă în SEAP din motive obiective, independente de voința sa, dat fiind că platforma nu permite reîncărcarea unor documente, în locul celor depuse anterior ori suplimentar acestora. Însă, ,,,, arată că s-a conformat solicitărilor Autorității contractante și a procedat la depunerea exemplarului original al Poliței de asigurare care include sintagma „necondiționat și

irevocabil" în exact termenul acordat de către această Autoritate contractantă în acest scop.

Practic, contestatorul arată că, la momentul respingerii ofertei sale, Autoritatea contractantă (i) avea la dispoziția sa Instrumentul de garantare care cuprindea mențiunea solicitată și (ii) a fost informată despre situația care a generat lipsa mențiunii din cadrul Poliței de garanție inițială.

Or, susține contestatorul, dat fiind faptul că documentul a fost transmis în forma și valoarea solicitate, nu se poate considera că Autoritatea contractantă avea posibilitatea de a considera că răspunsul ,,,, ar fi neconcludent. Oricum, toate aspectele clarificate de către ,,,, au fost confirmate chiar de către emitentul Poliței de garanție, care a confirmat că a fost emisă o garanție necondiționată și irevocabilă.

Astfel, ,,,, precizează că a răspuns în mod concis la întrebarea de clarificare adresată, arătând modalitatea concretă de îndeplinire a cerinței din documentația de atribuire. Mai mult, explicațiile oferite, împreună cu depunerea exemplarului original al Poliței de garantare, atestă concludența răspunsului ,,,, și, în consecință, motivul pentru care oferta sa a fost respinsă încalcă, în opinia sa, principiul proporționalității (invocând *Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 2970/2017: „Interesul oricărei autorități contractante este de a se edifica asupra situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de calificare sau specificațiilor tehnice prin solicitări de clarificări temeinice și nu de a căuta motive formale de respingere a ofertelor....autoritățile contractante au obligația ca prin solicitări de clarificări să se asigure asupra îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare sau asupra îndeplinirii/neîndeplinirii specificațiilor tehnice de către operatorii economici participanți la procedură și să accepte toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă”*).

(f) Contestatorul susține că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația de a solicita clarificări/completări strict formal, fără a lua în considerare explicațiile oferite de către ,,,, ori documentele puse la dispoziția sa prin intermediul clarificărilor. Or, finalitatea transmiterii unei solicitări de clarificare este, după cum se arată, tocmai aceea de a oferi participanților posibilitatea reală de a demonstra modalitatea de îndeplinire a cerințelor documentației de atribuire, aspect întru totul ignorat de către Autoritatea contractantă care, fără a

ține cont de explicațiile oferite și de documentele prezentate, a dispus respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Oricum, contestatorul arată că, din simpla analiză a actelor atacate se desprinde concluzia că, în realitate, Autoritatea contractantă a argumentat pretinsa neconcludență în raport de răspunsul emitentul Poliței de garantare, fără a identifica o neconcludență a răspunsului transmis de către ,,,;

(g) De asemenea, contestatorul susține că dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice permit depunerea documentelor cu caracter confirmativ/completator, potrivit art. 209 alin. 1 din Legea nr. 98/2016. Prin transmiterea solicitării de clarificare, Autoritatea contractantă i-a oferit posibilitatea de a explica și, eventual, de a rectifica, eroarea sesizată cu privire la Polița de garanție, însă a ignorat complet documentele complete și corecte depuse. În contextul dat, contestatorul apreciază că devine evident faptul că Autoritatea contractantă a întreprins demersul de clarificare strict pentru a „bifa” o formalitate, refuzul acesteia de a lua în considerare documentul depus urmare a clarificării fiind nejustificat și contrar dispozițiilor legale aplicabile;

(h) În mod nepermis, contestatorul arată că, Autoritatea contractantă susține pretinsa necondudență a răspunsurilor ,,,, prin raportare la adresa emisă de către societatea de asigurare, având în vedere că dispozițiile art. 134 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 stabilesc clar faptul că singurele documente, în raport de care Autoritatea contractantă are obligația de a aprecia concludența informațiilor transmise, ori caracterul (in)acceptabil al ofertei, sunt răspunsurile la solicitările de clarificare formulate de către ofertant, alături de documentele justificative depuse de către acesta.

Astfel, în mod nepermis, pretinsa necondudență a răspunsului ,,,, intervine, în realitate, în raport de adresa transmisă de către societatea de asigurare. Or, contestatorul susține că, verificările suplimentare efectuate de către Autoritatea contractantă se impuneau a se limita strict la confirmarea/infirmarea celor susținute de către ,,,, fără a avea rol determinant în stabilirea pretinsului caracter neconcludent al răspunsurilor său și, cu atât mai puțin, în privința caracterului (in)acceptabil al ofertei ,,,,,. Oricum, emitentul poliței de garanție, prin adresa transmisă Autorității contractante, confirmă susținerile sale,

respectiv faptul că lipsa menționării caracterului irevocabil al Poliței de garanție a fost o regretabilă eroare care, ulterior, a fost corectată.

Practic, deși situația a fost lămurită de către „„„, iar, apoi, confirmată de către emitentul garanției de participare, Autoritatea contractantă reține o neconcordanță între informațiile furnizate, fără a arăta în concret care ar fi, de fapt, necondudență răspunsului. Or, respingerea ofertei „„, fără o motivare corespunzătoare a aspectelor pentru care s-a constatat pretinsa necondudență echivalează, în opinia sa, în realitate, cu o evaluare superficială de către Autoritatea contractantă a documentelor aflate la dispoziția sa. Practic, măsura dispusă (respingerea ofertei urmare a neconcludenței răspunsurilor „„„) face tot unitar cu motivarea sancțiunii dispuse, în lipsa motivării, evaluarea care a condus la respingerea ofertei nu a fost, în realitate, demarată;

(i) Decizia Autorității contractante este, în opinia contestatorului, contrară principiului proporționalității, apreciind ca fiind evident caracterul disproporționat dintre eroarea/omisiunea produsă și sancțiunea dispusă de către Autoritatea contractantă având în vedere faptul că (i) irevocabilitatea documentului depus de către „„, este de necontestat; (ii) neprecizarea caracterului irevocabil a reprezentat o simplă eroare lămurită și îndreptată, de altfel, prin intermediul clarificărilor.

Or, principiul proporționalității (prevăzut atât de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cât și de jurisprudența unională (*Hotărârea CJUE din 10 decembrie 2009 pronunțată în cauza T-195/08 (Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene)*: „Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (*Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. t-2211, punctul 60*). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai

degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia"), guvernează întreaga procedură de atribuire și impune cu necesitate ca actele autorității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar măsurile luate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite. În cauză, contestatorul apreciază că este evident faptul că Autoritatea contractantă a aplicat o sancțiune drastică și inechitabilă, ignorând complet documentele care atestă îndeplinirea cerinței vizând caracterul irevocabil al garanției de participare.

Autoritatea contractantă a aplicat sancțiunea respingerii ofertei ,,,, deși, contestatorul a demonstrat, urmare a clarificărilor adresate, faptul că la data depunerii ofertei, Polița de garanție îndeplinea totalitatea condițiilor de formă, fiind asigurat, totodată, și caracterul irevocabil al acesteia, aspect confirmat în mod expres și explicit prin clarificarea însoțită de redepunerea garanției.

C. Contestatorul susține că documentele constatatoare nu (mai) pot fundamenta măsura excluderii ofertei, efectele acestora fiind, în mod definitiv, anulate. Astfel, contestatorul învederează că, raționamentul Autorității contractante se bazează pe aspecte care, în realitate, nu există.

Așadar, contestatorul arată că, deși autoritatea contractantă reține o pretinsă încadrare a ,,,, în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 urmare a existenței Documentelor constatatoare, totuși, raționamentul autorității este nelegal dat fiind că Documentele constatatoare au fost anulate în mod definitiv prin Decizia civilă nr. 1007/02.12.2020.

Astfel, contestatorul apreciază că, prin anularea Documentelor constatatoare devin anulabile în egală măsură toate actele subsecvente tocmai urmare a eliminării efectelor posibil a fi produse de acestea. Concret, prin anularea Documentelor constatatoare se ajunge la situația în care, pe de o parte, ,,,, nu avea nici măcar o obligație de a le indica în DUAE (nefiind, oricum, nici publicate în SEAP), iar, pe de altă parte, analiza vreunui posibil motiv de excludere bazat pe emiterea acestor acte administrative devine, în opinia sa, irelevantă deoarece se bazează pe o situație invalidată printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Mai mult, contestatorul consideră relevante pentru constatarea greșitei aprecieri a autorității contractante următoarele repere:

(a) 29.10.2020: la momentul depunerii ofertei, ,,,, a indicat Autorității contractante atât existența Documentelor constatatoare, cât și demararea demersurilor de anulare a acestora. Totodată, ,,,, arată că a procedat și la depunerea documentelor care probau credibilitatea sa, în aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016;

(b) 02.12.2020: prin Decizia nr. 1007 din data de 02.12.2020 pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 3148/85/2019*, Documentele constatatoare au fost anulate, în mod definitiv. Practic, de la data pronunțării Deciziei definitive, efectele Documentelor constatatoare au fost anulate, nemaiputând fundamenta măsura excluderii/respingerii ofertei prin luarea lor în considerare;

(c) 11.12.2020: solicitarea de clarificare adresată de către Autoritatea contractantă viza indicarea de către ,,,, dacă se află în „posesia unei hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat/suspendat Documentele constatatoare”, precum și transmiterea unei copii a deciziei instanței de judecată;

(d) 16.12.2020: răspunsul ,,,, a fost clar și corect, respectiv a fost identificată Decizia definitivă prin care Documentele constatatoare au fost anulate, fiind depus anexat un extras de pe portalul instanțelor de judecată din care rezulta soluția pe scurt, acesta fiind, în realitate, dispozitivul Deciziei definitive. Motivarea hotărârii judecătorești, la momentul formulării răspunsului la solicitarea de clarificare, nu era încă finalizată, acesta fiind, de altfel, motivul pentru care nu a fost transmisă Autorității contractante;

(e) 18.12.2020: Emitenta Documentelor constatatoare, Primăria Municipiului Sibiu, prin adresa nr. 11.503/18.12.2020 transmisă Autorității contractante, confirmă la rândul său atât faptul că, prin Decizia definitivă, s-a dispus anularea Documentelor constatatoare, cât și faptul că, până la acel moment, hotărârea judecătorească nu a fost comunicată (adică exact aceleași aspecte comunicate și de către Euro Audit).

(f) 28.12.2020: Decizia nr. 1007 din data de 02.12.2020 pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 3148/85/2019* a fost comunicată către ,,,, . Este evident faptul că, anterior acestei date, ,,,, se afla în imposibilitatea obiectivă de a prezenta Autorității contractante întreaga motivare a Deciziei definitive

deoarece aceasta nu era încă comunicată de către instanța competentă. De altfel, potrivit dispozițiilor art. 426 alin. (5) din C. pr. civ., o hotărâre judecătorească se redactează și se semnează în termen de 30 de zile de la data pronunțării, urmând ca, ulterior, să fie comunicată părților, ceea ce s-a și întâmplat, termenul fiind întru totul respectat.

Contestatorul subliniază faptul că, raționamentul Autorității contractante încalcă dispozițiile art. 634 din C. pr. civ. prin care se statuează în mod clar că hotărârile judecătorești pronunțate în calea de atac a recursului sunt definitive încă de la data pronunțării.

Astfel, contestatorul arată că, în data de 02.12.2020, Documentele constatatoare au fost, în mod definitiv, anulate prin pronunțarea Deciziei Curții de Apel Alba Iulia. Practic, ,,, consideră că a procedat în mod corect și temeinic prin depunerea extrasului de pe portalul instanțelor de judecată care demonstra soluția pe scurt pronunțată în cadrul dosarului nr. 3148/85/2019* dat fiind că, la acel moment, motivarea hotărârii judecătorești nu era încă finalizată. Oricum, imposibilitatea de a depune motivarea Deciziei definitive nu conduce, în opinia sa, la concluzia că actele administrative nu au fost anulate având în vedere că hotărârea judecătorească este definitivă și, în consecință, executorie de la data pronunțării acesteia, aspect care a fost comunicat Autorității contractante și confirmat chiar de către emitentul Documentelor constatatoare.

De asemenea, contestatorul susține că, autoritatea contractantă nu mai poate fundamenta măsura de respingere a ofertei și/sau să analizeze motivele de excludere reglementate de art. 167 din Legea nr. 98/2016 dat fiind că Documentele constatatoare nu mai produc efecte juridice, aceasta fiind anulate, în mod definitiv, încă de la data de 02.12.2020. Totodată, contestatorul consideră relevant faptul că efectele juridice ale unui act administrativ sunt anulate cu caracter retroactiv. Prin urmare, chiar dacă ,,, a indicat existența Documentelor constatatoare prin DUAE depus în cadrul ofertei (anterior anulării acestora), în opinia sa, Autoritatea contractantă nu mai are posibilitatea de a analiza și tranșa măsura respingerii ofertei atât timp cât a fost informată despre anularea acestor acte administrative (aspect indubitabil și probat).

Așadar, contestatorul susține că, argumentele autorității contractante, prin care se încearcă o justificare a aplicabilității

Documentelor constatatoare, sunt contrazise prin chiar soluția dispusă de către instanța de judecată, prin hotărâre judecătorească definitivă. Mai mult, contestatorul subliniază faptul că, la momentul respingerii ofertei sale, Autoritatea contractantă cunoștea soluția de anulare a Documentelor constatatoare atât prin informarea directă de către societatea sa, din verificarea concretă a portalului instanțelor de judecată, cât și din răspunsul oferit de către emitentul actelor administrative.

Totodată, contestatorul subliniază faptul că, față de Decizia definitivă nu a fost promovată calea de atac a recursului, astfel cum în mod tendențios susține Autoritatea contractantă, fără a proba, nefiind formulată nicio cale de atac extraordinară, aspect ce rezultă la o simplă verificare a portalului instanțelor de judecată. Practic, contestatorul susține că autoritatea contractantă se limitează la a se fundamenta pe o simplă speculație, neprobată și/sau motivată în mod corespunzător, contrară tuturor probelor administrate. Oricum, se arată că, față de Decizia definitivă nici nu se poate promova calea de atac a recursului dat fiind că a fost pronunțată tocmai urmare a promovării recursului de către ,,,,. Practic, susținerea Autorității contractante este, în opinia contestatorului, o ineptie juridică al cărei scop este exclusiv acela de a justifica, sub orice pretext, o decizie de respingere nejustificată a ofertei sale din procedura de atribuire.

Cu adresa nr. 1398/08.02.2021, înregistrată la CNSC CU NR. 6531/09.02.2021, ... a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ,,,, SRL, solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, pentru următoarele motive:

În fapt, autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii și arată că, în cadrul procedurii au depus ofertă un număr de 4 operatori economici, printre care și contestatorul, SC ,,,, SRL, astfel cum s-a consemnat în Procesul verbal de accesare a ofertelor nr. 10.016 din 30.10.2020.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, evaluarea ofertelor s-a făcut numai în baza cerințelor prevăzute în documentația de atribuire, respectiv, DEAU, Fișa de date a achiziției, Modelul de contract, Caiet de sarcini, Modele de formulare ce urmau a fi utilizate în cadrul procedurii de achiziție, precum și documentația tehnică, DALI,

necesară elaborării ofertelor compusă din piese scrise și piese desenate, atașată anunțului de participare simplificat nr. SCN1076313 din 05.10.2020.

I. Ca urmare a analizării garanțiilor de participare, transmise de ofertanți în SEAP, cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, precum și a cuantumului și valabilității acestora, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a constatat că garanția de participare constituită de contestatorul SC „„„„SRL, prin Polița de asigurare de garanții pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică Seria AX nr. 083808/ 28.10.2020, emisă de Agenția Botoșani, Intermediar Agent (BT10) Transilvania Broker, Cod ASF RBK374, s-a făcut fără respectarea cerinței din fișa de date, Secțiunea III „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, III. 1 „Condiții de participare”, paragraful III. 1.6) „Depozite valorice și garanții solicitate: III. 1.6.a) Garanție de participare, aceea ca „GP trebuie să fie irevocabilă [....]”, și fără respectarea dispozițiilor art. 36 alin. (3) din Anexa Ia HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, în care se menționează în mod imperativ că „(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă”, imperativitate, de altfel, impusă după cum se poate constata, și de autoritatea contractantă.

Astfel, autoritatea contractantă menționează că, în baza prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a solicitat clarificări cu privire la aspectul constatat, prin adresa nr. 10.0077/02.11.2020, totodată, solicitând contestatorului și prezentarea în original, la sediul autorității, a exemplarului nr. 3 al Poliței de asigurare [...] Seria AX nr. 083808/28.10.2020, emis pentru beneficiar, în baza prevederilor art. 123 alin. (4) din Anexa Ia HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Răspunzând, prin adresa nr. 893/05.11.2020, înregistrată la sediul autorității contractante sub nr. 10.198/05.11.2020, ora 11:00, contestatorul a prezentat în original Polița de asigurare [...] Seria AX nr. 083808/28.10.2020, dar alta nu cea care se regăsește pe SEAP, transmisă la data limită de depunere a ofertelor; iar prin adresa nr. 894/05.11.2020 publicată pe SEAP, contestatorul a transmis răspunsul la solicitarea de clarificare, cu privire la faptul că, din polița de

asigurare transmisă în termen pe SEAP, nu rezultă că garanția de participare este irevocabilă:

„Având în vedere solicitarea d-voastră de clarificare vă comunicăm următoarele:

a).*Polița de asigurare seria AX nr. 083808/28.10.2020 pentru asigurarea garanției de participare la achiziția publică potrivit SCN 1076313/05.10.2020, cu denumirea Realizare Proiect tehnic și detalii de execuție, asistența tehnică din partea proiectantului pentru proiectul Modelizarea și gestionarea inteligenta a sistemului de iluminat public in, județul, în valoare estimata de 225.000 lei are caracter necondiționat si irevocabil, asa cum ați solicitat d-voastră prin Fisa de Date a achiziției.*

b).*Caracterul necondiționat și irevocabil al Poliței de asigurare cu datele menționate mai sus, este conferit de însuși Instrumentul de garantare pentru participarea cu oferta la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, eliberat de societatea de asigurări ABC Asigurari-Reasigurari SA autoarea documentelor de asigurare.*

c).*Din păcate însă, societate de asigurări ABC Asigurări-Reasigurări SA a emis inițial Instrumentul de garanție fără ca în conținutul său să se precizeze și caracterul irevocabil al Poliței de asigurare menționată. Imediat însă, societatea de asigurări ABC Asigurari-Reasigurari SA a corectat Instrumentul de garanție emis inițial, prin emiterea unui nou Instrument de garanție care are înscrisă în conținutul său, în mod clar sintagma «onorăm necondiționat și irevocabil», care a fost transmis în acea zi societății noastre.*

d).*La momentul primirii acestui nou Instrument de garanție oferta noastră care conținea în mod evident și Polița de asigurare cu Instrumentul de garanție emis fără a cuprinde și sintagma «și irevocabil» a fost ridicată în SICAP, astfel că Instrumentul de garanție refăcut de societatea de asigurare ABC Asigurari-Reasigurari SA, nu a mai putut fi ridicat în SICAP, chiar dacă era emis în termen, din lipsa de acces în sistemul de achiziții publice, fereastra fiind deja blocată.*

e).*Va transmitem în original Instrumentul de garantare refăcut cu data de 28.10.2020(aceiași dată) care include sintagma «onoram necondiționat si irevocabil».”*

Așadar, se constată că la data limită de depunere a ofertelor, contestatorul, SC ,, ,,, ,,,SRL, a încărcat în SEAP, un instrument de garantare „fără ca în conținutul său să se precizeze și caracterul

irevocabil al Poliței de asigurare", deci, fără a fi constituit conform cerinței din fișa de date, iar ca urmare a răspunsului trimis la solicitarea de clarificare formulată de comisia de evaluare, a transmis un instrument de garantare modificat "corectat prin emiterea unui nou Instrument de garanție care are înscrisă în conținutul său, în mod clar sintagma „onoram necondiționat și irevocabil dar cu aceeași serie și același număr, seria AX nr. 083808/28.10.2020.

Autoritatea contractantă menționează faptul că, comisia de evaluare văzând răspunsul contestatorului, SC „„„„SRL, că: „societate de asigurări ABC Asigurări-Reasigurați SA a emis inițial Instrumentul de garanție fără ca în conținutul său să se precizeze și caracterul irevocabil al Poliței de asigurare menționată. Imediat însă, societatea de asigurări ABC Asigurari-Reasigurari SA a corectat Instrumentul de garanție emis inițial, prin emiterea unui nou Instrument de garanție care are înscrisă în conținutul său, în mod clar sintagma «onorăm necondiționat și irevocabil», care a fost transmis în acea zi societății noastre”, și cunoscând faptul că potrivit noului Cod civil, Vol. 1, ediția 1, „totdeauna, când un act juridic civil, chiar nesolemn, se află în raport de interdependență cu unul solemn, este necesar ca acesta să corespundă acelorași condiții de formă ca și actul solemn”, și că orice modificări ale actelor juridice sunt supuse condițiilor de formă cerute de lege pentru încheierea valabilă a acestuia, această cerință fiind o aplicație particulară a principiului simetriei formelor actelor juridice, a solicitat emitentului poliței de asigurare, S.C. ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A., Agenția BOTOȘANI BT10, să precizeze dacă garanția de participare constituită prin Polița de asigurare de garanții pentru participare cu ofertă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică Seria AX nr. 083808/28.10.2020 în favoarea asiguratului SC „„„„ SRL, CUI 16869469, Nr. Reg. Comerțului J15/954/2004, din Târgoviște, jud., este și irevocabilă, și totodată, dacă este legal să fie emise două documente cu conținuturi diferite, cu aceeași serie și același număr, la aceeași dată, odată în formă originală doar cu mențiunea „necondiționat”, și apoi tot în formă originală, dar și cu mențiunea „necondiționat și irevocabil” sau ar fi trebui ca societatea care a emis actul să fi transmis un addendum la actul emis inițial, sau un act adițional, sau orice alt document care să modifice legal primul document emis.

Se arată că, S.C. ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A., Agenția BOTOȘANI BT10, a răspuns la a doua solicitare a comisiei de evaluare, prin adresa nr. 11.277/14.12.2020, în care a precizat că *„Referitor la solicitarea d-voastră, vă spunem că noi am emis imediat un act adițional la polița AX 083808 prin care specificăm că garanția este necondiționată și irevocabilă.*

De fapt inițial am lucrat pe modelul de formulare pus la dispoziție în SICAP, în care NU se menționa decât că garanția trebuie să fie necondiționată.

Nu ne absolvă pe noi ca și asiguratori (trebuia să fim atenți să corectăm și completăm exprimarea din formular) dar omisiunea a plecat de la autoritatea contractantă”.

De asemenea, se arată că, atașat răspunsului a fost transmis Actul adițional nr. 1 din 04.11.2020, înregistrat la S.C. ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A., Agenția BOTOȘANI BT10 sub nr. 237/04.11.2020.

Astfel, din analizarea celor două răspunsuri primite, unul de la contestator, prin care aduce la cunoștință comisiei de evaluare că: *„societate de asigurări ABC Asigurari-Reasigurari SA a emis inițial Instrumentul de garanție fără ca în conținutul său să se precizeze și caracterul irevocabil al Poliței de asigurare menționată. Imediat însă, societatea de asigurări ABC Asigurari-Reasigurari SA a corectat Instrumentul de garanție emis inițial, prin emiterea unui nou Instrument de garanție care are înscrisă în conținutul său, în mod clar sintagma «onorăm necondiționat și irevocabil», care a fost transmis în acea zi societății noastre”* (instrument de garantare prezentat de contestator în original, prin adresa nr. 893/05.11.2020, înregistrată la sediul autorității contractante sub nr. 10.198/05.11.2020, ora 11:00), și unul de la S.C. ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A., Agenția BOTOȘANI BT10, prin care face precizarea că: *„Referitor la solicitarea d-voastră, vă spunem ca noi am emis imediat un act adițional la polița AX 083808 prin care specificăm că garanția este necondiționată și irevocabilă”, respectiv Actul adițional nr. 1 din 04.11.2020, pe care îl și transmite, comisia de evaluare s-a aflat în situația de a numai înțelege pe care dintre documente să îl ia în considerare, cel trimis de contestator sau cel trimis de firma de asigurări, fiind două documente total diferite.*

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, din analizarea răspunsului primit de la S.C. ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A.,

Agencia BOTOȘANI BT10, comisia de evaluare a constat că în acesta se regăsesc afirmații care nu corespund cu realitatea, și anume că, pe modelul de formular pus la dispoziție în SICAP se menționează, numai că garanția trebuie să fie necondiționată. Nimic mai fals, susține autoritatea, după cum se poate constata prin consultarea documentației de atribuire atașată anunțului de participare nr. SCN1076313/05.10.2020, publicată pe SEAP, nu există un model de garanție de participare pus la dispoziția ofertanților, deoarece autoritatea a dat libertatea fiecărui ofertant de a prezenta instrumentul de garantare în forma agreată de societate bancară ori societate de asigurări căreia i s-a adresat, așadar, omisiunea nu a plecat de la autoritatea contractantă.

Având în vedere că membrii comisiei de evaluare nu au putut să constate de fapt, care este modul prin care s-a făcut corectarea neconcordanței referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, prin înlocuirea actului greșit întocmit, cu altul corect întocmit (imediat), sau prin act adițional (emis imediat), dar și faptul că nu a putut fi respectată condiționarea temporală, prevăzută la art. 132 alin. (3) din Anexa la HG nr. 395/2016, respectiv clarificarea, de către autoritate, a eventualelor neconcordanțe în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă, dat fiind faptul că data limită de depunere a ofertelor a fost 29.10.2020, iar răspunsul de la S.C. ABC ASIGURĂRI REASIGURĂRI S.A., Agenția BOTOȘANI BT10 a fost primit la data de 14.12.2020, autoritatea contractantă arată că oferta depusă de SC „„„„„SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, potrivit dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece nu au fost clarificate neconcordanțele prevăzute la art. 132 alin. (3) din Anexa la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, aceasta fiind respinsă în baza prevederilor art. 137 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia „Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme”.

De asemenea, autoritatea contractantă mai precizează faptul că, modul de dovedire a constituirii garanției de participare nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile

impuse de autoritatea contractantă. Astfel, nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv fișa de date) a devenit obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Mai mult, se arată că potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, „în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/ candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței” și nu înlocuirea în integralitate a garanției de participare depusă inițial, fără respectarea cerințelor din fișa de date, cu alta completată corect, deoarece un astfel de demers (înlocuirea poliței de asigurare „fără ca în conținutul său să se precizeze și caracterul irevocabil” cu altă poliță „care are înscrisă în conținutul său, în mod clar sintagma „onorăm necondiționat și irevocabil”, citat din răspunsul contestatorului), se constituie, în opinia autorității, un avantaj evident în favoarea contestatorului, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia în acceptabilă în ofertă admisibilă, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/ candidat”.

Totodată, autoritatea contractantă învederează faptul că, riscul depunerii garanției de participare, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv a depunerii unei alte polițe care nu respectă cerințele fișei de date, în condițiile în care aceasta a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de dovedire a constituirii garanției de participare.

Autoritatea contractantă arată că, în cazul în care cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției și în caietul de sarcini nu erau justificate, sau dacă considera că s-au inclus cerințe contradictorii/eronate/ambiguu formulate, contestatorul putea solicita clarificări, în temeiul dispozițiilor art. 160 din Legea nr. 98/2016, cu

modificările și completările ulterioare, sau putea formula contestație cu respectarea termenelor legale în baza Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziției, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Având în vedere că, contestatarul nu putut prezenta o garanția de participare care să respecte toate cerințele din fișa de date, autoritatea contractantă precizează că singura decizie care a putut fi luată de comisia de evaluare a fost aceea de a respinge oferta ca inacceptabilă.

II. Autoritatea contractantă arată că, contestatorul SC „„„„„, SRL, conform declarațiilor din Partea III, Secțiunea C a Formularului standard la nivel european al Documentului Unic de Achiziție European (DUAE), prezentat la data limită de depunere a ofertei, 29.10.2020, „se face vinovat” de comiterea unor abateri grave profesionale și anume de încetarea anticipată a Contractului de furnizare nr. 12/11.02.2019 având ca obiect „Ornamente iluminat festiv de iarnă în municipiul Sibiu” încheiat cu Primăria Municipiului Sibiu, fapt ce a condus la rezilierea contractului și la emiterea Documentului constatat final nr. 28632/10.04.2019 și Documentului constatat final nr. 28.985/11.04.2019, creând prejudicii beneficiarului, în sumă de 777,20 lei (exclusiv TVA) și daune-interese în sumă de 12.334,69 lei (exclusiv TVA).

În ceea ce privește legislația în baza căreia se derulează procedura în cauză, și modul în care poate interveni excluderea, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a constatat că sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 167 alin. (8) și a art. 171 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și ale art. 166 alin. (8) din Anexa la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, se impune a fi necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;

- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea;
- uneia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune; încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Astfel, în opinia comisiei de evaluare, condițiile cumulative anterior menționate sunt completate de precizarea făcută de legiuitor prin dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele să nu fi depășit o perioadă de 3 ani. De asemenea, se menționează că aceste condiții stabilite de lege pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și modul în care aceste condiții vor fi cumulate, au fost precizate și în Partea III, Secțiunea C din cadrul Formularului standard la nivel european al Documentului Unic de Achiziție European (DUAЕ), adoptat prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a apreciat că prevederile legale anterior menționate sunt aplicabile în raport cu situația contestatorului SC „„„„„SRL, la data limită de depunere a ofertei, 29.10.2020, și a concluzionat următoarele:

a) referitor la prima condiție impusă de lege:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale, s-a constatat din cuprinsul documentelor constatatoare că livrarea produselor care a făcut obiectul contractelor nu a fost finalizată din culpa contestatorului SC „„„„„SRL. Astfel, încălcarea obligațiilor principale a fost gravă.

b) cu privire la a doua condiție impusă de lege:

- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea uneia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior, contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune, s-a constatat din cuprinsul documentelor constatatoare că încălcările obligațiilor principale de către contestatorul SC „„„„„„„„„„SRL a intervenit în

derularea unui contract de achiziții publice, încheiate în urma aplicării procedurii simplificate.

c) *referitor la cea de-a treia condiție impusă de lege:*

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sanțiuni comparabile, s-a constatat din cuprinsul documentelor constatatoare că autoritatea contractantă respectivă a confirmat rezilierea contractului din culpa o contestatorului SC ,,, ,,,SRL.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, potrivit dispozițiilor legale anterior invocate, în situația în care a survenit oricare dintre cele trei sanțiuni prevăzute de cea de-a treia condiție impusă de lege, este suficient pentru aplicarea excluderii ofertantului din prezenta procedură. În plus, în documentele constatatoare se face trimitere, după cum se arată, și la prejudiciile aduse, respectiv au fost aduse prejudicii beneficiarului, în sumă de 777,20 lei (exclusiv TVA) și daune-interese în sumă de 12.334,69 lei (exclusiv TVA).

În același timp, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a considerat că este evident că încălcările grave ale obligațiilor contractuale se încadrează în perioada ultimilor 3 ani, aspect constatat de membrii comisiei de evaluare ca urmare a verificării datei la care au fost încheiate contractele, precum și a datei la care au fost emise documentele constatatoare.

Așadar, autoritatea contractantă precizează că cele două documente constatatoare negative au fost contestate în instanță de către SC ,,, ,,,SRL, iar prejudiciul a fost achitat, dar la data limită de depunere a ofertei, 29.10.2020, ofertantul nu era în posesia unei hotărâri judecătorești definitive care să fi anulat/suspendat cele două documente constatatoare nr. 28632/10.04.2019 și nr. 28985/11.04.2019.

Concluzionând, autoritatea contractantă menționează că, comisia de evaluare a apreciat că în lipsa unor hotărâri judecătorești definitive, litigiile în curs de soluționare sau anulările parțiale nu sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității contestatorului, la data limită de depunere a ofertei, 29.10.2020.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a considerat oferta inacceptabilă, în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, pe

baza documentelor și informațiilor prezentate de contestator, la data limită de depunere a ofertei, 29.10.2020.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră contestația formulată de SC „„„„„SRL, nefondată, fapt pentru care, arată că își menține comunicarea transmisă prin adresa nr. 954/ 28.01.2021, privind rezultatul procedurii de atribuire.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016 și a Legea nr. 101.

Totodată, autoritatea contractantă învederează că, documentația de atribuire a fost elaborată cu respectarea tuturor principiilor și regulilor ce guvernează domeniul achizițiilor publice.

Cu adresa fn datată 16.02.2021, înregistrată la CNSC cu 7730/16.02.2021, ,,,, a formulat „note scrise” în replică față de punctul de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea apărărilor invocate, precum și demonstrarea, sintetică, a nelegalității măsurii de respingere a ofertei sale.

(a) Contestatorul apreciază că, argumentele sale, în special cele care evidențiau anularea, în mod definitiv, a Documentelor constatatoare, au fost complet ignorate. Astfel, cu toate că, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a dispune măsuri de remediere; totuși, contestatorul arată că, a preferat să mențină erorile comise pe parcursul evaluării ofertei.

Mai mult, contestatorul susține că, autoritatea contractantă nu a luat în considerare și nu a analizat argumentele expuse în conținutul contestației, deși formularea unui punct de vedere în această etapă are drept scop expunerea considerentelor autorității asupra contestației, iar nu reluarea motivelor pentru care oferta sa a fost respinsă.

Practic, constatând (1) depunerea Deciziei definitive prin care Documentele constatatoare au fost anulate; și (2) existența poliței de garantare având indicată expres mențiunea irevocabilității, contestatorul susține că autoritatea contractantă avea posibilitatea (dacă nu chiar obligația, într-o presupusă abordare de bună-credință) de a dispune măsuri de remediere. Totuși, contestatorul consideră că punctul de vedere formulat nu este nici măcar edificator față de contestația formulată, ci pur și simplu o reluare a aspectelor invocate pentru măsura de respingere a ofertei sale, pe care nejustificat o menține.

(b) *În continuare, contestatorul prezintă sinteza disputei în cauză, apreciind că Nu este legală și temeinică măsura de respingere a ofertei sale, dat fiind că:*

1. La momentul evaluării ofertei Autoritatea contractantă se afla în posesia garanției de participare pe care era menționată în mod clar irevocabilitatea acesteia. Oricum, inclusiv la momentul depunerii ofertei cerința Fișei de date era respectată dat fiind că nu impunea indicarea mențiunii pe înscrisul depus, ci doar respectarea irevocabilității garanției, caracteristică rezultată prin însăși natura documentelor depuse.

2. Condudența răspunsului la solicitarea de clarificare poate fi analizată doar în raport de aspectele învederate de către ofertant, iar nu de către terțe părți cărora întrebarea în discuție nu le-a fost adresată. Răspunsul societății de asigurări nu poate, așadar, fundamenta măsura de respingere a ofertei Euro Audit. Oricum, Autoritatea contractantă a respins oferta, cu încălcarea principiului proporționalității, deși documentele, în versiunea solicitată prin clarificări, se aflau deja la dispoziția acesteia.

3. Documentele constatatoare nu mai pot fundamenta măsura de excludere a ofertei urmare a anulării acestora, prin hotărâre judecătorească definitivă. Interpretarea Autorității contractante se bazează pe aspecte deja infirmate de către instanța competentă. Oricum, Autoritatea contractantă ignoră faptul că, la momentul dat, se află inclusiv în posesia motivării hotărârii judecătorești.

(c) *În opinia contestatorului, argumentele autorității contractante sunt netemeinice și nelegale, având în vedere că:*

1. Garanția de participare este irevocabilă încă de la momentul emiterii ei. La momentul respingerii ofertei, Autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata respectarea cerințelor Fișei de date, astfel cum acestea au fost aduse la cunoștința ofertanților. Astfel, răspunsul la solicitarea de clarificare nu este neconcludent.

Mai mult, contestatorul consideră că întregul raționament expus de către Autoritatea contractantă este profund greșit, dat fiind că:

- la momentul depunerii ofertei, ,,,, a depus garanția de participare în conformitate cu cerința Fișei de date care nu impunea menționarea expresă a caracterului irevocabil al acestui document. Concret, contestatorul susține că, garanția de participare este

irevocabilă prin însăși natura ei având în vedere dispozițiile art. 2321 alin. (1) din C. civ.(a se vedea în acest sens argumentele expuse pe larg la pag. 5-6 din contestația ,,,, precum și dispozițiile art. 2321 alin. (1) din C. civ.) Prin urmare, atât cerința Fișei de date, cât și dispozițiile art. 36 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 au fost respectate încă de la momentul depunerii ofertei;

- prin răspunsul la solicitarea de clarificare(Anexa 6 la contestație), ,,,, arată că a depus garanția de participare având menționată expres irevocabilitatea acesteia. Practic, de îndată ce Autoritatea contractantă a solicitat în mod expres mențiunea irevocabilității garanției, ,,,, a depus în sensul dat documentul confirmativ, demers permis în aplicarea dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Garanția de participare, în original, a fost depusă la Autoritatea contractantă care, deși se afla în posesia acesteia, „a preferat” respingerea ofertei, încălcând astfel, în opinia contestatorului, principiului proporționalității, având în vedere cele reținute prin Hotărârea CJUE din 10 decembrie 2009 pronunțată în cauza T-195/08 (Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene): *„Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (...).”*

Contrar susținerilor Autorității contractante, contestatorul precizează că nu a fost depusă o altă garanție de participare, ci același document, însă cu indicarea expresă a mențiunii privind caracterul irevocabil (solicitată pentru prima dată prin clarificări).

Prin urmare, contestatorul susține că, la momentul dat, „pretinsa neregularitate reținută de către Autoritatea contractantă este acoperită”, neexistând nicio dispoziție legală și/sau probă care să susțină pretinsa lipsă a irevocabilității garanției de participare la momentul depunerii ofertei, întregul demers de respingere al ofertei sale se bazează, în realitate, doar pe un formalism excesiv al autorității;

- atât ,,,, cât și societatea de asigurări au răspuns concludent solicitărilor de clarificare adresate, arătând că a fost menționată în mod

expres irevocabilitatea garanției. Mai mult, modul în care s-a operat modificarea, rezultă, atât din răspunsul „„„, cât și din cel al societății de asigurări, respectiv în urma încheierii unui act adițional (aflat la dispoziția Autorității) s-a procedat la simpla inserare a noțiunii privind caracterul irevocabil al garanției de participare.

De asemenea, contestatorul subliniază faptul că, SC ABC ASISIGURARI REASIGURARI SA Ag. Botoșani prin Adresa nr.11277/14.12.2020 transmisă la solicitarea Autorității contractante a arătat caracterul irevocabil al garanției depuse *„De fapt inițial (n.n. la emiterea inițială a instrumentului de garantare) am lucrat pe modelul de formular pus la dispoziție în SICAP (n.n. Secțiunea Formulare din Documentația de atribuire publicată în SICAP de către Autoritatea contractantă) în care NU se menționa decât că garanția de participare trebuie să fie necondiționată”*.

Așadar, contestatorul arată că, deși avea la dispoziție (i) instrumentele de garantare emise în mod legal și temeinic în conformitate cu cerințele expres impuse prin documentația de atribuire, (ii) răspunsul „„„ la solicitarea de clarificări, (iii) răspunsul societății de asigurări, în mod nelegal și netemeinic, oricum cu încălcarea principiului proporționalității, Autoritatea contractantă a preferat să considere toate informațiile și documente ca fiind neconcludente și să descalifice oferta „„„ din Procedura de atribuire.

La o simplă analiză a motivelor concrete pentru care s-a dispus respingerea ofertei sale (inclusiv existența documentelor constatatoare anulate prin hotărâre judecătorească definitivă pe care Autoritatea contractantă o ignoră, deși este opozabilă și aplicabilă speță), contestatorul consideră că se constată interesului Autorității contractante de a descalifica toate ofertele depuse în Procedura de atribuire, cu excepția ofertei câștigătoare, favorită încă din faza premergătoare demarării acestei proceduri (studiul de fezabilitate a fost realizat de compania al cărui asociat este fiul asociatului firmei declarate câștigătoare), deși avea cel mai mare preț dintre ofertele depuse.

Totodată, inclusiv condiționarea temporară a fost respectată deoarece (i) societatea de asigurări a răspuns Autorității contractante de îndată de a fost solicitată clarificarea situației; (ii) la momentul depunerii ofertei, astfel cum s-a arătat anterior, a fost depusă garanția care respecta cerințele Fișei de date, iar (iii) în termenul stabilit de

către Autoritatea contractantă pentru răspunsul la solicitarea de clarificare, ,,,, susține că a clarificat situația și a depus documentul în original.

Respingerea ofertei trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele și pe probe concludente, iar nu pe justificări neclare sau insuficiente, după cum s-a reținut prin Decizia CNSC nr. 285/C2/871 din data de 09.02.2021: *„orice hotărâre a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele și pe probe concludente, iar nu pe justificări neclare sau insuficiente. Primirea unui răspuns insuficient pentru comisia de evaluare, sprijinită de cauze culpabile însăși acesteia, care nu a știut să își redacteze corespunzător (exhaustiv) solicitările de clarificări, nu determină neapărat respingerea unei oferte.”* Într-o atare situație, contestatorul apreciază că, la o simplă analiză coroborată a solicitării de clarificare și a răspunsului dat, se constată condudența acestuia și, în consecință, nelegalitatea măsurii dispuse. Oricum, contestatorul susține că, autoritatea contractantă nu poate să își fundamenteze măsura respingerii ofertei sale, în raport de modul în care, în mod corect oricum, societatea de asigurări a răspuns, potrivit art. 134 alin. 5 din Legea nr. 98/2016.

2. Contestatorul subliniază faptul că, Documentele constatatoare au fost anulate, în mod definitiv, și nu mai pot fundamenta măsura excluderii ofertei, întrucât situația ofertantului nu poate fi analizată doar la momentul depunerii ofertei, ci Autoritatea contractantă trebuie să analizeze toate informațiile și documentele depuse de către ofertant prin care se probează neaplicarea unei sancțiuni.

Mai mult, contestatorul susține că, constatarea unei pretinse abateri grave a ,,,, este profund netemeinică și nelegală, prin raportare la următoarele aspecte:

- Documentele constatatoare au fost anulate, după cum se arată, în mod definitiv și, totodată, prin Decizia definitivă, a fost constatată inclusiv rezilierea abuzivă a contractului încheiat între ,,,, și Primăria Sibiu (Anexa nr. 11 la contestație, respectiv *Dispozitivul Deciziei definitive* publicat sub forma unei soluții pe scurt pe portalul instanțelor de judecată: *„Admite recursul principal formulat de recurenta reclamantă ,,,, SERVIS SRL împotriva sentinței administrative nr.397/2020 pronunțată de Tribunalul Sibiu - Secția a II*

a civilă de contencios administrativ și fiscal în dosar nr. 3148/85/2019 și în consecință: Casează sentința recurată și în rejudecare. Admite în parte acțiunea formulată și precizată de reclamanta ,,,, SERVIS SRL în contradictoriu cu pârâțul Municipiul Sibiu prin primar. Constată caracterul abuziv al rezilierii Dispune anularea Documentului constatator din data de 10.04.2019, înregistrat sub nr. 28632/10.04.2019, precum și a Documentului constatator din data de 11.04.2019, înregistrat sub nr. 28985/11.04.2019. (...) Obligă pârâțul Municipiul Sibiu prin primar la plata către recurenta reclamantă a sumei de 6000 lei, cu titlu cheltuieli de judecată parțiale, reprezentând onorariu avocat. Definitivă. Pronunțată conform art. 402 Cod procedură civilă, prin punerea soluției la dispoziția părților de către grefa instanței, la data de 2.12.2020"). Mai mult, analiza Autorității contractante pretensei abateri grave comise de către ,,,, se bazează, de fapt, pe documente deja găsite nelegale de către instanța competentă și care, în opinia contestatorului, nu mai pot fundamenta o evaluare a ofertei sale. Cu alte cuvinte, contestatorul susține că, acestei situații îi sunt inaplicabile dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, atât timp cât acte administrative au fost anulate în mod retroactiv.*

- Contestatorul susține că, Decizia definitivă este opozabilă Autorității contractante, potrivit art. 435 din C.proc. civ, fiind obligatorie respectarea acesteia, neexistând niciun factor extern care să poată măcar să impacteze puterea executorie a acestuia și/sau forța probantă, concluzie care, în opinia sa, se desprinde inclusiv din modificarea argumentelor Autorității. Concret, se arată că, prin punctul de vedere formulat, Autoritatea contractantă a eliminat mențiunea privind pretinsa existență a unui recurs ce ar conduce la suspendarea Deciziei definitive prin care au fost anulate Documentele constatatoare.

- dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prevăd posibilitatea ofertantului de a depune documentele care confirmă respectarea cerințelor, prin răspunsurile la solicitările de clarificare, sens în care a procedat și ,,,, dat fiind că a indicat în mod expres Autorității contractante faptul că nu mai este posibilă aplicarea măsurii excluderii urmare a anulării Documentelor constatatoare. Totodată, contestatorul consideră că, la o simplă analiză a dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 se constată că evaluarea ofertei nu trebuie să se raporteze exclusiv la documentele din ofertă de la momentul depunerii, ci Autoritatea trebuie să accepte și informații și

documente ulterioare care probează o modificare a situației indicate în cadrul DUAЕ. Practic, susține contestatorul, Autoritatea contractantă nu se poate limita la situația existentă la momentul depunerii ofertei (înregistrarea dosarelor având ca obiect suspendarea, anularea Documentelor constatatoare), ci trebuie să aplice și să înțeleagă aspectele concrete de la momentul evaluării, respectiv anularea Documentelor constatatoare.

(d) Contestatorul consideră că se impune obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației în cazul soluționării favorabile a cauzei, solicitând acordarea cheltuielilor suportate de către „„, în faza de soluționare a contestației de către Consiliu având în vedere dispozițiile art. 453 coroborat cu art. 451 alin. (1) din C. pr. civ. care prevăd în mod expres că partea care pierde procesul va fi obligată la suportarea cheltuielilor de judecată, în aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, anexând Factura Fiscală nr. 180, emisă de Cabinet de avocat Oana Gavrilă, în suma de 11.597,26 lei.

II.În ceea ce privește contestația depusă de SC SRL, contestatorul face următoarele precizări:

În cadrul procedurii de atribuire, contestatorul a depus o ofertă admisibilă și competitivă, în sensul că a îndeplinit toate cerințele și exigențele impuse prin documentația de atribuire.

Prin intermediul Comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, precum și a Raportului procedurii, publicate în SEAP, în data de 28.01.2021, contestatorul a fost informat că oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (1), coroborat cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) și 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016, precum și cu normele statuate în cuprinsul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, decizie pe care o consideră nelegală.

1) Cu referire la experiența profesională deținută de Expertul cheie 1 - lider de echipă - Șef de proiect, contestatorul arată că, astfel cum se învederează în cuprinsul Comunicării rezultatului procedurii, Autoritatea contractantă nu a efectuat o evaluare temeinică a ofertei depusă de, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, materializată într-un act de evaluare, procedând la ignorarea caracterului obligatoriu al documentației de atribuire.

În același sens, reține și Curtea de Apel Constanța, prin Sentința civilă nr. 150/CA, pronunțată în ședința publică din 17 iulie 2019, în dosarul 317/36/2019, pagina 28, astfel: *"Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, pe probe concludente, materializată într-un act de evaluare"*.

Cu titlu preliminar, contestatorul susține că trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului, și-a consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru Autoritatea contractantă, așa cum rezultă din prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. În concordanță cu cele afirmate anterior, contestatorul indică și Decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de Contencios administrativ și fiscal care reține că, așa cum un contract constituie legea părților și documentația de atribuire, împreună cu clarificările publicate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Cu alte cuvinte, așa cum a reținut și Consiliul prin Decizia CNSC 2179/C7/2389/2390 din 04.12.2019, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice.

Contestatorul reliefează faptul că, la pagina 21 din Caietul de sarcini, secțiunea 5.4.1 Experți - cheie (Anexa 2), se indică următoarele:

Componența minimă a echipei de proiect va cuprinde următorii Experți - cheie:

1) Expert – cheie 1 - Lider de Echipă - șef de proiect: inginer specializarea instalații electrice - 1 persoană,

- cu cel puțin 5 ani experiență profesională în elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice pentru lucrări de construcții/modernizări/reabilitări/lucrări de întreținere periodică/curente de linii și rețele electrice sau pentru alte lucrări electrice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul

contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență;

- absolvent de studii superioare finalizate cu diplomă de licență/absolvire sau echivalent, cu atestat ANRE grad III A, conform Ordin ANRE nr. 116/2016.

Se arată că la pagina 29 din Caietul de sarcini, punctul 2 Componenta tehnică, este detaliat Factorul de evaluare F2 - Experiența experților-cheie, concretizată în numărul de proiecte similare în care respectivii experți au îndeplinit același tip de activități ca cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract, din cuprinsul căruia se poate identifica următoarele informații care vizează EXPERTUL CHEIE 1 - LIDER DE ECHIPĂ - ȘEF DE PROIECT, astfel:

2. Componenta tehnică

Factorul de evaluare F2 - Experiența experților-cheie, concretizată în numărul de proiecte similare în care respectivii experți au îndeplinit același tip de activități ca cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract

Experți principali	Cerințe	Punctaj	Procenta j
1	2	3	
Expert-cheie 1 Lider de Echipă - șef de proiect	Experiența în calitate de Lider de Echipa - șef de proiect în proiecte similare (sistem telegestiune) (în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract):	maxim 10 puncte 1 proiect - 3 puncte; între 2 și 3 proiecte - 5 puncte; 4 sau mai multe proiecte -10 puncte:	maxim 10%

Din interpretarea secțiunilor menționate mai sus, contestatorul constată faptul că, suntem în situația în care pentru EXPERTUL CHEIE 1 - LIDER DE ECHIPĂ - ȘEF DE PROIECT, un ofertant interesat să depună o ofertă conformă, trebuia să îndeplinească următoarea cerință (stipulată la secțiunea 5.4.1 Experți - cheie din Caietul de sarcini).

-EXPERTUL CHEIE 1 - LIDER DE ECHIPĂ - ȘEF DE PROIECT inclus în ofertă să aibă cel puțin 5 ani experiență profesională în elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice pentru lucrări de construcții /modernizări/reabilitări/lucrări de întreținere periodică/curente de linii și rețele electrice sau pentru alte lucrări electrice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență.

În subsidiar, pentru a obține un punctaj de 10 puncte, respectiv maxim 10% din procentaj, ofertanții aveau obligația de a dovedi că expertul EXPERTUL CHEIE 1 - LIDER DE ECHIPĂ - ȘEF DE PROIECT a fost implicat în 4 sau mai multe proiecte.

Din CV-ul expertului propus, ,,,,, parte a propunerii tehnice, rezultă, în mod indubitabil, experiența de Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și cea de Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003 - prezent, aspect pentru care contestatorul consideră cerința de la secțiunea 5.4.1 Experti - cheie din Caietul de sarcini îndeplinită.

De asemenea, contestatorul afirmă că, prin Răspunsul la clarificări din 07.01.2021, a demonstrat, cu mijloacele menționate în documentația de atribuire, faptul că expertul desemnat are experiență similară în domeniu, așa cum rezultă din CV-ul depus, deținând experiența de Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și cea de Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003 - prezent, cu mențiunea că, pentru celeritate în procesul de evaluare și pentru confirmare, a transmis, odată cu răspunsul la clarificări și Declarația pe propria răspundere prin care se atestă poziția deținută de Expertul cheie propus ,,,,, respectiv funcția de Șef proiect și proiectant de specialitate, în cadrul funcțiilor deținute.

Cu alte cuvinte, prin Declarația pe propria răspundere, Expertul cheie propus ,,,,, confirmă că, în cadrul funcțiilor deținute de Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și cea de Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003 - prezent, a exercitat activități de Șef de proiect și proiectant de specialitate.

Pe de altă parte, pentru obținerea punctajului de 10 puncte, pentru EXPERTUL CHEIE 1 - LIDER DE ECHIPĂ - ȘEF DE PROIECT, ,,,,, contestatorul susține că a depus o Anexă la CV - denumită Informare,

în cuprinsul căreia, au fost indicate 27 de proiecte derulate în intervalul 2017-2019.

Cu alte cuvinte, contestatorul reține că Autoritatea contractantă, critică faptul că specialistul desemnat ,,,, nu are o experiență profesională de peste 5 ani, analizând în mod tendențios oferta, menționând că "toate proiectele prezentate ca experiență similară sunt între anii 2018-2019" și că nu justifică experiența profesională de peste 5 ani, când rezultă, în mod indubitabil că acele contracte menționate sunt o cerință separată, indicate pentru a obține punctajul de 10 puncte în cadrul factorului de evaluare F2, ci nu pentru a proba îndeplinirea cerinței de la secțiunea 5.4.1 Experți - cheie din Caietul de sarcini, adică nu au fost indicate pentru a dovedi experiența profesională de peste 5 ani.

Contestatorul precizează că avea obligația să verifice în detaliu toate documentele puse la dispoziție de societatea în cadrul ofertei, cât și răspunsurile la clarificări și eventual, să nu aplice un formalism excesiv care intră în contradicție cu principiul bunei credințe și cu prevederile documentației de atribuire.

Se observă că însăși Autoritatea contractantă reține că expertul propus, ,,,, are o experiență de Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și cea de Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003 - prezent, aspect pentru care petentul consideră cerința de la secțiunea 5.4.1 Experți - cheie din Caietul de sarcini îndeplinită.

2. În legătură cu cerința minimă din caietul de sarcini, de la cap. 5, paragraful 5.4.1, pct. 2) referitoare la experiența similară a expertului cheie 2 - inginer proiectant instalații electrice, ,,,, contestatorul apreciază că, în mod eronat, Comisia de evaluare, a reținut că, în urma evaluării documentelor justificative și a informațiilor prezentate în propunerea tehnică, referitoare la experiența expertului, ,,,, în proiecte similare, a constatat că proiectele prezentate ca experiență nu sunt asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, motiv pentru care, în baza art. 209 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și a art. 134 alin. (1), alin. (3) și alin. (5)-(9) din Anexa la HG nr.

395/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 11.857/30.12.2020, cu termen de răspuns 07.01.2021, a solicitat clarificări cu următorul enunț: *"Nu se identifică, fără echivoc, care dintre proiectele menționate ca experiență similară în propunerea tehnică, pentru expertul cheie propus, Căprar Costin Vasile - Paul, reprezintă implementarea unor proiecte asemănătoare atât ca tip/natură și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură, și anume aplicarea de soluții inteligente prin instalarea unor sisteme de telegestiune a iluminatului public".*

Contestatorul reliefează faptul că, la pagina 21 din Caietul de sarcini, secțiunea 5.4,1 Experți - cheie (Anexa 2), se indică următoarele:

2) Expert - cheie 2 - Inginer proiectant instalații electrice -1 persoană,

- cu cel puțin 3 ani experiență profesională în elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice pentru lucrări de construcții/modernizări/reabilitări/lucrări de întreținere periodică/curente de linii și rețele electrice sau pentru alte lucrări electrice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență;

- absolvent de studii superioare în domeniul instalațiilor electrice, energetică sau domenii similare, finalizate cu diplomă de licență/absolvire, atestat ANRE grad III A, conform Ordin ANRE nr. 116/2016.

Se reține că la pagina 29 din Caietul de sarcini, punctul 2 Componenta tehnică, este detaliat Factorul de evaluare F2 - Experiența experților-cheie, concretizată în numărul de proiecte similare în care respectivii experți au îndeplinit același tip de activități ca cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract, din cuprinsul căruia se pot identifica următoarele informații care vizează Expertul - cheie 2 »
Inginer proiectant instalații electrice - 1 persoană:

Expert-cheie 2 Inginer proiectant	Experiență în calitate de Inginer proiectant instalații electrice, în proiecte similare (în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care	Maxim 5 puncte	Maxim 5%
		-1 proiect - 2 puncte	
		-între 2 și 3 proiecte -3puncte	

instalații electrice	urmează să le îndeplinească în viitorul contract):	-4 sau mai multe contracte - 5 puncte	
----------------------	--	---------------------------------------	--

Contestatorul observă că Autoritatea contractantă consideră contractele depuse, pentru dovedirea experienței similare, pentru specialistul ing. Paul Căprar, ca fiind inferioare în sensul complexității, aceasta neputând fi decât o părere subiectivă a autorității, documentația de atribuire fiind clară, fiind solicitată experiență similară în sistemele de telegestiune numai pentru Liderul de echipă, cerință pe care a îndeplinit-o.

În mod similar, contestatorul afirmă că prin Răspunsul la clarificarea din 07.01.2021, a indicat Autorității contractante că a îndeplinit cerința, proiectele menționate pentru experiența similară fiind conforme cerințelor din caietul de sarcini, astfel:

Contestatorul reiterează faptul că, din conținutul informațiilor existente la pagina 21 din Caietul de sarcini, secțiunea 5.4.1 Experți - cheie (Anexa 2), din informațiile care vizează Expertul - cheie 2 - Inginer proiectant instalații electrice - 1 persoană, rezultă indubitabil că, în solicitarea privind experiența similară a Expertului-cheie 2, a Autorității contractante, nu se regăsește cerința privind includerea unor Sisteme de telegestiune.

Totodată, contestatorul învederează Consiliului că solicitarea de proiecte similare ce includ Sisteme de telegestiune se regăsește DOAR pentru Expert-cheie 1, astfel:

Expert-cheie 1 Lider de Echipă - șef de proiect	Experiența în calitate de Lider de Echipa - șef de proiect în proiecte similare (sistem telegestiune) (în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract);
--	---

Contestatorul indică faptul că, așa cum rezultă din conținutul paginii 29 din Caietul de sarcini, punctul 2 Componenta tehnică, în cuprinsul căreia este detaliat Factorul de evaluare F2 -Experiența experților-cheie, rezultă că nu a fost solicitată experiența similară pentru ceilalți experți în proiecte ce au avut implementate sisteme de telegestiune, această cerință cu sistemul de gestiune fiind impusă, exclusiv, doar pentru Expertul Cheie 1, documentația de atribuire consolidându-și forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru Autoritatea contractantă, astfel cum rezultă din prevederile art. 75 din Legea nr.

98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Se menționează de către petent că, potrivit art. 133 alin. (1) și (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, una dintre atribuțiile comisiei de evaluare este de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, cu mențiunea că propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv, obligație legală pe care Comisia de evaluare nu a îndeplinit-o în prezentul caz.

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice, „[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte”, neavând posibilitatea de a ignora conținutul documentației de atribuire.

De asemenea, așa cum este și practica CNSC reliefată prin Decizia 2179/C7/2389/2390 din 04.12.2019, prin raportare la legislația incidentă în domeniul achizițiilor publice, care instituie regulile care stau la baza derulării procedurilor de achiziție publică, autoritatea contractantă nu se mai poate abate de la acestea și de la propriile condiții și cerințe impuse prin documentația de atribuire, o astfel de manieră fiind contrară legislației și principiilor care guvernează achizițiile.

În lumina celor prezentate, contestatorul opinează că, în procesul de evaluare, Autoritatea contractantă se abate de la propriile condiții și cerințe impuse prin documentația de atribuire, o astfel de manieră fiind contrară legislației și principiilor care guvernează achizițiile, solicitând pentru Expertul - cheie 2 - Inginer proiectant instalații electrice - 1 persoană - experiență similară în sisteme de telegestiune, deși documentația de atribuire, publicată în SEAP nu impune o astfel de cerință.

În plus, contestatorul apreciază că, prin depunerea ofertei a îndeplinit, punctual toate criteriile privind experiența similară a experților cheie, experiență care este în legătură directă cu natura și obiectul contractului, în același mod reținând și CNSC, astfel:

Așa cum a reținut și CNSC prin Decizia nr. 624/C2/560 din 22.04.2019, legalitatea punctării experților trebuie analizată și prin

prisma legăturii directe cu natura și obiectul contractului și reflectării avantajului pe care Autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea experienței celor doi experți având în vedere principalele lucrări care se vor executa, așa cum sunt indicate la capitolul 3 din Caietul de sarcini, respectiv: demontare aparate de iluminat vechi, necorespunzătoare, înlocuire stâlpi, montare stâlpi suplimentari, montare aparate de iluminat

Potentul solicită Consiliului să constate că, însăși Autoritatea contractantă confirmă (la pagina 4 din Comunicarea rezultatului procedurii), faptul că:

Potrivit Instrucțiunii nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, de ANAP, *demonstrarea experienței similare este necesar a se realiza prin prestarea de servicii similare cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică care urmează a se atribui.*

Contestatorul subliniază faptul că, în conformitate cu art. 5 din Instrucțiunea nr. 2/2017, indicată anterior, Autoritatea contractantă nu poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică, astfel:

Art 5.(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acord ului- cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

Cu referire motivele de excludere indicate la punctele, III și IV, din Comunicare, respectiv:

III. Neîndeplinirea cerinței minime din Caietul de sarcini, de la Cap. 5, paragraful 5.4,1, pct. 3), referitoare la experiența similară a Expertului cheie 3 - Inginer specialist iluminat, , în proiecte asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență, precum și a

IV. Neîndeplinirea Cerinței minime din Caietul de sarcini, de la Cap. 5, paragraful 5.4.1, pct. 4), referitoare la experiența similară a Expertului cheie 4 - Inginer tehnologia informației/specialist în informatică, ,,, în proiecte asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență,

Contestatorul precizează următoarele:

În mod similar, cu cele reținute la punctul 3 din prezenta Contestație, Autoritatea contractantă, invocă faptul că, Expertului cheie 3 - Inginer specialist iluminat, ,,, și Expertul cheie 4 - Inginer tehnologia informației/specialist în informatică, Chels Alexandru - au experiență în elaborarea de proiecte asemănătoare ca tip/natură, dar inferioară, ca și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură. Prin tip/natură și complexitate, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului ce urmează a fi atribuit, se dorește elaborarea unei documentații tehnice, faza PT, pentru implementarea și gestionarea inteligentă a sistemului de iluminat public, prin sisteme de management prin telegestiune, conform documentației tehnice publicate pe SEAP, faza DALI.

Contestatorul reliefează faptul că, la pagina 21 din Caietul de sarcini, secțiunea 5.4.1 Experți - cheie (Anexa 2), se indică următoarele:

3) Expert - cheie 3 - Inginer specialist iluminat -1 persoană, - cu cel puțin 3 ani experiență profesională în elaborare/revizuire studii de fezabilitate /DALI/proiecte tehnice pentru lucrări de construcții/modernizări/reabilitări/lucrări de întreținere periodică/curente de linii și rețele electrice sau pentru alte lucrări electrice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență;

- absolvent de studii superioare în domeniul instalațiilor electrice, energetică sau domenii similare, finalizate cu diplomă de licență/absolvire, atestat ANRE grad II A, conform Ordin ANRE nr.

116/2016 și certificat de atestare profesională specialist iluminat (conform COR 214237).

4) Expert - cheie 4 - Inginer tehnologia informației/specialist în informatică – 1 persoană,

- cu cel puțin 3 ani experiență profesională în activități/lucrări electrice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență;

- absolvent de studii superioare finalizate cu diplomă de licență/absolvire în domeniu.

Se arată că la pagina 29 din Caietul de sarcini, punctul 2 Componenta tehnică, este detaliat Factorul de evaluare F2 - Experiența experților-cheie, concretizată în numărul de proiecte similare în care respectivii experți au îndeplinit aceiași tip de activități ca cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract, din cuprinsul căruia se pot identifica următoarele informații care vizează Expertul - cheie 3 - Inginer specialist iluminat și Expertului cheie 4 - Inginer tehnologia informației/specialist în informatică:

Expert-cheie 3 Inginer specialist iluminat	Experiență în calitate de Inginer specialist iluminat, în proiecte similare (în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract);	maxim 5 puncte	maxim 5%
		- 1 proiect - 2 puncte: - între 2 și 3 proiecte - 3 puncte: - 4 sau mai multe proiecte - 5 puncte:	
Expert-cheie 4 Inginer tehnologia informației/specialist în informatică	Experiență în calitate de Inginer tehnologia informației specialist în informatică, în proiecte similare (în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract);	maxim 5 puncte	maxim 5%
		- 1 proiect - 2 puncte: - între 2 și 3 proiecte - 3 puncte: - 4 sau mai multe proiecte - 5 puncte	

Contestatorul reiterează faptul că, din conținutul informațiilor existente la pagina 21 din Caietul de sarcini, secțiunea 5.4.1 Experți - cheie (Anexa 2), din informațiile care vizează Experții- cheie 3 și 4, rezultă indubitabil că, în solicitarea privind experiența similară a Expertului-cheie 2, a Autorității contractante, nu regăsește cerința privind includerea unor Sisteme de telegestiune.

Totodată, contestatorul învederează Consiliului că, solicitarea de proiecte similare ce includ Sisteme de telegestiune se regăsește, EXCLUSIV, pentru Expert-cheie 1.

Opinează petentul că, așa cum este și practica CNSC reliefată prin Decizia 2179/C7/2389/2390 din 04.12.2019, prin raportare la legislația

incidență în domeniul achizițiilor publice, care instituie regulile care stau la baza derulării procedurilor de achiziție publică, autoritatea contractantă nu se mai poate abate de la acestea și de la propriile condiții și cerințe impuse prin documentația de atribuire, o astfel de manieră fiind contrară legislației și principiilor care guvernează achizițiile.

În altă ordine de idei, contestatorul apreciază că în procesul de evaluare, Autoritatea contractantă se abate de la propriile condiții și cerințe impuse prin documentația de atribuire, o astfel de manieră fiind contrară legislației și principiilor care guvernează achizițiile, solicitând pentru Expertii - cheie 3 și 4 - în sisteme de telegestiune, deși documentația de atribuire, publicată în SEAP nu impune o astfel de cerință.

IV . Cu referire la cerința minimă din Caietul de sarcini și fișa de date prin care se solicită - "Ofertanții au obligația de a indica sau marca documentele/informațiile din propunerea tehnică pe care le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă", contestatul menționează că, după cum se poate constata, din alegațiile Autorității contractante ilustrate la punctul V din Comunicarea rezultatului procedurii, rezultă faptul că, răspunsul la solicitarea de clarificări a fost neconcludent, având în vedere că nu a probat caracterul confidențial al ofertei depuse.

Potrivit practicii CNSC „Autoritatea contractantă ar trebui să-și exercite în mod corect rolul activ și să iasă de sub imperiul formalismului exagerat, interpretării strict textuale și scolastice a documentației de atribuire și să analizeze oferta în ansamblul său, ca un tot unitar și sistematic, iar nu pe bucăți".

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice - „[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare

să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri, [...]".

Așa cum a reliefat și Consiliul prin Decizia publicată în B02018_5928, este evident că oferta va fi considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției (așa cum se stabilește la art. 215 alin. 4 din Legea nr. 98/2016), însă această sancțiune, nu intervine imediat, ci este o măsură ce urmează întregului set de reguli, obligații și drepturi acordate în egală măsură atât autorității contractante, cât și ofertanților, de către reglementarea în materie.

Din întreaga jurisprudență rezultă că, sancțiunea nedovedirii caracterului confidențial este aceea a nepăstrării caracterului confidențial al ofertei, astfel:

> În vederea respectării principiului transparenței stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016 și având în vedere prevederile art 231 alin. (5) din legea invocată, precum și cele ale art 154 din HG nr. 394/2016, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatoarei SC (...) SRL, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, toate documentele aflate la dosar, inclusiv cele declarate confidențiale de operatorul economic SC (...) SRL";

> „Consiliul a solicitat ofertantului desemnat câștigător (intervenient în procedura de față) să indice explicit care este prejudiciul adus intereselor sale în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală, prin dezvaluirea informațiilor din propunerea tehnică și financiară și totodată să comunice mijloacele de probă în dovedirea caracterului confidențial al propunerii tehnice și financiare. Intervenienta a răspuns (...) indicând temeiul juridic al încadrării informațiilor ca fiind confidențiale dar nu a prezentat niciun mijloc de proba în susținere. Prin urmare, nefiind dovedit caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei pentru studiu oferta intervenientei în integralitate.”

În acest context, petentul supune analizei Consiliului faptul că, din interpretarea gramaticală, logică, teleologică (ținând cont de scopul legii) și sistematică (bazată pe coroborarea textelor legale de așa

manieră încât interpretările acestora să se concilieze) a legislației incidente, respectiv a dispozițiilor statuate la art. 29-42 din HG nr. 395/2016 - care reglementează Stabilirea criteriilor de calificare și a criteriilor de selecție, dovedirea confidențialității nu reprezintă un criteriu de calificare și selecție.

Apreciază contestatorul că, niciunul dintre argumentele pe care și-a construit Autoritatea contractantă decizia de respingere nu au fost de natură să probeze în mod cert că SRL nu a depus o ofertă completă sau că nu ar putea executa contractul care face obiectul prezentei proceduri.

Ca expresie a priorității principiului proporționalității, contestatorul arată că actele instituțiilor trebuie să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unuia singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

Se reține că în jurisprudența sa Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecatoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedura de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Contestatorul apreciază că principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea UniversaleBau și

altii, 0-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C- 34/03, pct 26).

Luând în considerare toate motivele de fapt și de drept expuse exhaustiv, contestatorul solicită Consiliului să admită prezenta contestație, așa cum a fost formulată.

În final, contestatorul solicită obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate pentru soluționarea prezentei contestații, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Cu adresa nr. 1399/08.02.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 6532/09.02.2021, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, pentru următoarele motive:

În fapt, autoritate contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, a urmare a evaluării propunerilor tehnice rămase în procedura de achiziție publică după finalizarea etapei de verificare a conținutului DUAЕ, propunerea tehnică depusă de ofertantul SC SRL, a fost respinsă în baza prevederilor art. 137 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, fiind considerată neconformă, potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din Anexa la HG nr. 395/2016, precum și cu normele statuate în cuprinsul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece, nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, și inacceptabilă prevederilor potrivii art. 137 alin. (5) din Anexa la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece explicațiile prezentate de ofertant ca răspuns la solicitarea de clarificare formulată de comisia de evaluare au fost considerate neconcludente.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, la analizarea și evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii, a ținut cont de caracterul obligatoriu al documentație de atribuire, care cuprinde DEAU, fișa de date a achiziție, modelul de contract, caietul de sarcini, modele de formulare, precum și documentația tehnică, DALI. Totodată, se reiterează faptul că, documentația de atribuire are caracter obligatoriu, atât pentru

autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți, care potrivit art. 75 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, depun oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, iar potrivit art. 123 alin. (1) din Anexa Ia HG nr. 935/2016, cu modificările și completările ulterioare, elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Mai mult, autoritatea contractantă precizează faptul că, orice ofertă tehnică trebuie mai întâi să îndeplinească cerințele de admisibilitate solicitate prin documentația de atribuire, în special cele din caietul de sarcini și documentația tehnică faza DALI, fișa de date, modele de formulare și modelul de contract, și apoi potrivit art. 33 alin. (3) din Anexa la HG nr. 935/2016, cu modificările și completările ulterioare, să fie aplicat criteriul de atribuire prevăzut în documentația de atribuire.

Așadar, autoritatea contractantă susține că fiecare ofertant participant la procedură avea obligația de face dovada că îndeplinește mai întâi cerințele impuse în caietul de sarcini la pag. 21, cu privire la experții - cheie definiți ca experții care vor avea un rol important în implementarea contractului, și de cerințele impuse prin documentația tehnică faza DALI, sintetizate în și în caietul de sarcini, acelea de realizarea unui sistem de iluminat public cu eficiență energetică ridicată, prin tehnologii noi de tip LED cu telegestiune, și apoi să facă dovada îndeplinirii cerințelor solicitate pentru aplicarea criteriului de atribuire, prevăzute în Anexa nr. 3 din Caietul de sarcini.

Mai specific, autoritatea contractantă precizează că, oferta prezentată de contestatarul SC SRL nu îndeplinește:

I. Cerința minimă din Caietul de sarcini de la Cap. 5, paragraful 5.4.1, pct. 1), referitoare la experiența profesională deținută de Expertului cheie 1-Lider de Echipă - șef de proiect, inginer specializarea instalații electrice, **cu cel puțin 5 ani experiență profesională în elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice** pentru lucrări de construcții/modernizări/reabilitări/lucrări de întreținere periodică/curente de linii și rețele electrice sau pentru alte lucrări electrice **asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului**, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență, cerință care potrivit modalității de îndeplinire, este îndeplinită prin prezentarea unui

curriculum vitae, actual la data depunerii ofertei, care să cuprindă principalele proiecte (contracte) în care a fost implicat și poziția deținută în cadrul acestora.

În analizarea cerinței, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a luat în considerare informațiile prezentate la secțiunea experiența profesională, menționată în CV-ul expertului, respectiv: Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003-prezent, și lista cu proiectele luminotehnice realizate în ultima perioadă (2018, 2019) în calitate de expert, consultant sau specialist-inginer proiectant.

Astfel, din evaluarea informațiilor prezentate de contestator în CV-ul expertului propus, anterior menționate, autoritatea contractantă menționează că, comisia de evaluare a constatat că nu rezultă experiența profesională solicitată prin caietul de sarcini, de cel puțin 5 ani în elaborarea/revizuirea studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului (proiectarea unui sistem de iluminat public cu eficiență energetică ridicată, prin tehnologii noi de tip LED cu telegestiune), după cum se poate constata, motiv pentru care, a solicitat clarificări.

Autoritatea contractantă învederează faptul că, contestatorul, prin răspunsul transmis la clarificarea solicitată a precizat că: *„Am demonstrat, cu mijloacele menționate în documentația de atribuire, faptul că expertul desemnat are experiența similară în domeniu. Pentru celeritate în analiza dumneavoastră, transmitem atașat și Declarația pe propria răspundere prin care se atestă poziția deținută de Expertul cheie propus Galatanu Daniel, având funcția de Șef proiect și proiectant de specialitate în cadrul proiectelor enumerate în cadrul CV-ului.”*

Așadar, din analizarea răspunsului primit la solicitarea de clarificare, dar și a informațiilor prezentate în propunerea tehnică, autpritatea contractantă susține că, nu rezultă că cerința minimă solicitată prin caietul de sarcini este îndeplinită, aceea de a avea experiența profesională de cel puțin 5 ani experiență profesională în elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice,

asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului.

Mai mult, autoritatea considerăm că, eronat, contestatarul accentuează faptul că expertul propus, în cadrul funcțiilor deținute de Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică "Gh. Asachi" din, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și cea de Profesor universitar, Universitatea Tehnică "Gh. Asachi" din, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003-prezent, a elaborat proiecte tehnice, asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului ce urmează a fi atribuit, având în vedere că, potrivit declarației dată pe propria răspundere, a fost clarificată poziția deținută în cadrul proiectelor, respectiv aceea de șef de proiect și proiectant de specialitate, în cadrul proiectelor lumino tehnice realizate în ultima perioadă (2018, 2019), anexa la CV.

Așadar, autoritatea contractantă precizează că, comisia de evaluare a considerat că cerința minimă din caietul de sarcini nu este îndeplinită, prin urmare oferta tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar contestatorul nu a răspuns concludent la clarificările solicitate.

Totodată, autoritatea învederează faptul că, pentru a ajunge la aplicarea criteriului de atribuire, astfel cum a precizat, propunerea tehnică prezentată de contestator trebuia mai întâi să satisfacă în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, să se constate că este admisibilă, și apoi să se verifice îndeplinirea cerințelor privind aplicarea criteriului de atribuire.

II. Referitor la critica formulată de contestator cu privire la faptul că membrii comisiei de evaluare, eronat au reținut că experiența expertului, ,,,, în proiecte similare, nu este asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, autoritatea contractantă precizează faptul că scopul contractului ce urmează a fi atribuit este acela, ca aceasta, să obțină un proiect tehnic precum și asistența tehnică pe perioada lucrărilor, pentru realizarea unui sistem de iluminat public cu eficiență energetică ridicată, prin tehnologii noi de tip LED cu telegestiune.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare ca urmare a evaluării documentelor justificative și a înfățișărilor prezentate în propunerea tehnică, referitoare la experiența expertului, „„„, în proiecte similare, a constatat că proiectele prezentate ca experiență nu sunt asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, motiv pentru care, în baza art. 209 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și a art. 134 alin. (1), alin. (3) și alin. (5)- (9) din Anexa la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 11.857/30.12.2020, cu termen de răspuns 07.01.2021, a solicitat clarificări, astfel: *„Nu se identifică, fără echivoc, care dintre proiectele menționate ca experiență similară în propunerea tehnică, pentru expertul cheie propus, ..., reprezintă implementarea unor proiecte asemănătoare atât ca tip/natură și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură, și anume aplicarea de soluții inteligente prin instalarea unor sisteme de telegestiune a iluminatului public”*.

Contestatorul, prin răspunsul dat la solicitarea comisiei de evaluare, a precizat, după cum se arată, că: *„Cerința este îndeplinită, proiectele menționate ca experiență similară sunt conform cerințelor din caietul de sarcini”, și că „În Anexa 3, punctul 2-Componenta tehnică din Caietul de Sarcini la Expert-cheie 2 Inginer proiectant instalații electrice se solicită: Experiență în calitate de Inginer proiectant instalații electrice, în proiecte similare (în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract). Astfel nicăieri în solicitarea privind experiența similară a Expertului-cheie 2, a Autorității contractante, nu regăsește cerința privind includerea unor Sisteme de telegestiune. Totodată, învederăm autorității contractante că solicitarea de proiecte similare ce includ Sisteme de telegestiune se regăsește doar pentru Expert-cheie 1 Lider de Echipă - șef de proiect. Menționăm că nicăieri în documentația de atribuire nu a fost solicitată experiența similară a celorlalți experți, alții decât Expertul Cheie 1 în proiecte ce au avut implementate sisteme de telegestiune”*.

Autoritatea contractantă precizează faptul că, în caietul de sarcini sunt două cerințe distincte, cu rezultate și scopuri diferite. Astfel, se

arată că, *prima cerință* (de la pag. 21) este aceea ca ofertanții să prezinte un expert, inginer proiectant instalații electrice, cu cel puțin 3 ani experiență profesională în elaborarea de proiecte tehnice, asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului (scopul contractului ce urmează a fi atribuit fiind ca autoritatea contractantă, să obțină un proiect tehnic, precum și asistența tehnică pe perioada lucrărilor, pentru realizarea unui sistem de iluminat public cu eficiență energetică ridicată, prin tehnologii noi de tip LED cu telegestiune) ceea ce conduce la realizarea unei oferte conforme, care satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, *și a doua cerință* (de la pag. 29) de a prezenta un minimum de proiecte la care expertul propus a participat, ca inginer proiectant instalații electrice, în proiecte similare (în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract), în vederea îndeplinirii cerinței privind aplicarea criteriului de atribuire.

În opinia autorității contractante, contestatarul voit, sau nu, consideră că este una singură, și le tratează ca atare.

Mai mult, autoritatea contractantă menționează faptul că, comisia de evaluare în analiza și verificarea ofertei depuse de contestator a ținut cont de prevederile **art. 5 din Instrucțiunea nr. 2/2017**, astfel că, acesta nu a putut demonstra experiența similară pentru expertul propus, aceea că respectivul expert a participat la elaborarea de proiecte tehnice, **asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului**, (rezultatul, funcționalitatea urmărită și scopul contractului ce urmează a fi atribuit fiind ca autoritatea contractantă, să obțină un proiect tehnic, precum și asistența tehnică pe perioada lucrărilor, pentru realizarea unui sistem de iluminat public cu eficiență energetică ridicată, prin tehnologii noi de tip LED cu telegestiune).

Așadar, autoritatea contractantă arată că comisia de evaluare a considerat că cerința minimă din caietul de sarcini nu este îndeplinită, prin urmare, oferta tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar contestatorul nu a răspuns concludent la clarificările solicitate.

Referitor la motivele de excludere privind:

III. Neîndeplinirea cerinței minime din Caietul de sarcini, de la Cap. 5, paragraful 5.4.1, pct. 3), referitoare la experiența similară a Expertului cheie 3 - Inginer specialist iluminat, ,,,, în proiecte asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență,

precum și a

IV. Neîndeplinirea cerinței minime din Caietul de sarcini, de la Cap. 5, paragraful 5.4.1, pct. 3), referitoare la experiența similară a Expertului cheie 4 - Inginer tehnologia informației/specialist în informatică, ,,,, în proiecte asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență,

autoritatea contractantă precizează următoarele:

În mod similar, cu cele reținute la punctul II. contestatorul este într-o eroare gravă, prin faptul că nu face distincția între cerința solicitată la etapa de conformitate a propunerii tehnice cu caietul de sarcini, privind experiența similară în elaborarea de proiecte, asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului (știind că scopul contractului ce urmează a fi atribuit este acela, ca autoritatea contractantă, să obțină un proiect tehnic precum și asistența tehnică pe perioada lucrărilor, pentru realizarea unui sistem de iluminat public cu eficiență energetică ridicată, prin tehnologii noi de tip LED cu telegestiune), și cerința din etapa de aplicare a criteriului de atribuire, considerând că este una și aceeași.

În caietul de sarcini sunt, după cum se arată, două cerințe distincte, care conduc la rezultate și scopuri diferite. Prima, precizează autoritatea, este aceea ca ofertantul să prezinte un expert, inginer specialist iluminat, cu cel puțin 3 ani experiență profesională în elaborarea de proiecte tehnice, respectiv inginer tehnologia informației/specialist în informatică cu cel puțin 3 ani experiență profesională în activități/lucrări electrice, asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului (scopul contractului ce urmează a fi atribuit fiind ca autoritatea contractantă, să obțină un proiect tehnic, precum și asistența tehnică pe perioada lucrărilor,

pentru realizarea unui sistem de iluminat public cu eficiență energetică ridicată, prin tehnologii noi de tip LED cu telegestiune), respectiv ceea ce conduce la realizarea unei oferte conforme, care satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, și cea de a doua, de a prezenta un număr de proiecte similare la care expertul propus a participat, ca inginer specialist iluminat, respectiv inginer tehnologia informației/ specialist în informatică(în care expertul a îndeplinit același tip de activități cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract), în vederea îndeplinirii cerinței privind aplicarea criteriului de atribuire.

Pentru autoritatea contractantă este foarte important ca experții nominalizați, liderul de echipă-șef de proiect și inginerii nominalizați, să aibă experiență profesională în elaborarea/revizuirea studii de fezabilitate/ DALI/proiecte tehnice pentru lucrări de construcții/modernizări/ reabilitări/ lucrări de întreținere periodică/curente de linii și rețele electrice sau pentru alte lucrări electrice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență, dar și experiența anterioară în proiecte similare, demonstrată prin participarea experților la îndeplinirea aceluiași tipuri de activități, cu cele pe care urmează să le îndeplinească în viitorul contract, motiv pentru care, aceasta a impus punctarea lor prin criteriul de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare consideră că cerința minimă din caietul de sarcini nu este îndeplinită, de cei doi experți propuși, ,,,, -inginer specialist iluminat, și ,,,, inginer tehnologia informației/specialist în informatică, prin urmare, oferta tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar contestatorul nu a răspuns concludent la clarificările solicitate.

Mai mult, autoritatea contractantă considerăm că membrii comisiei de evaluare și-au îndeplinit atribuțiile prevăzute de art. 133 alin. (1) și (2) din Anexa la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, de a analiza și de a verifica fiecare ofertă, atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, cu profesionalism, constatând că propunerea tehnică prezentată de SC SRL nu corespunde caietului de sarcini și documentației tehnice faza DALI. De

asemenea, autoritatea precizează că, sub nicio formă comisia de evaluare nu a ignorat documentația de atribuire, și nu s-a abătut de la propriile condiții și cerințe impuse prin documentația de atribuire.

V. Referitor la cerința din caietul de sarcini: *„Ofertanții au obligația de a indica sau marca documentele/informațiile din propunerea tehnică pe care le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă”*, autoritatea contractantă precizează că consideră calomnioasă și nereală afirmația contestatorului, că membrii comisiei de evaluare au considerat răspunsul neconcludent pentru că ofertantul NU a probat caracterul confidențial al ofertei, având în vedere faptul că, în declarația prezentată în propunerea tehnică, în argumentarea confidențialității, acesta folosește texte de lege care nu erau în aplicare la data limită de depunere a ofertelor, iar prin răspunsul prezentat la solicitarea de clarificare a transmis o declarație care se bazează pe texte de lege trunchiate.

Contestatorul nu poate să își invoce propria culpă ca motiv a depunerii unei declarații bazată pe texte de lege incorecte/nereale, și nici că prin răspunsul la solicitarea de clarificare nu a transmis o declarație corect întocmită, autoritatea arătând că, nu consideră că are vreo vină că, acesta nu cunoștea că legislația în materie de achiziții publice fusese modificată, prin OUG nr. 114/09.07.2020.

Autoritatea contractantă arată că, în baza art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, a solicitat clarificări, ocazie cu care, contestatorul ar fi putut să transmită o declarație bazată pe o argumentație de texte valabile la data limită de depunere a ofertelor, conform modificărilor aduse la legislația privind achizițiile publice, prin OUG nr. 114/2020. Astfel, comisia de evaluare a analizat răspunsul primit, conform atribuțiilor conferite de lege, și a constatat că acesta este neconcludent.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, DEAU, fișa de date a achiziției, modelul de contract, caiet de sarcini, modele de formulare, precum și documentația tehnică, DALI, motiv pentru care, acesta avea obligația, potrivit art. 123 din Anexa la

HG nr. 395/2016, de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Având în vedere că, contestatorul nu putut prezenta o propunere tehnică care satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, autoritatea contractantă precizează că singura decizie care a putut fi luată de comisia de evaluare a fost aceea de a respinge oferta ca neconformă și inacceptabilă.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră contestația formulată de contestatorul SC SRL, nefondată, fapt pentru care, arată că își menține comunicarea transmisă prin adresa nr. 953/28.01.2021 privind rezultatul procedurii de atribuire a contractului în cauză.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016, a Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 și a Legea nr. 101/2016.

Totodată, se reiterează faptul că, documentația de atribuire a fost elaborată cu respectarea tuturor principiilor și regulilor ce guvernează domeniul achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 307/19.02.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 8576/19.02.2021, SC SRL înaintează Concluzii la punctul de vedere depus de autoritatea contractantă, în care solicită admiterea contestației, argumentând următoarele:

Cu referire la experiența profesională deținută de expertul cheie 1 - lider de echipă - Șef de proiect, în plus față de argumentele expuse în cuprinsul contestației, contestatorul supune atenției CNSC conținutul CV-ului prezentat în oferta tehnică pentru ,,- Expert – cheie 1 - Lider de Echipă - Șef de proiect, nominalizat de SRL (Anexa nr. 1, la prezentele Concluzii).

Așa cum se învederează la pagina 2/2 din cadrul CV-ului depus ca anexă la propunerea tehnică, Expertul – cheie 1 - Lider de Echipă, are o experiență de peste 20 de ani în proiectare și ingineria instalațiilor, activând ca manager în cadrul unei firme de proiectare în ingineria instalațiilor timp de 20 ani. De asemenea, așa cum a evidențiat petentul și în cuprinsul contestației, din CV-ul expertului propus, ,,- secțiunea Experiență profesională (pagina 1) parte a propunerii tehnice, rezultă, în mod indubitabil, experiența de Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din Iași, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și cea de Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh.

Asachi" din Iași, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003 - prezent, aspect pentru care consideră cerința de la secțiunea 5.4.1 Experți - cheie din Caietul de sarcini îndeplinită.

Afirmațiile contestatorului sunt confirmate și de o altă secțiune a CV-ului, existentă pe pagina 1/1, astfel:

Locul de muncă: Universitatea Tehnică „Gh.Asachi” din Iași - Profesor universitar SC SRL - Director

Din coroborarea celor 3 secțiuni din cadrul CV-ului, expuse anterior detaliat, rezultă următoarele:

-Cele 2 funcții de Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi" din Iași, Catedra de Instalații

pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și cea de Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi" din Iași, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003 - prezent - au fost deținute în cadrul Universității Tehnică „Gh. Asachi" din Iași;

-Funcția manager în cadrul unei firme de proiectare în ingineria instalațiilor, timp de 20 ani - a fost deținută în cadrul societății SRL.

Contestatorul apreciază că, în prezentul caz, CV-ul expertului propus a fost evaluat de Autoritatea contractantă pe bucăți, ci nu în ansamblul său.

Totodată, contestatorul arată că în *Declarația pe propria răspundere* Anexă la Răspunsul la clarificări din 07.01.2021, expertul ,,,confirmă că, având în vedere că în CV nu a fost detaliată funcția deținută în cadrul proiectelor, declară că, aceasta a fost de Șef de proiect și proiectant de specialitate (Anexa 3 la prezentele Concluzii).

Contestatorul reiterează ideea potrivit căreia, ... avea obligația să verifice în detaliu toate documentele puse de la dispoziție de societatea SRL în cadrul ofertei, cât și răspunsurile la clarificări și eventual, să nu aplice un formalism excesiv care intră în contradicție cu principiul bunei credințe și cu prevederile documentației de atribuire.

De asemenea, petentul subliniază că la o simplă accesare a portalului ANRE, se poate observa faptul că domnul profesor ,,,,deține și atestarea necesară ANRE pentru proiectarea instalațiilor electrice, încă din anul 2010 (Anexa 2 la prezentele Concluzii).

Contestatorul opinează că, în prezenta procedura, Autoritatea contractantă neglijează principiul proporționalității, care îi incumbă și

care presupune ca în actele emise, instituțiile să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unuia singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

Prin adresa nr. 308/19.02.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 8755/22.02.2021, SC SRL formulează Concluzii în urma studierii dosarului achiziției, în care solicită admiterea contestației și obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, precizând următoarele:

Cu privire la cheltuielile de judecată pe care le solicită în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită obligarea Autorității contractante la plata sumei de 4760 lei cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând onorariu avocat suportat cu ocazia soluționării contestației care face obiectul dosarului CNSC 235/2021 - C10 conform facturii fiscale cu seria și numărul A-006346 (Anexa nr. 1 la prezentele concluzii) și Ordinul de plată nr. E2E/19.02.2021 (Anexa nr. 2 la prezentele concluzii).

Prin urmare, contestatorul solicită CNSC să constate că, în cauză sunt incidente dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, conform cărora: *"Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației"*.

Cu referire la experiența profesională deținută de expertul cheie 1 - lider de echipă - Șef de proiect, contestatorul reia argumentele expuse în cuprinsul contestației și al Concluziilor înaintate cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 8576/19.02.2021, opinând că dintr-un nejustificat formalism, Autoritatea contractantă a considerat că se impune, solicitarea de clarificări cu privire la acest expert, având în

vedere că, din CV-ul expertului propus, rezultă toate informațiile; cu alte cuvinte, chiar dacă contestatorul nu dădea curs solicitării din 30.12.2020, din documentele depuse în cadrul ofertei, rezulta îndeplinirea cerințelor.

Se indică în acest sens practica Consiliului, reliefată prin Decizia CNSC 525/C4/402 din 01.04.2020, astfel: *„Consiliul consideră că măsura respingerii ofertei pentru faptul că ofertantul nu a răspuns acestei solicitări de clarificări este excesivă, în condițiile în care autoritatea contractantă a constatat ea însăși că se află în fața unor vicii de formă. În acest sens, dacă avea dubii cu privire la măsura pe care să o aplice ofertantei, în conformitate cu principiile procedurii civile, autoritatea contractantă trebuia să aplice acesteia măsura cea mai blândă. Astfel, cu respectarea principiilor proporționalității și asumării răspunderii, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuia să dea dovadă de o mai mare diligentă în relația cu ofertanta și, fie să reia solicitarea de clarificări, fie să constate, la primirea contestației, că ofertantul a fost bună credință și a răspuns solicitării de clarificări, însă acest răspuns nu a fost transmis.”*

În legătură cu cerința minimă din caietul de sarcini, de la cap. 5, paragraful 5.4.1, pct. 2), referitoare la experiența similară a expertului cheie 2 - inginer proiectant instalații electrice, ,,,,,, contestatorul reia argumentele expuse în cuprinsul contestației, opinând că în procesul de evaluare, Autoritatea contractantă se abate de la propriile condiții și cerințe impuse prin documentația de atribuire, o astfel de manieră fiind contrară legislației și principiilor care guvernează achizițiile, solicitând pentru Expertul - cheie 2 - Inginer proiectant instalații electrice - 1 persoană - experiență similară în sisteme de telegestiune, deși documentația de atribuire, publicată în SEAP nu impune o astfel de cerință.

Cu referire la motivele de excludere indicate la punctele, III și IV din Comunicare, respectiv, neîndeplinirea cerinței minime din Caietul de sarcini, de la Cap. 5, paragraful 5.4.1, pct. 3) și pct. 4), referitoare la experiența similară - Experții cheie 3 și 4, contestatorul redă argumentele expuse inițial în cuprinsul contestației, opinând că din conținutul informațiilor existente la pagina 21 din Caietul de sarcini, secțiunea 5.4.1 Experți - cheie (Anexa 2), din informațiile care vizează Experții- cheie 3 și 4, rezultă indubitabil că, în solicitarea privind

experiența similară a Expertului-cheie 2, a Autorității contractante, nu se regăsește cerința privind includerea unor Sisteme de telegestiune.

Totodată petentul învederează Consiliului că solicitarea de proiecte similare ce includ Sisteme de telegestiune se regăsește, exclusiv, pentru Expert-cheie 1.

Cu referire la cerința minimă din Caietul de sarcini și fișa de date prin care se solicită că *"Ofertanții au obligația de a indica sau marca documentele/informațiile din propunerea tehnică pe care le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, sar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă"*, contestatorul remarcă faptul că prin Punctul de vedere, se invocă că, ofertantul a depus declarația de confidențialitate care cuprinde texte de lege incorecte/erone.

Se invocă de către petent dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016, din care rezultă că dispozițiile Legii nr. 101/2016 se completează cu dispozițiile Legii nr. 134/2010, respectiv cu dispozițiile Codului de procedură civilă.

În consecință, contestatorul solicită Consiliului să ia în calcul că, în conformitate cu dispozițiile art. 22 alin. (4) din C. proc.civ., este consacrat principiului rolului activ al judecătorului în aflarea adevărului, din care rezultă că: *Judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecării, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire.*

Prin urmare, cu atât mai mult în prezentul caz, având în vedere că contestatorul a indicat numerele articolelor din legislația incidentă în ceea ce privește păstrarea confidențialității, Autoritatea contractantă în virtutea rolului său activ, avea obligația să iasă de sub imperiul formalismului exagerat și să decidă dacă, în baza celor declarate păstrează sau nu confidențialitatea ofertei SRL.

Se menționează că ofertantul a probat prin Contestația depusă că, din întreaga jurisprudență rezultă indubitabil care este sancțiunea nedovedirii caracterului confidențial, respectiv aceea a nepăstrării caracterului condidențial al ofertei, ci nu al excluderii ofertei.

Reiterează contestatorul faptul că, din Decizia publicată în B02018_5928, este evident că oferta va fi considerată inacceptabilă

dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției (așa cum se stabilește la art. 215 alin. 4 din Legea nr. 98/2016), însă această sancțiune nu se aplică și confidențialității ofertelor, aceasta nereprezentând un criteriu de calificare, ci o cerere a părților/ofertanților.

În acest sens, contestatorul supune analizei Consiliului și SECȚIUNEA a 3- a Confidențialitate, din Legea nr. 98/2016, din care nu rezultă că, neprobarea caracterului confidențial sau indicarea eronată a textelor de lege ar fi motive de declararea ca inacceptabilă sau neconformă a unei oferte.

În plus, la art. 137 din HG nr. 395/2016, sunt indicate situațiile în care ofertele trebuie declarate ca fiind inacceptabile și neconforme, iar nedovedirea confidențialității sau indicarea eronată/incompletă a unui articol din lege nu este sancționată cu declararea ofertei ca fiind inacceptabilă și neconformă.

Contestatorul apreciază că, niciunul dintre argumentele pe care și-a construit Autoritatea contractantă decizia de respingere nu au fost de natură să probeze în mod cert că SRL nu a depus o ofertă completă sau că nu ar putea executa contractul care face obiectul prezentei proceduri.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Realizare Proiect tehnic și detalii execuție, asistență tehnică din partea proiectantului pentru proiectul «MODERNIZAREA ȘI GESTIONAREA INTELIGENTA A SISTEMULUI DE ILUMINAT PUBLIC ÎN, JUDEȚUL», cod SMIS 125760, implementat în cadrul POR 2014-2020, Axa Prioritară 3 - Sprijinirea tranziției către o economie cu emisii scăzute de carbon, Prioritatea de investiții 3.1 - Sprijinirea eficienței energetice, a gestionării inteligente a energiei și a utilizării energiei din surse regenerabile în infrastructurile publice, inclusiv în clădirile publice, și în sectorul locuințelor, Operațiunea C - Iluminat public”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare simplificat , criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii au fost depuse 4 oferte, printre care și ofertele contestatorilor SC ,, ,,,SRL și SC SRL, oferte ce au fost accesate, la sediul autorității contractante, în data de 29.10.2020, astfel cum s-a consemnat în procesul verbal de accesare a ofertelor nr. 10.016.

Potrivit raportului procedurii nr. , autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de SC SRL – SC SRL, clasându-se pe locul I, având un punctaj de 100 pct, iar oferta contestatorului SC ,, ,,,SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, iar oferta contestatorului SC SRL, a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă,

Împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresele nr. , respectiv nr. SC ,, ,,,SRL și SC SRL au formulat contestațiile ce formează obiectul dosarului nr. conexat cu dosarul nr. .

Pe fondul contestației formulate de SC ,, ,,,SRL, Consiliul retine:

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. , oferta depusa de SC ,, ,,,SRL a fost respinsa ca inacceptabila, motivele invocate de autoritatea contractanta fiind urmatoarele:

- nu au fost clarificate neconcordanțele referitoare la indeplinirea condițiilor de forma ale garanției de participare.(s-a invocat art. 132 alin (3) din HG nr. 395/2016)

- ofertantul si-a incalcat in mod grav obligatiile principale ce ii reveneau in cadrul unui contract de achizitii publice, incheiat anterior, iar incalcarile respective au dus la incetarea anticipata a unui contract, plata de daune interese. (s-a invocat art. 167 alin (1) lit g) din Legea nr. 98/2016).

Analizand documentele aflate la dosarul cauzei precum si argumentele partilor, Consiliul constata ca motivele de respingere invocate de autoritatea contractanta sunt in totalitate neintemeiate iar decizia de respingere a ofertei depuse de SC ,, ,,,SRL nu are nicio justificare legala, dupa cum urmeaza:

Polița de asigurare a garanției seria AX nr. 083808/28.10.2020, impreuna cu documentul care descrie instrumentul de garantie (ambele existente in anexa 6 din volumul 1 al dosarului achizitiei publice) contin date absolut suficiente privind indeplinirea obligatiei de depunere a garanției de participare de catre ofertantul SC ,, ,,,SRL, potrivit prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016.

În aprecierea Consiliului, nici macar nu se impunea solicitarea de clarificări privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, întrucât caracterul necondiționat și irevocabil al politicii de asigurare este conferit de instrumentul de garantare pentru participarea cu oferta la procedura de atribuire.

De altfel, ulterior emiterii Poliței de garanție inițială, societatea de asigurări a corectat Instrumentul de garantare prin emiterea unui nou în conținutul căruia a indicat expres că urmează să onoreze garanția în mod „necondiționat și irevocabil”, eliminând astfel orice posibil dubiu cu privire la o chestiune, cu adevărat pur formală.

Prin urmare, primul motiv de respingere a ofertei SC „„„„SRL apare ca fiind total neîntemeiat.

Referitor la cel de-al doilea motiv invocat de autoritatea contractantă, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă a invocat faptul că SC „„„„SRL, „se face vinovat de comiterea unor abateri grave profesionale și anume de încetarea anticipată a Contractului de furnizare nr. 12/11.02.2019 având ca obiect „Ornamente iluminat festiv de iarnă în municipiul încheiat cu Primăria Municipiului fapt ce a condus la rezilierea contractului și la emiterea Documentului constatator final nr. și a Documentului constatator final nr. , creând prejudicii beneficiarului, în sumă de 777,20 lei (exclusiv TVA) și daune-interese în sumă de 12.334,69 lei (exclusiv TVA)“.

În primul rând, Consiliul reține că autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale, luând o decizie de excludere a ofertantului în temeiul prevederilor art. 167 alin (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, fără a-i solicita acestuia dovedirea credibilității, respectiv fără a proceda la aplicarea obligatorie a prevederilor art. 171 alin (1) și (2) din același act normativ:

„Art. 171. - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității,

autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire”.

În al doilea rând, autoritatea contractantă a ignorat situația de fapt, potrivit căreia documentele constatatoare invocate erau obiectul unui litigiu pe rolul instanțelor de judecată, valabilitatea lor fiind contestată.

În al treilea rând și cel mai grav, deși prin Decizia nr. 1007 din data de 02.12.2020 pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 3148/85/2019*, Documentele constatatoare au fost anulate, în mod definitiv și astfel nu mai subzista niciun motiv de aplicare a prevederilor art. 167 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a ignorat acest fapt și a invocat aplicarea art. 167 lit g) din Legea nr. 98/2016 în comunicarea rezultatului procedurii emisă în data de 28.01.2021.

Justificarea autorității contractante potrivit căreia la data depunerii ofertelor (29.10.2020), decizia instanței de anulare a documentelor constatatoare nu era emisă, nu poate fi luată în considerare, întrucât, în aprecierea încadrării în prevederile art. 164, 165 sau 167 din Legea nr. 98/2016, situația de fapt a oricărui ofertant se analizează în orice moment al procedurii.

Potrivit prevederilor art. 169 din Legea nr. 98/2016:

„Art. 169. - Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

În mod similar, în orice moment al procedurii autoritatea contractantă afla că operatorul economic nu se află în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, nu va proceda la excluderea acestuia.

În consecință, nici al doilea motiv de respingere a ofertei depuse de SC „„„„„SRL nu este întemeiat, iar Consiliul va dispune anularea deciziei de declarare inadmisibilă a ofertei acestuia.

Pe fondul contestației formulate de SC „„„„„SRL, Consiliul reține:

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 953/28.01.2021, oferta depusa de SC SRL a fost respinsa ca neconformă și inacceptabilă (în temeiul art. 137 alin. (1), coroborat cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) și 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016), motivele invocate de autoritatea contractanta fiind urmatoarele:

neindeplinirea cerintelor minime privind experienta profesionala solicitate la cap. 5 paragraful 5.4.1 pentru:

Expert – cheie 1 - Lider de Echipă - șef de proiect: inginer specializarea instalații electrice

Expert - cheie 2 - Inginer proiectant instalații electrice

Expert - cheie 3 - Inginer specialist iluminat

Expert cheie 4 - Inginer tehnologia informației/specialist în informatică

2. Raspunsul considerat neconcludent la o solicitare de demonstrare a caracterului confidential al propunerilor tehnice si financiare precum si a raspunsurilor la clarificari.

2. In ceea ce priveste cel de-al doilea motiv invocat, acesta este vadit neintemeiat, comisia de evaluare dovedind o totala lipsa de intelegere a unor elemente simple din legislatia achizitiilor publice. A interpreta solicitarea de dovezi pentru care o anume parte a ofertei ar trebui sa ramana confidentiala ca o solicitare de clarificari prevazuta de art. 209 alin (1) din Legea nr. 98/2016 este o premiera negativa, o eroare de neinteles pentru membrii unei comisii de evaluare.

Atat autoritatile contractante, cat si CNSC, daca considera insuficiente dovezile prezentate de un ofertant privind necesitatea pastrarii confidentiale a unor documente din oferta, pur si simplu le vor pune la dispozitie, la cerere, celorlalti participanti la procedura, fără nicio alta sanctiune suplimentara.

In ceea ce priveste primul motiv invocat de autoritatea contractanta pentru respingerea ofertei depuse de SC SRL, Consiliul constata ca acesta este intemeiat, cel putin in ceea ce priveste neindeplinirea cerintei de caietul de sarcini de catre liderul de echipa, avand in vedere continutul cerintelor minime privind experienta profesionala solicitate la cap. 5 paragraful 5.4.1 din caietul de sarcini pentru expertii cheie.

Astfel, pentru Expert – cheie 1 - Lider de Echipă - șef de proiect: inginer specializarea instalații electrice s-a solicitat:

„cel puțin 5 ani experiență profesională în elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice pentru lucrări de construcții/modernizări/reabilitări/lucrări de întreținere periodică/ curente de linii și rețele electrice sau pentru alte lucrări electrice asemănătoare din punctul de vedere al tipului/naturii și complexității, al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență”

Din documentele prezentate de SC SRL rezulta ca experienta in „elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice” a domnului ,,,, conform documentelor, se refera la proiecte derulate numai în intervalul 2017-2019, nefiind indeplinita cerinta de „cel puțin 5 ani”. Sustinerea contestatorului potrivit careia domnul ,,,, conform CV a fost „Asistent universitar, șef de lucrări, Conferențiar universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din, Catedra de Instalații pentru Construcții, în perioada 1990-2003, și Profesor universitar, Universitatea Tehnică „Gh. Asachi” din, Departamentul Ingineria Instalațiilor, în perioada 2003-prezent” nu are relevanta in dovedirea indeplinirii cerintei privind minimul de ani de experienta solicitat.

Contestatorul a pledat insistent intr-o directie gresita, referindu-se la modul de acordare a punctajelor aferente expertilor cheie, dar motivul pentru care oferta sa a fost respinsa este legat strict de neindeplinirea cerintei privind minimul de ani de experienta in „elaborare/revizuire studii de fezabilitate/DALI/proiecte tehnice” pentru pozitia Expert – cheie 1 - Lider de Echipă - șef de proiect: inginer specializarea instalații electrice.

Intrucat cerintele din caietul de sarcini nu au fost contestate in termen legal, acestea au fost implicit asumate de participantii la procedura si Consiliul constata ca ofertantul SC SRL nu a probat, nici in oferta initiala, nici in raspunsul la clarificari, indeplinirea cerintei analizate.

Prin urmare, chiar daca numai pentru acest motiv, decizia de respingere ca neconformă a ofertei depuse de SC SRL potrivit prevederilor art. 137 alin (3) lit a) din HG nr. 395/2016 („nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;”) este intemeiata legal.

În consecință, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulata de

SC ,,,, ,,,,SRL în contradictoriu cu si va dispune anularea deciziei de respingere ca inacceptabila a ofertei depuse de SC ,,,, ,,,,SRL, anularea raportului procedurii nr. 941/27.01.2021 precum si a comunicarii subsecvente acestuia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei depuse de SC ,,,, ,,,,SRL, conform motivarii, si ulterior prin stabilirea ofertei castigatoare potrivit criteriului de atribuire stabilit prin documentatie, in termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondata contestația formulata de SC SRL în contradictoriu cu

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractanta la plata sumei de 11.597,26 lei, probata cu Factura Fiscală nr. 180, catre SC ,,,, ,,,,SRL, reprezentand cheltuielile efectuate pentru soluționarea contestatiei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulata de SC ,,,, ,,,,SRL în contradictoriu cu

Dispune anularea deciziei de respingere ca inacceptabila a ofertei depuse de SC ,,,, ,,,,SRL, anularea raportului procedurii nr. 941/27.01.2021 precum si a comunicarii subsecvente acestuia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei depuse de SC ,,,, ,,,,SRL, conform motivarii, si ulterior prin stabilirea ofertei castigatoare potrivit criteriului de atribuire stabilit prin documentatie, in termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondata contestația formulata de SC SRL în contradictoriu cu

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obliga autoritatea contractanta la plata sumei de 11.597,26 lei, probata

cu Factura Fiscală nr. 180, catre SC ,, ,,,SRL, reprezentand cheltuielile efectuate pentru soluționarea contestatiei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....