



# 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. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. 2211/C11/2311**

**Data: 27.11.2020**

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 21.10.2020, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de 21.10.2020 ora 13:50, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45876 din data de 21.10.2020, și depusă la serviciul de curierat rapid Fan Courier în data de 21.10.2020 (Serie AWB: 6...), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46101 din data de 22.10.2020, formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă ...având Cod de Identificare Fiscală ... RO, reprezentată legal de ... în calitate de administrator, și convențional de Cabinetul de ... acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, prin avocații Oana ..., în baza împuternicirii avocațiale Seria B nr. 5486329 din data de 20.10.2020, depusă în original la dosarul cauzei, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică comunicat prin adresa nr. 156131 din data de 13.10.2020, precum și împotriva raportului procedurii de achiziție publică nr. 156123 din data de 13.10.2020, emise de către ..., cu sediul în ... reprezentată legal de .. în calitate de primar general, și convențional ..., acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, prin avocat Florin Irimia, persoanele însărcinate cu primirea corespondenței fiind ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având

ca obiect „Lucrări de reparații pentru menținerea inclusiv întreținerea sistemului de iluminat public din municipiul Constanța”, cod CPV principal 45310000-3 Lucrări de instalații electrice (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii 156131/13.10.2020, a raportului procedurii nr. 156123/13.10.2020, precum și a tuturor actelor interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei ...;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei depuse de ....;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

#### 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 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, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 21.10.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 45876 din data de 21.10.2020, astfel cum a fost modificată și completată prin notele scrise fără număr de înregistrare din data de 04.11.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 48336 din data de 26.10.2020, ..., în calitate de ofertantă la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Lucrări de reparații pentru menținerea inclusiv întreținerea sistemului de iluminat public din municipiul Constanța”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (denumit în continuare „SEAP”), a anunțului de participare simplificat având codul de identificare ...din data de

18.08.2020, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin contestația depusă, .... critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca inacceptabilă oferta depusă în cadrul procedurii, apreciind ca eronat motivul invocat în susținerea acesteia, și anume faptul că oferta depusă este o ofertă alternativă. În opinia contestatoarei această decizie se impune a fi anulată, deoarece:

A. Prin comunicarea deciziei de respingere a ofertei nu a fost oferită și o motivare a acestei decizii; autoritatea contractantă nu a identificat nicio cerință a caietului de sarcini față de care s-ar fi propus o soluție diferită, respectiv vreo abatere de la cerințele impuse

- potrivit contestatoarei, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să preia o serie de pasaje din propunerea tehnică din care, însă, nu rezultă nicio abatere de la cerințele impuse prin caietul de sarcini.

- simpla identificare în cadrul propunerii tehnice și a unor lucrări ce ar putea fi executate cu caracter suplimentar celor impuse și, de fapt, a unor vicii de formă, nu este aptă să conducă în mod automat la concluzia că autoritatea contractantă ar fi analizat în integralitate oferta sau că actele atacate sunt corespunzător motivate. Concret, în cadrul propunerii tehnice s-a arătat îndeplinirea cerințelor solicitate de către autoritatea contractantă, însă acestea nu au fost analizate.

- dacă autoritatea contractantă ar fi procedat în mod corect și diligent la analiza propunerii tehnice ar fi putut concluziona relativ ușor faptul că, în realitate, se regăsesc toate lucrările solicitate prin documentația de atribuire și, prin urmare, cerințele caietului de sarcini sunt îndeplinite, neexistând niciun motiv concret pentru care oferta subscrisei să fie respinsă;

- în lipsa prezentării unui raționament pertinent și concludent este indubitabil faptul că oferta a fost respinsă din procedura de atribuire în mod nelegal și netemeinic deoarece autoritatea contractantă nu a procedat la evaluarea efectivă a ofertei iar o motivare ulterioară a deciziei de respingere nu poate echivala cu obligația de a evalua oferta anterior respingerii, obligație ce nu a fost îndeplinită de către autoritatea contractantă la momentul emiterii actului atacat.

B. Respingerea ofertei s-a dispus în mod nelegal în lipsa unei clarificări concrete față de situația considerată nelămurită de către autoritatea contractantă, ... neavând posibilitatea de a demonstra că oferta sa nu conține o soluție tehnică diferită / alternativă

- în opinia contestatoarei, se impunea o solicitare de clarificare a situației constatate de către autoritatea dat fiind că: (i)

toate lucrările solicitate prin documentația de atribuire se regăseau în propunerea tehnică; (ii) nu era necesară completarea documentației de ofertă, ci doar clarificarea unor aspecte care, eventual, erau identificate ca fiind suplimentare celor minim impuse; (iii) principiul tratamentului egal nu ar fi fost încălcat pentru nu s-ar fi depus documente noi; (iv) oferta depusă nu este alternativă pentru că nu propune o altă metodă de realizarea a lucrărilor diferită de cea impusă prin Caietul de sarcini; (v) cel mult, printr-un demers de clarificare absolut obligatoriu și util în condițiile date, s-ar fi procedat la corectarea unor vicii de formă

- lucrările ce ar fi putut fi executate în mod suplimentar, indicate de către ... în cadrul propunerii tehnice și care au indus în eroare membrii comisiei de evaluare ar fi putut fi considerate, cu ușurință, vicii de formă; în situația în care autoritatea contractantă ar fi procedat la solicitarea unei clarificări privind identificare pretinselor lucrări suplimentare (montarea și demontarea ornamentelor de sărbători, care nu schimbă însă măsura integrală de îndeplinire a tuturor celorlalte cerințe impuse prin documentația de atribuire), .... putea corecta eroarea indicării acestor lucrări, fiind chiar și în această situație într-un total respectate prevederile art. 135 alin. (3) din O.U.G. nr. 395/2016 deoarece (i) elementele care conduc la respectarea cerințelor Caietului de sarcini nu ar fi fost modificate / eliminate; (ii) singura modificare ar fi operat asupra unor lucrări suplimentar menționate, ce nu afectează nici clasamentul ofertanților, nici o diminuare cantitativă a ofertei în raport de cerințele Caietului de sarcini, ci strict îndreptarea unor mențiuni prin care au fost incluse mai multe tipuri de lucrări decât cele solicitate în mod efectiv

- respingerea ofertei fără ca anterior autoritatea contractantă să solicite o clarificare prin care subscrisei să i se acorde posibilitatea reală de demonstra conformitatea ofertei încălcă:

- a) dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care prevăd în mod clar condițiile în care se impune adresarea unor clarificări; în situația dată, clarificarea se poate considera obligatorie (și, corespunzător, respingerea ofertei în lipsa sa, se poate considera abuzivă) deoarece autoritatea contractantă avea la dispoziția sa toate celelalte documente de ofertă care probau îndeplinirea conformă a cerințelor Caietului de sarcini. Dreptul autorității contractate de a clarifica este corespondentul dreptului ... de a avea posibilitatea justificării motivelor pentru care a înțeles să oferteze astfel. Or, în ...., autoritatea contractantă a căutat motive de respingere a ofertei printr-o evaluare superficială și lipsită de interes atât timp cât toate documentele care atestau îndeplinirea cerințelor caietului

de sarcini se aflau la dispoziția autorității contractante și puteau fi, oricând, analizate și clarificate;

b) principiul proporționalității măsurii dispuse. Dacă principiul proporționalității ar fi fost respectat, autoritatea contractantă trebuia să solicite o clarificare în cazul în care nu se simțea lămurită în raport de modul în care subscria a înțeles să îndeplinească cerințele Caietului de sarcini. Autoritatea contractantă nu a procedat la clarificarea situației intervenite, deși avea posibilitatea reală de a proceda astfel și, oricum, din documentele aflate la dispoziția sa se putea constata îndeplinirea cerințelor Caietului de sarcini. Totuși, cu încălcarea principiului proporționalității, a preferat să respingă oferta subscrisei fără a încerca măcar să înțeleagă raționamentul prin care am probat îndeplinirea cerințelor Caietului de sarcini, precum și faptul că lucrările respective reprezintă o valoare insignifiantă în raport de valoarea totală a lucrărilor;

C. Propunerea tehnică a .... respectă cerințele documentația de atribuire, nefiind o ofertă alternativă deoarece s-a oferat o modalitate diferită de realizare a lucrărilor solicitate prin Caietul de sarcini

- din definiția impusă prin dispozițiile legale și din jurisprudența incidentă rezultă că o ofertă poate fi considerată alternativă dacă se prezintă același obiect în mai multe variante, situație care nu este aplicabilă ofertei .... deoarece aceasta a oferat exact lucrările solicitate de către autoritatea contractantă (și altele câteva, nesemnificative, dintr-o simplă eroare de pregătire și prezentare, care reprezintă un simplu viciu de formă). Concret, o ofertă devine alternativă dacă (i) au fost depuse cel puțin două modalități tehnice de realizare a obiectului contractului în curs de atribuire; sau (ii) propunerea tehnică, pe de o parte, propune o soluție diferită de cea descrisă în documentație și, pe de altă parte, nu respectă cerințele minimale impuse prin prevederile Caietului de sarcini;

- oferta ... nu se încadrează în niciuna dintre cele două situații pentru putea a fi considerată alternativă, respectiv a depus o singură propunere tehnică în cadrul procedurii de atribuire, perfect corelată cu cerințele Caietului de sarcini iar propunerea tehnică depusă nu prevede o modalitate tehnică alternativă / diferită de cea care rezultă din analiza cerințelor caietului de sarcini care sunt respectate;

- prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă procedează la compararea cerinței din Fișa de date privind legislația aplicabilă cu actele normative care reglementează serviciile de iluminat indicate de către .. în propunerea tehnică, concluzionând că oferta ar fi fost întocmită în baza delegării

gestiunii serviciului de iluminat, iar nu a unui contract de lucrări de reparații pentru menținerea, inclusiv întreținerea, sistemului de iluminat public. Concluzia este eronată deoarece:

a) prin actul atacat, autoritatea contractantă procedează la compararea actelor normative care reglementează materia achizițiilor publice, respectiv desfășurarea procedurii de atribuire, cu actele normative ce reglementează domeniul serviciului de iluminat public. Fiind aplicabile în domenii diferite, o astfel de comparație este profund eronată și demonstrează doar reaua-intenție a autorității contractante și încercarea acesteia de a arăta o pretinsă ofertare greșită, cu toate că actele normative indicate reglementează contractul ce urmează a fi atribuit și ele sunt, în egală măsură, aplicabile;

b) prin cerințele caietului de sarcini s-a impus în mod expres respectarea actelor normative ce reglementează domeniului serviciului de iluminat public. Demersul autorității contractante de a indica acest paragraf din propunerea tehnică a EURO-AUDIT SERVICE SRL demonstrează tocmai îndeplinirea obligației de a indica și asumarea răspunderii în a respecta actelor normative incidente, nicidecum vreun caracter alternativ al ofertei;

c) oferta se fundamentează pe normele necesar a fi respectate pentru executarea conformă a contractului ce urmează a fi atribuit având în vedere că au fost indicate singurele acte normative care reglementează organizarea serviciului de iluminat public, respectiv Legea nr. 1/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice și Legea nr. 230/2006 a serviciului de iluminat public;

d) actele normative indicate nu sunt de natură a concluziona că oferta ar fi alternativă deoarece acestea reglementează chiar activitatea de întreținere a sistemului de iluminat public, obiect al procedurii de atribuire. Din analiza dispozițiilor indicate de către ... în cadrul ofertei, autoritatea contractantă concluzionează că acestea reglementează delegarea gestiunii serviciului de iluminat, iar nu lucrările ce urmează a fi executate în baza contractului. Totuși, actele normative indicate de către .. reglementează gestionarea serviciului de iluminat, dar încheierea unui astfel de contract include serviciile de întreținere a iluminatului public prestate de către operatorii privați. Cu alte cuvinte, aceste acte normative trebuiau a fi fost indicate în documentația de atribuire pentru că fundamentează contractul ce urmează a fi atribuit;

e) delegarea gestiunii constă inclusiv în activități de administrare, gestionare, întreținere a iluminatului public, lucrări ce fac obiectul procedurii de atribuire. Totodată, actele normative indicate de către .... stabilesc că (i) serviciul de iluminat public face parte din sfera serviciilor comunitare de utilități publice și cuprinde

totalitatea acțiunilor și activităților de utilitate publică desfășurate la nivelul unităților administrației publice locale, în scopul asigurării iluminatului public; (ii) sistemul de iluminat public destinat exclusiv prestării serviciului de iluminat public este parte componentă a infrastructurii tehnico-edilitare a unităților administrativ-teritoriale; (iii) autoritățile publice pot da în administrare sau să delege gestiunea serviciului de iluminat public; gestiunea cuprinde activitățile de întreținere a iluminatului public ce sunt gestionate și exploatate prin intermediul unor prestatori licențiați;

f) indicarea Regulamentului de iluminat public al Municipiului Deva, aprobat prin Hotărârea Consiliului local (subliniat de către autoritatea contractantă prin Comunicarea rezultatului procedurii) este un viciu de formă ce putea fi îndreptat printr-o simplă solicitare de clarificare. Totuși, autoritatea contractantă a preferat să respingă oferta subscrisei, deși avea la dispoziția sa o măsură proporțională (îndreptarea erorii materiale). Oricum, respectarea unui regulament intern al unui Municipiu din cadrul aceluiași stat probează conformarea subscrisei la norme și cerințe specifice și nu poate constitui un motiv de respingere a ofertei. Conduita autorității contractante de a considera oferta ca fiind alternativă doar din perspectiva unui motiv ce putea fi remediat prin corectarea erorii denotă strict o încercare abuzivă de a respingere oferta;

g) indicarea Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și servicii în cadrul propunerii tehnice sa bazat pe prevederea art. 16 alin. (1) din Legea nr. 230/2016 care statuează că gestionarea serviciului de iluminat poate fi (i) directă sau (ii) delegată. Oricum, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita clarificarea situației intervenite și corectarea viciului de formă prin indicarea actului normativ în baza căruia procedura de atribuire a fost organizată. Totuși, autoritatea contractantă nu a procedat în acest sens și, cu încălcarea principiului proporționalității, a respins oferta .., deși aspectele enunțate reprezentau simple vicii de formă ce ar fi putut fi îndreptate în urma unei solicitări de clarificare;

- indicarea unor aspecte suplimentare nu poate conduce la respingere a ofertei deoarece toate cerințele autorității indicate prin documentația de atribuire sunt respectate; Având în vedere că (i) actele normative indicate de către .. în cadrul propunerii tehnice reglementează activitatea de întreținere/menteninență a iluminatului public, (ii) activitatea de întreținere a iluminatului public este o activitate aferentă delegării gestiunii serviciului de iluminat, dar și faptul că (iii) ... a respectat cerințele impuse prin Caietul de sarcini, în mod greșit, autoritatea contractantă a considerat că oferta ar fi alternativă, deși nu a fost propusă nicio soluție tehnică diferită:

a) Contractul ce urmează a fi atribuit este un contract de delegare a gestiunii sistemului de iluminat, astfel că este eronată susținerea autorității contractante conform căreia oferta .... ar cuprinde activități aferente unui contract de delegare a gestiunii serviciului public, iar nu unul de reparații pentru menținerea, inclusiv întreținerea serviciului de iluminat public; activitatea de întreținere a sistemului de iluminat public este parte a delegării de gestiune

b) autoritatea contractantă a inclus activitățile de întreținere în contractele de gestiune. Caietul de sarcini (aprobat prin HCLM nr. 184/201636 pentru organizarea unei alte proceduri de atribuire) privind delegarea prin concesiune a serviciului de iluminat public din Municipiul Constanța are drept obiect inclusiv „întreținerea și menținerea în funcțiune a sistemului de iluminat public, inclusiv iluminat arhitectural". Cu alte cuvinte, aceeași lucrarea ce urmează a fi executată urmare a actualei Proceduri de atribuire a fost atribuită de către autoritatea contractantă, în anul 2016, și printr-un contract de gestiune. Toate activitățile descrise (privind întreținerea și menținerea iluminatului public) în cadrul Caietului de sarcini pentru delegarea gestiunii se regăsesc și în cadrul Caietului de sarcini a actualei proceduri de atribuire, fiind aproape identice (înlocuire, montaj reparații, refacere diverse echipamente);

c) autoritatea contractantă nu a demonstrat în clar care ar fi pretinsele diferențe (avute în vedere) ce nu ar putea face obiectul unui contract de întreținere, deși sunt parte a contractului de delegare. Concluzia autorității nu poate fi susținută de argumente de drept sau de fapt pentru că este doar un pretext nefundamentat pentru a respinge oferta. Simpla indicare a unor pasaje din conținutul propunerii tehnice nu poate conduce la concluzia că s-ar fi ofertat pentru un alt contract de delegare a gestiunii, iar nu pentru un contract de întreținere, fără a se arăta în concret motivele reale care au condus la o astfel de concluzie și, totodată, care ar afecta propriu-zis nerespectarea cerințelor documentației de atribuire.

- toate cerințele impuse prin caietul de sarcini sunt respectate, putând fi identificate în mod facil în propunerea tehnică a .... documentele apte să probeze acest aspect;

- activitățile indicate de către autoritatea contractantă drept pretext de încadrare a ofertei ca fiind alternativă sunt lucrări ce pot fi executate suplimentar, dar care nu conduc la concluzia că oferta este alternativă deoarece nu se propun soluții tehnice diferite față de cele impuse prin documentația de atribuire și nici nu afectează modalitatea de realizare a cerințelor

- prin comunicarea rezultatului procedurii, deși autoritatea contractantă nu a procedat la indicarea raționamentului propriu

care a condus la încadrarea ofertei ca fiind alternativă, aceasta a preluat anumite pasaje din propunerea tehnică a .... situație față de care se poate deduce că, în raport de aceste componente, a apreciat oferta ca fiind alternativă. Totuși, pentru constatarea pretinsului caracter inacceptabil al ofertei, autoritatea contractantă avea obligația de a evalua oferta din perspectiva îndeplinirii cerințelor Caietului de sarcini (respectate în integralitate, astfel cum am demonstrat anterior). Oricum, din conținutul actelor atacate nu se desprinde față de care cerință a Caietului de sarcini subscrisa ar fi propus o soluție diferită. Cel mult, se poate deduce că susținerea autorității contractante s-ar fundamenta pe o falsă impresie că lucrările ce ar putea fi executate suplimentar (însă cu respectarea valorii estimate a contractului) ar conduce la ofertarea diferită;

- dacă ar fi procedat în mod corect și diligent, autoritatea contractantă ar fi putut constata că acele mențiuni din propunerea tehnică nu afectează îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini și, prin urmare, nici conformitatea ofertei, ci doar prezintă o serie de lucrări ce ar putea fi executate în baza contractului ce urmează a fi atribuit. Concret:

1. ... a inclus o serie de lucrări ce ar putea fi prestate în baza contractului ce urmează a fi încheiat. Cu alte cuvinte, în obiectul contractului de reparații privind menținerea, întreținerea sistemului de iluminat, aceste lucrări pot fi, de asemenea, incluse suplimentar celor deja solicitate prin Caietul de sarcini. Totodată, dat fiind că toate cerințele impuse de către autoritatea contractantă sunt îndeplinite, acestea nu conduc la ofertarea unei soluții alternative, ci sunt strict lucrări ce ar putea fi executate în mod suplimentar cu respectarea valorii estimate a contractului. Într-o asemenea situație, autoritatea contractantă avea posibilitatea reală de a solicita clarificarea modalității prin care subscrisa a înțeles să oferteze și să acorde posibilitatea de a corecta viciile de formă, în aplicarea art. 135 alin. (3) din H.G. nr. 395/201652 deoarece este indubitabil că puteam confirma respectarea cerințelor impuse prin documentația de atribuire

2. activitățile indicate la cap. 2.4 din propunerea tehnică a .... sunt activități aferente contractului de reparații, respectiv menținere și întreținere a sistemului de iluminat, aspect ce rezultă chiar din enumerarea oferită de către autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii: „servicii de exploatare, întreținere, revizii și reparații ale sistemului de iluminat public și tuturor componentelor acestuia”. Or, indicarea unor termeni pe care autoritatea contractantă îi consideră nepotriviti nu pot justifica încadrarea ofertei subscrisei ca fiind alternativă atât timp cât aceștia se încadrează în spectrul contractului ce urmează a fi atribuit;

3. autoritatea contractantă a subliniat și pasajele din propunerea tehnică privind „contractul de prestare a serviciului public”, „sarcinile asumate potrivit contractului de lucrări”, însă, contractul ce urmează a fi atribuit este un contract de utilități publice și, oricum, obiectul acestuia este executarea de lucrări, astfel cum rezultă chiar din tipul de contract descris în Fișa de date a Procedurii de atribuire. Totodată, autoritatea contractantă subliniază și formularistica privind delegarea gestiunii, însă, așa cum am arătat detaliat anterior, contractul de reparații, respectiv întreținere a iluminatului public este un contract de gestiune pentru care se atribuie unui operator această activitate de utilitate publică. Astfel, autoritatea contractantă a indicat și aceste aspecte doar pentru a crea falsa impresie de nerespectare a mai multor cerințe;

4. mențiunea privind Municipiul Iași este o simplă eroare de formă ce putea fi înlăturată printr-o corectare, dacă autoritatea contractantă ne-ar fi acordat această posibilitate

D. Măsura respingerii ofertei ... încalcă principiul proporționalității

- Principiul proporționalității (impune ca actele autorității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite. Cu alte cuvinte, măsura respingerii ofertei din procedura de atribuire trebuie să fie proporțională cu pretinsa neregulă constatată în cadrul ofertei și să nu depășească ceea ce este necesar.

- or, autoritatea contractantă tot nu a procedat în mod diligent, oferta subscrisei fiind respinsă cu încălcarea principiului proporționalității deoarece lucrările solicitate au fost detaliate și se regăseau în mod efectiv, clar și concis în propunerea tehnică a subscrisei. Cu alte cuvinte, la o analiză diligentă a ofertei noastre, autoritatea contractantă putea să constate faptul că, în cadrul propunerii tehnice, au fost descrise lucrările solicitate în cadrul Procedurii de atribuire. Totuși, aceasta a preferat doar să extragă anumite pasaje din propunerea tehnică, fără a ne da posibilitatea de a arăta motivele pentru care acestea au fost incluse, considerând, în mod netemeinic, că oferta ar fi alternativă, deși toate lucrările solicitate se regăseau în propunerea tehnică și conformitatea acestora putea fi evaluată.

- cu toate că o simplă analiză atentă și cuprinzătoare a documentelor depuse de către ... ar fi condus la concluzia îndeplinirii cerințelor Caietului de sarcini (iar nu la depunerea unei oferte alternative), autoritatea a preferat să rămână în pasivitate și să nu depună diligențele necesare pentru a asigura respectarea principiilor legalității și proporționalității măsurii dispuse. Oferta ... a fost respinsă în mod abuziv, iar autoritatea contractantă a preferat să desemneze câștigătoare o ofertă în valoare de

2.828.841,27 lei (85.129% din valoarea estimată totală a contractului) cu aproximativ 500.000 de lei mai scumpă decât oferta subscrisei. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă a preferat să respingă oferta subscrisei în mod nejustificat și nefundamentat pentru a declara câștigătoare o ofertă a cărei propunere financiară este extrem de apropiată de valoarea estimată a contractului, deși criteriul de atribuire era prețul cel mai scăzut. Totodată, dat fiind că între autoritatea contractantă și ofertantul declarat câștigător au fost încheiate, cel puțin, ultimele 3 contracte având obiect identic cu cel al prezentei proceduri de atribuire, se constată preferința indiscutabilă pentru acest operator economic, fiind încălcate, astfel, principiul egalității de tratament, transparenței și asumării răspunderii;

- relevant în acest context este și faptul că, în această procedură, criteriul de atribuire stabilit prin fișa de date este prețul cel mai scăzut. Or, în acest context, singura modalitate prin care ofertantul Luxten Lighting Company putea fi declarat câștigător era cea a eliminării celorlalți participanți din procedura de atribuire. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă a evaluat oferta subscrisei prin neluarea în considerare a documentației de ofertă ce proba îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini tocmai pentru a putea atribui contractul ofertantului Luxten Lighting Company. Chiar și din această perspectivă se poate constata caracterul disproporționat al măsurii dispuse de către autoritatea contractantă care a preferat să atribue contractul ofertantului cu o propunere financiară mai mare, fără a lua în considerare documentele ce se aflau la dispoziția sa și probau îndeplinirea cerințelor Caietului de sarcini (oricum, neidentificate).

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 47919/03.11.2020, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, în principal, pe cale de excepție, ca fiind formulată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă și, în subsidiar, ca nefondată.

Cu privire la excepția invocată, autoritatea contractantă arată că, astfel cum rezultă din anunțul de participare simplificat, autoritatea contractantă din prezenta procedură este ... și nu .... împotriva căreia contestatoarea și-a îndreptat contestația. Invocând prevederile art. 96 din codul administrativ, autoritatea contractantă precizează că municipiul are personalitate juridică, nu Primăria. În consecință, aceasta din urmă nu are nici capacitate deplină și nici patrimoniu propriu, neparticipând ca subiect independent și în nume propriu în raporturi de drept administrativ.

În aceste condiții, apreciază că, în mod eronat, contestatoarea a formulat contestația împotriva Primăriei Constanța, motiv pentru

care, apreciază că se impune respingerea acesteia pe cale de excepție.

Pe fond, invocă prevederile art. 29 alin. (1) teza 1 din Legea nr. 51/2006, arătând că nu a precizat în documentația de atribuire, respectiv în fișa de date a achiziției că permite sau solicită depunerea de oferte alternative, ci, din contră, a specificat expres că astfel de oferte nu vor fi acceptate. În speță, obiectul contractului ce urmează a fi încheiat este achiziția de lucrări de reparații pentru menținerea inclusiv întreținerea sistemului de iluminat public în municipiul Constanța și nu delegarea gestiunii serviciului de utilități publice – iluminat public, respectiv atribuirea acestui serviciu unui operator de servicii de utilități publice, în vederea satisfacerii nevoilor esențiale de utilitate și interes public general cu caracter social ale colectivității locale aferente.

În plus, propunerea tehnică depusă de contestatoare nu respectă nici condițiile minime solicitate prin caietul de sarcini și propune specificații raportate la o soluție diferită, aspect recunoscut, de altfel, și prin contestația depusă.

Raportat la afirmația conform căreia „(...) în obiectul contractului de reparații privind menținerea, întreținerea sistemului de iluminat, aceste lucrări pot fi, de asemenea, incluse suplimentar celor deja solicitate prin Caietul de sarcini. Totodată, dat fiind că toate cerințele impuse de către autoritatea contractantă sunt îndeplinite, acestea nu conduc la ofertarea unei soluții alternative, ci sunt strict lucrări ce ar putea fi executate în mod suplimentar cu respectarea valorii estimate a contractului”, autoritatea contractantă precizează că această motivare este combătută prin argumente întemeiate chiar în raportul procedurii și în adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Este evident că autoritatea contractantă nu poate fi obligată să accepte ofertarea și, implicit, obligarea la plată a unor activități suplimentare care nu au fost solicitate prin documentația de atribuire. Astfel, contrar susținerilor contestatoarei privind respectarea valorii estimate a contractului, este indubitabil că, prin raportare la caracterul oneros al unui contract de achiziție publică și la scopul oricărui comerciant de a face profit, orice activitate suplimentară inclusă în ofertă are corespondent explicit sau inclus în propunerea financiară, generând astfel de costuri inutile pentru achizitor și, implicit, o utilizare a fondurilor publice.

Mai mult, propunerea tehnică depusă .... conține, printre alte aspecte inacceptabile, scoase în evidență în actele de evaluare, soluții raportate la cerințele și specificațiile solicitate de o altă autoritate contractantă (Municipiul Iași) pentru o achiziție necesară acesteia, aspect care denotă lipsa de rigoare în evaluarea ofertei. În plus, în situațiile în care nu sunt respectate nici cerințele minime

solicitate în caietul de sarcini și este propusă o soluție diferită, nu se poate invoca incidența unor abateri tehnice minore, deoarece, raportat la cele invocate de comisia de evaluare în respingerea ofertei în cauză, nu poate fi vorba de omisiuni din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte, în cazul de față fiind vorba de incidența cel puțin a prevederilor art. 134 alin. (9) lit. a), c) și d) din Anexa la HG nr. 395/2016.

Contrar aprecierilor contestatoarei, autoritatea contractantă consideră că nu se impunea solicitarea de clarificări în condițiile în care în cauză nu este vorba de eventuale modificări care s-ar încadra în categoria viciilor de formă sau care reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, erori aritmetice, respectiv aspecte de clarificat. Astfel, nu se poate vorbi de incidența prevederilor art. 134 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016 care se axează pe stabilirea clarificărilor și completărilor formale sau de conformare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte.

Autoritatea contractantă precizează că evaluarea ofertei contestatoarei a fost făcută în mod riguros, concluzia privind caracterul inacceptabil al acesteia impunându-se numai după ce, în prealabil, comisia de evaluare a uzat de prerogativa sa de a-i solicita clarificări, fără însă ca prin acestea să aducă vreo atingere principiilor ce guvernează achizițiile publice.

Prin notele scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 48336/26.10.2020, contestatoarea a solicitat respingerea excepției lipsei calității procesuale pasive a Primăriei Constanța, motivat de faptul că punctul de vedere a fost depus la dosarul cauzei cu nerespectarea termenului impus de lege, astfel încât invocarea excepțiilor nu mai este posibilă, autoritatea contractantă fiind decăzută din dreptul de a mai invoca excepții și de a mai depune probe. Pe de altă parte, excepția este și netemeinică deoarece actele atacate, precum și caietul de sarcini, au fost emise de Primăria municipiului Constanța. Municipiul Constanța a fost menționat ca autoritate contractantă doar în fișa de date a achiziției, toate drepturile și obligațiile impuse prin actele atacate fiind generate și asumate de Primăria Constanța. În plus, chiar datele de identificare ale Municipiului Constanța sunt chiar cele ale Primăriei Constanța.

Mai arată contestatoarea că, pentru a avea calitate procesuală pasivă, o autoritate publică trebuie să fie emitenta actului contestat indiferent de deținerea sau nu a personalității juridice, aspect reținut în mod constant în jurisprudența ICCJ. Cu alte cuvinte, pentru verificarea calității procesuale pasive este necesară strict verificarea autorității publice emitente a actului atacat.

Potrivit contestatoarei, atât timp cât actul a fost emis de către o autoritate publică și acesta poate fi contestat, autoritatea publică este chemată să participe la soluționarea cauzei deoarece conduita sa a generat drepturile și obligațiile impuse prin respectivele acte administrative. Chiar dacă autoritatea contractantă susține că Primăria Constanța ar fi emis, de fapt, actele în interesul UAT, nu se impune admiterea excepției lipsei calității procesuale pasive deoarece, într-o astfel de ipoteză, s-ar ajunge la concluzia că tocmai emitentul actelor nu este parte în soluționarea contestației. Cu alte cuvinte, criticile pe care se fundamentează excepțiile sunt pur teoretice, deoarece Primăria Constanța este emitentul actelor contestate și, prin urmare, poate fi identificată astfel prin contestația formulată. Oricum, nicio vătămare a unei pretinse alte autorități nu se poate reține dat fiind faptul că atât Primăria cât și Municipiul însuși sunt perfect informați cu privire la depunerea contestației.

În opinia contestatoarei, indicarea drept autoritate contractantă a .... este cel mult o eroare materială ce poate fi remediată inclusiv pe parcursul soluționării contestației atât timp cât datele de identificare și actele emise au fost menționate în mod corect în cadrul contestației, nu există niciun dubiu cu privire la însușirea lor de către Municipiu și însuși punctul de vedere transmis în actuala procedură relevă cunoașterea efectivă a tuturor criticilor invocate.

Pe fond, contestatoarea susține în continuare că oferta depusă nu este o ofertă alternativă în condițiile în care oferta nu a fost analizată prin raportare la cerințele din caietul de sarcini, iar pretinsa soluție diferită ofertată nu a fost identificată în raport cu o anumită cerință/specificație tehnică; în plus, autoritatea contractantă nu a solicitat clarificarea situației constatăte, deși documentele prin care se proba îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini se aflau la dispoziția sa, și, oricum, nu a fost acordată posibilitatea de a corecta viciile de formă ale ofertei.

În continuare, contestatoarea redă sintetic argumentele prezentate și în cadrul contestației în baza cărora susține că măsura respingerii ofertei sale este nelegală și netemeinică, impunându-se anularea acestui rezultat și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei cu luarea în considerare a tuturor documentelor depuse în cadrul propunerii tehnice.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu cap. III, secțiunea 1, paragraful 10 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace

electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de .... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Lucrări de reparații pentru menținerea inclusiv întreținerea sistemului de iluminat public din municipiul Constanța”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare ....din data de 18.08.2020, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 07.09.2020 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 3.323.000,00 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea .... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206594606/1 emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria în data de 22.10.2020, stabilită potrivit art. 61<sup>1</sup> alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 66.460,00 lei.

În vederea soluționării contestației depuse de ... în baza dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza cu înțâietate excepția lipsei calității procesuale pasive a .... invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 47919 din data de 03.11.2020.

Procedând la verificarea excepției lipsei calității procesuale pasive a Primăriei Municipiului Constanța, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, având în raport cu prevederile art. 2 și 3 din Legea nr. 101/2016, care stabilește că părțile unui astfel de conflict sunt persoana vătămată de actul atacat și autoritatea contractantă emitentă a actului.

Prin coroborarea prevederilor acestei legi, cu cele ale Codului administrativ, se înțelege că partea care are calitatea procesuală deplină în cauză este cea indicată de contestatoare, așa cum rezultă din comunicarea rezultatului procedurii nr. 156131 din data de 13.10.2020 și din raportul procedurii nr. 156123 din data de 13.10.2020, acte atacate emise de: *ROMÂNIA ....COMISIA DE EVALUARE*, fără a fi menționat și Municipiul Constanța în această titulatură.

În cauza de față, actele atacate (comunicarea rezultatului procedurii și raportul procedurii) sunt emise sub titulatura Primăria Municipiului Constanța, fiind asumate, prin semnătură, de președintele comisiei de evaluare a ofertelor și de primarul municipiului.

Prin urmare, calitatea procesuală pasivă a Primăriei Municipiului Constanța, invocată la acest moment, este un demers

nefondat, excepția autorității contractante fiind respinsă de Consiliu.

În calitate sa de participantă la procedura simplificată în cauză, ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. 156131 din data de 13.10.2020, prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție publică. În adresă se precizează că în urma evaluării documentelor depuse, oferta acesteia a fost respinsă, *ca INACCEPTABILĂ, în conformitate cu prevederile art. 137, alin. (2) lit. c) din H.G. 395/2016, care stipulează următoarele:*

*- constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini alternativa care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative.*

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ..., a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând să dispună:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii 156131/13.10.2020, a raportului procedurii nr. 156123/13.10.2020, precum și a tuturor actelor interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei ....

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei depuse de ....

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, în instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la secțiunea II „Obiectul contractului”, capitolul II.2) „Descriere”, punctul II.2.10 „Informații privind variantele”, s-au menționat următoarele:

*„Vor fi acceptate variante: Nu”*

În aceleași instrucțiuni către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la secțiunea III „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, capitolul III.1) „Condiții de participare:”, punctul III.1.9) „Legislația aplicabilă:”, s-au menționat următoarele:

*„a) Legea privind achizițiile nr 98/2016*

*b) Legea 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 National de Soluționare a Contestațiilor nr 101/2016;*

*c) [www.anap.gov.ro](http://www.anap.gov.ro)*

d) Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice; e) Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.579 din 13 august 2002, cu modificările și completările ulterioare. f) OUG nr.58/2016 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra domeniului achizițiilor publice. g) Instrucțiunea nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice; h) Instrucțiunea 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; i) Instrucțiune nr 3 din 8 august 2017; j) OUG nr. 107 din 20 decembrie 2017; k) OUG nr. 114/2020”

Contrar acestor mențiuni, deși obiectul contractului este de execuția de lucrări, autoarea contestației a avut în vedere delegarea gestiunii serviciului de iluminat, prevăzând în propunerea tehnică (fila 393 – dosarul achiziției) că „va presta serviciul de iluminat cu respectarea strictă a actelor normative care reglementează acest domeniu și anume:

- Legea nr.51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice;
- Lege nr. 100/2016 din 19 mai 2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;
- [...]
- Legea nr. 230/2006 a serviciului de iluminat public;
- Ordinul nr. 86/2007 pentru aprobarea Regulamentului-cadru al serviciului de iluminat public;
- Ordinul nr. 87/2007 pentru aprobarea Caietului de sarcini-cadru al serviciului de iluminat public;
- Ordinul nr. 93/2007 pentru aprobarea Contractului-cadru privind folosirea infrastructurii sistemului de distribuție a energiei electrice pentru realizarea serviciului de iluminat public
- Regulamentul serviciului de iluminat public din Municipiul Deva, aprobat prin Hotărârea Consiliului local;
- Caietul de sarcini al serviciului de iluminat public, aprobat prin Hotărârea Consiliului local;
- Contractul de prestare a serviciului de iluminat public.
- [...]”

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu poate fi obligată la plata activităților suplimentare, ce nu au fost solicitate în documentația de atribuire, ce constau în servicii privind montarea, demontarea, conectarea/deconectarea și întreținerea/mentținerea echipamentelor de realizare a iluminatului

*ornamental festiv de sărbători* (fila 386 – dosarul achiziției), astfel că orice activitate suplimentară inclusă în propunerea tehnică are corespondent explicit sau inclus în propunerea financiară, generând costuri inutile pentru autoritatea contractantă.

Consiliul nu va reține în soluționare susținerile contestatoarei potrivit cărora aceste activități suplimentare sunt vicii de formă, deoarece nu sunt aplicabile în speță prevederile art. 134 alin. (7) lit. a) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare Norme metodologice, deoarece, pe de o parte, comisia de evaluare avea dreptul să solicite ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia în condițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, iar ofertantul să fie de acord [art. 135 alin. (1) din Normele metodologice], iar pe de altă parte, viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorrect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire [art. 135 alin. (3) din Normele metodologice].

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația depusă de ... în contradictoriu cu ...

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

**PREȘEDINTE,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

..

Redactat practica deciziei

....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 19 (nouăsprezece) pagini.