



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 nr. 2456/15.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... (dosar nr. ...), depusă de SRL, cu sediul în municipiul, ..., având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator și convențional prin, cu sediul în, sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „...”, cod CPV 72212610-8, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea în parte a raportului procedurii nr. 135623/07.12.2021, în ce privește evaluarea ofertei societății sale, anularea actelor care au stat la baza emiterii și aprobării acestuia (procese verbale de evaluare), precum și a tuturor actelor subsecvente;
- anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, inclusiv adresa emisă sub nr. 137114/09.12.2021;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei societății sale și atribuirea contractului cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile.
- în subsidiar, solicită anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, pentru încălcări ale legislației în materia achizițiilor publice prin modificarea documentației de atribuire (renunțarea la sesiunea demonstrativă) după data depunerii ofertelor, ceea ce conduce la imposibilitatea remedierii fără a fi adusă atingere principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin contestația nr. 2530/27.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 67724/28.12.2021 (dosar nr. ...), depusă de SRL, cu sediul în municipiul, str. Frumoasă nr. 21, ..., având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., cu sediul în, sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect "...", cod CPV 72212610-8, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 135623/07.12.2021, în ce privește evaluarea ofertei declarate câștigătoare, depusă de SRL;
- anularea actelor care au stat la baza emiterii și aprobării acestuia (procese verbale de evaluare), precum și a tuturor actelor subsecvente;
- anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, inclusiv adresa emisă sub nr. 137114/09.12.2021 înaintată către societatea sa și adresa nr. 137113/09.12.2021;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SRL și atribuirea contractului cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze.

..... SRL, cu sediul în, județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator ... și convențional de, prin avocat coordonator, cu sediul profesional în, adresă la care solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, depune cererea de intervenție nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./20.12.2021, în cadrul soluționării contestației nr. 2456/15.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 65607/16.12.2021 formulată de SRL (dosar nr.), prin care solicită:

- admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată;
- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de contestatorul SRL;
- menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor, ca fiind legale și temeinice, inclusiv a rezultatului procedurii, prin care oferta depusă de societatea sa a fost declarată câștigătoare;
- respingerea capătului de cerere privind anularea procedurii ca tardiv formulat;
- obligarea contestatorului la cheltuieli constând în onorariu de avocat.

..... SRL, cu sediul în, județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator .. și convențional de, prin avocat coordonator ..., cu sediul profesional în, adresă la care solicită

comunicarea tuturor actelor de procedură, depune cererea de intervenție înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./10.01.2022, în cadrul soluționării contestației nr. 2530/27.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 67724/28.12.2021 formulată de SRL (dosar nr. ...), prin care solicită:

- admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată;
- respingerea contestației formulate de contestatorul SRL ca tardiv formulată;
- respingerea contestației ca nefondată;
- menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor, ca fiind legale și temeinice, inclusiv a rezultatului procedurii, prin care oferta depusă de societatea sa a fost declarată câștigătoare;
- obligarea contestatorului la cheltuielile generate de soluționarea contestației constând în onorariu de avocat.

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 SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În ceea ce privește contestația nr. 2456/15.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 65607/16.12.2021 (dosar nr. ...), contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, după evaluarea ofertelor și aplicarea criteriului de atribuire, astfel cum rezultă din Raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021 și după cum rezultă și din adresa privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 137114/09.12.2021, autoritatea contractantă a respins oferta sa, declarând-o inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016, apreciind că nu au fost depuse documente care să ateste calificarea și educația specifică pentru persoana nominalizată pentru poziția "Expert în managementul identității electronice" și pentru persoana nominalizată pentru funcția de "Expert UX/UI - user experience/user interface."

Contestatorul apreciază ca fiind netemeinică și nelegală decizia autorității contractante privind respingerea ofertei sale, motiv pentru care, în continuare prezintă motivele de fapt și de drept pentru care, în opinia sa, se impune admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

II. Justificarea interesului ... în promovarea contestației.

În susținerea admisibilității și interesului în formularea contestației, intervenientul indică dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, conform

căroră calitate de contestator poate avea orice persoană care este vătămată de un act al autorității contractante.

De asemenea, se arată că, prin persoană vătămată, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 se înțelege:

"orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

i. are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

ii. a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

Astfel, contestatorul susține că interesul său este determinat, legitim, născut, personal, conform rigorilor impuse de prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, întrucât în mod nelegal oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, astfel cum va arăta în următoarele.

Contestatorul apreciază că, prin admiterea contestației și constatarea că oferta sa este admisibilă, aceasta ar conduce la un alt rezultat al procedurii, respectiv la declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare.

III. Cu privire la termenul de formulare a contestației, contestatorul arată că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul pentru formularea contestației este de 7 zile de la data la care operatorul economic ia cunoștință de actele entității contractante care riscă să îi producă un prejudiciu, și având în vedere faptul că Adresa privind rezultatul procedurii nr. 137114/09.12.2021 i-a fost comunicată în data de 09.12.2021, rezultă că termenul de 7 zile, calculat potrivit dispozițiilor art. 5 din Legea nr. 101/2016 se împlinește la data de 16.12.2021, astfel că, contestație a fost formulată în termen legal, potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

IV. În ceea ce privește caracterul nelegal al respingerii ofertei ...

Contestatorul arată că, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii prin care i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu privire la situația de fapt, autoritatea contractantă a reținut că:

"Nu au fost prezentate documente care să ateste calificarea și educația specifică pentru ..., nominalizat pentru postul de Expert în managementul identității electronice și pentru ... nominalizat pentru funcția de Expert UX/UI user experience/user interface. Comisia de evaluare a solicitat prezentarea documentelor care atestă calificarea și educația specifică prin adresele nr. 128735/18.11.2021 și nr. 130468/23.11.2021.

În cadrul răspunsurilor transmise prin adresele nr. 876/19.11.2021 și nr. FN/24.11.2021 nu au fost prezente documentele care atestă calificarea și educația specifică pentru

Oferta a fost declarată inacceptabilă în baza art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu completările și modificările ulterioare".

Astfel, contestatorul susține că nelegalitatea respingerii ca inacceptabilă a ofertei sale rezidă în următoarele:

➤ Motivul respingerii privind lipsa documentelor „care atestă calificarea și educația specifică” pentru doi dintre experții nominalizați și experiență specifică în cel puțin 1 contract/proiect, fiind cerințe de

calificare în sensul dispozițiilor art. 178 din Legea nr. 98/2016, reprezintă clauză nescrisă potrivit art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, motiv pentru care, în opinia sa, nu poate fi avută în vedere la evaluarea ofertelor și, după caz, la respingerea acestora;

➤ Autoritatea contractantă nu a solicitat prin Fișa de date, Secțiunea 111.23) „Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului” cerințe referitoare la studii; autoritatea contractantă nu a impus nici prin caietul de sarcini cerințe minime cu privire la anumite calificări/studii ale personalului de execuție a contractului de achiziție publică;

➤ În subsidiar, chiar dacă autoritatea contractantă ar fi impus prin caietul de sarcini cerințe minime cu privire la nivelul educațional, adică cerințe de calificare ce sunt, potrivit legii, clauze nescrise, nu o îndreptățesc pe aceasta la solicitarea de clarificări adresată ofertantului și respingerea ulterioară a ofertei ca inacceptabilă sau neconformă;

➤ Privitor la cerința de calificare și educație specifică prin raportare la proiectele menționate în CV, autoritatea contractantă ar fi putut cel mult depuncta oferta .. și nu a o respinge ca inacceptabilă.

Așadar, contestatorul consideră că, decizia de respingere a ofertei sale este nelegală, având în vedere dispozițiile art. 123, art. 127, art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016, cu raportare la prevederile art. 30 alin. 6 din HG nr. 395/2016.

În primul rând, contestatorul învederează faptul că, față de conținutul mențiunilor din Raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021 rezultă că, în fapt, temeiul de drept al respingerii este art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, pag. 4 din Raportul procedurii: „Ofertantul a răspuns la solicitările Comisiei de evaluare prin adrese nr. 876/19.11.2021 și nr. FN/24.11.2021 fără a prezenta documentele care atestă calificarea și educația specifică pentru Răspuns neconcludent”.

Astfel, contestatorul susține că, atât în Raportul procedurii, cât și în Adresa de comunicare a rezultatului procedurii, temeiul de drept al respingerii este eronat indicat (art. 135 din HG nr. 395/2016 nu are alineatul 5), față de concluzia "răspuns neconcludent". În realitate, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a dorit a se referi la dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016:

"(5) în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

În fapt, contestatorul arată că, prin Solicitarea de clarificări nr. 130468/23.11.2021, autoritatea contractantă i-a solicitat prezentarea diplomelor "care atestă calificarea și educația din CV" ale experților ..., arătându-se că acestea sunt obligatorii și nu opționale.

Mai mult, contestatorul menționează că solicitarea de clarificări a fost înaintată pentru verificarea modului de îndeplinire a cerinței din Caietul de

sarcini „Modalitatea de îndeplinire a cerințelor tehnice pentru experți/personal cheie.”

Cu toate că, diplomele celor trei experți nominalizați în propunerea tehnică au fost depuse de către societatea sa, totuși, contestatorul arată că, autoritatea contractantă a reținut „răspuns neconcludent” cu privire la documentele depuse pentru experții

Răspunsul la solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă a fost complet și concludent prin raportare la cerința din caietul de sarcini indicată, respectiv contestatorul arată că, a depus diplomele de studii/documentele suport în susținerea informațiilor din CV-ul depus pentru fiecare expert nominalizat, inclusiv pentru

Contestatorul arată faptul că, concludența răspunsului la solicitarea de clarificări, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, se raportează strict la cerința din documentația de atribuire, autoritatea contractantă având, în ceea ce o privește, obligația respectării prevederilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 123 din HG nr. 395/2016 cu privire la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire.

a) Autoritatea contractantă nu a solicitat nici în anunțul de participare, nici în Fișa de date a achiziției și nici în caietul de sarcini un anume nivel al studiilor privitor la personalul de execuție a contractului de achiziție publică.

Contestatorul arată că, potrivit Fișei de date a achiziției și Anunțului de participare, autoritatea contractantă nu a solicitat în Secțiunea 111.2.3) „Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului”, cerințe de calificare referitoare la personalul responsabil cu executarea contractului, operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire fiind informați despre următoarele:

„Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu”.

Prin urmare, contestatorul susține că nu avea potrivit Fișei de date a achiziției vreo obligație în ceea ce privește calificarea personalului propus pentru executarea contractului - personal de execuție.

Pe de altă parte, având în vedere conținutul Solicitării de clarificări nr. 130468/23.11.2021, contestatorul arată că, cerința din Caietul de sarcini la care face trimitere autoritatea contractantă în Solicitarea de clarificări nr. 130468/23.11.2021 este următoarea:

„Modalitatea de îndeplinire a cerințelor tehnice pentru echipa de experți/personal cheie: - CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalului cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare”.

Așadar, contestatorul precizează că, pentru îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini cu privire la experții nominalizați, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților doar depunerea unui CV și a documentelor care susțin informațiile prezentate în CV referitor la activitatea expertului respectiv.

Nicio altă cerință cu privire la experți - nivel de studii atestat prin diplome - nu a fost solicitată prin Caietul de sarcini, drept pentru care, contestatorul susține că, nu există temei pentru respingerea ofertei prin

raportare la cerințe educaționale minime ce nu au fost impuse în documentația de atribuire, aspect cu privire la care, învederează că documentația de atribuire are caracter obligatoriu nu doar pentru ofertanți, ci și pentru autoritatea contractantă, astfel cum rezultă din prevederile art. 123 și art. 127 din HG nr. 395/2016, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte, atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile proprii documentației de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În susținere, contestatorul invocă practica CNSC, în care s-au reținut următoarele aspecte referitoare la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire pentru entitățile contractante:

„În soluționare, Consiliul va reține că cerințele din fișa de date a achiziției și clarificările ulterioare cu privire la modul de elaborare a propunerii financiare sunt obligatorii și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Prin necontestarea în termen legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016".

De asemenea, contestatorul apreciază relevantă și hotărârea pronunțată în cauza CJUE C-27/152(Pippo – Pizzo, pct. 59), hotărâre din care citează: *„Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)", iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictete criteriile pe care ea însăși le-a stabilit" și „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură".*

Totodată, contestatorul învederează că, CNSC statuează în raport de aceste aspecte că:

„Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea MedipackKazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54). Deosebit de relevantă este concluzia la care aceeași instanță de la Luxemburg a statuat-o în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C- 278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență

Alba Iulia: «Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale 12 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.", precum și că, „Suplimentarea cerințelor de calificare în timpul evaluării trece dincolo de domeniul protecției încrederii legitime și este de natură să surprindă chiar și «operator economic prudent și avizat», sintagmă împrumutată din jurisprudența Curții de la Luxembourg. Mai mult, eventuala neglijență din partea entității în redactarea documentației de atribuire nu poate avea repercusiuni în persoana ofertanților, care au înțeles să se conformeze formei posibil deficitare a documentației" (Decizie ...).

b) Cerințele privind calificările profesionale și educaționale, precum și cerințele privind experiența specifică în alte contracte/proiecte (minimum 1; reprezintă cerințe de calificare, cu regim de clauze nescrise, întrucât nu au fost menționate în anunțul de participare simplificat).

Așadar, întrucât autoritatea contractantă, primind răspunsul la solicitarea de clarificări și diplomele de studii pentru cei trei experți, din care doar unul a fost calificat ca fiind corespunzător, contestatorul susține că rezultă că respingerea vizează o reală cerință de calificare ce nu a fost menționată în anunțul de participare simplificat, ceea ce înseamnă că, după evaluarea diplomelor de studii ale celor doi experți, autoritatea contractantă a respins, în fapt, oferta sa, în temeiul unor cerințe de calificare ce nu se regăsesc în anunțul de participare, aspect ce plasează autoritatea contractantă pe tărâmul clauzelor nescrise, ce nu produc niciun efect juridic, potrivit prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016:

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

În observarea caracterului de clauză nescrisă a unei cerințe pretinse de autoritatea contractantă care nu se regăsește în documentația de atribuire, respectiv o cerință de calificare ce nu a fost menționată în anunțul de participare simplificat, contestatorul arată că a formulat prezenta contestație, sub incidența atât a prevederilor art. 30 alin. (6), cât și a art. 123 din HG nr. 395/2016.

În accepțiunea dispozițiilor coroborate ale art. 163, art. 172 alin. (1) lit. c) și art. 178 din Legea nr. 98/2016, contestatorul învederează faptul că, criteriile privind capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic reprezintă criterii de calificare și selecție, între criteriile privind capacitatea tehnică și profesională, regăsindu-se, conform art. 179 din Legea nr. 98/2016, și următoarele: „c) *indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice implicate, indiferent dacă fac sau nu parte din organizația operatorului economic, în special a celor care răspund de controlul calității și, în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, a celor aflați la dispoziția contractantului în vederea executării lucrărilor; (...)* g) *calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, dacă acestea nu constituie factori de evaluare*”.

Contestatorul subliniază faptul că, cerințele privind calificările educaționale ale personalului de execuție, inclusiv experiența specifică în cel puțin 1 contract/proiect de dezvoltare software, sunt, potrivit legii, cerințe de calificare, astfel încât, pentru a putea fi luate în considerare la respingerea unei oferte, trebuie să se regăsească în cuprinsul anunțului de participare (art. 181 din legea nr. 98/2016: „*Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare*” și art. 30 alin. 4 din HG nr. 395/2016: “*Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs*”).

Pentru a evita încălcarea principiului transparenței, instituit de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, contestatorul arată că, legiuitorul a stabilit, la art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, că sunt clauze nescrise cerințele de calificare care nu sunt menționate în anunțul de participare, adică sunt inexistente, motiv pentru care nu pot conduce la respingerea unei oferte, situație care, se regăsește și în prezenta procedură, drept urmare, decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, este nelegală.

Contestatorul precizează că, în același sens, în jurisprudența CNSC (BO2013_4280) au fost consemnate următoarele:

„*Totodată, potrivit prevederilor art. 33 alin (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: «(3) Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise».*

Ca o primă constatare, solicitările privind autorizarea de către furnizorul de echipamente, respectiv privind autorizațiile ISCIR pentru montarea și punerea în funcțiune a echipamentelor care intră sub incidența ISCIR, se regăsesc în caietul de sarcini (pag. 7,8,10,13 și 31) și nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare (cel puțin nu în capitolele destinate includerii cerințelor sau criteriilor de calificare), deși, în mod evident, acestea sunt cerințe sau criterii de calificare și nu specificații tehnice (al căror loc este în caietul de sarcini). Mai exact, cerințele de calificare menționate nu se regăsesc în invitația de participare și nici în capitolul destinat din fișa de date a achiziției și anume capitolul III.2.3.a) -

Capacitatea tehnică și/sau profesională, fiind totuși amintite într-un alt capitol din fișa de date și anume în capitolul IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice. Aceasta eroare sau cel puțin lipsa de rigoare a autorității contractante care nu a menționat deloc aceste cerințe de calificare în invitația de participare și nici în capitolele fișei de date destinate acestor cerințe (IH.2.1., III.2.2 sau HI.2.3.) a fost de natură să producă și a produs confuzie în ceea ce privește obligativitatea prezentării acestor documente."

De asemenea, contestatorul arată că, într-o altă decizie a CNSC (BO2013_3566), pronunțată cu privire la aceiași aspect au fost reținute următoarele:

„Cerința inclusă în caietul de sarcini, conform căreia, ofertanții vor face dovada că au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, în mod cert este o cerință de calificare.

Cum această cerință nu a fost preluată în fișa de date a achiziției, la secțiunea III.2.3. a) Capacitate tehnică și/sau profesională, conform dispozițiilor mai sus citate, este o clauză nescrisă [...].

De asemenea, susținerea autorității contractante că autoarea contestației și-a asumat riscul ca oferta să-i fie respinsă ca neconformă prin întocmirea ofertei tehnice fără respectarea cerințelor caietului de sarcini, este considerată de Consiliu eronată. Este adevărat că dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006 impun ca oferta să fie întocmită conform prevederilor documentației de atribuire, însă dispozițiile art. 33 alin. (3) din aceeași ordonanță de urgență sancționează cu nulitatea cerințele de calificare incluse în caietul de sarcini. Astfel că, indiferent dacă ofertanții au prezentat sau nu documente în susținerea cerinței din caietul de sarcini ofertanții vor face dovada că au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, acest lucru nu poate constitui motiv de neconformitate a propunerii tehnice."

Totodată, contestatorul apreciază relevantă și jurisprudența curților de apel, care rețin că:

„În condițiile în care această cerință lipsește din cuprinsul fișei de date a achiziției și din anunțul de participare, mențiunea din caietul de sarcini privind documentele de calificare pentru personal este o clauză nescrisă care nu poate produce niciun efect și prin urmare, nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Nicio ofertă nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât este în responsabilitatea entității contractante modul în care a fost elaborată documentația. Nimic nu a oprit entitatea contractantă să includă în anunțul de participare și fișa de date cerința de calificare regăsită în caietul de sarcini; aceasta nu poate fi analizată și avută în vedere, întrucât este clauză nescrisă potrivit art. 36 din HG nr. 394/2016 și nu produce niciun efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există"(Curtea de Apel București, Decizi nr. ...)

Contestatorul solicită să se constate că cerințele privind calificările educaționale și profesionale pot fi solicitate exclusiv personalului de conducere al operatorului economic și nu personalului de execuție, sens în care, apreciază incidentă încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, în cazul în care respinge

o ofertă pentru pretinsa lipsă a unor documente referitoare la nivelul studiilor personalului de execuție.

În subsidiar, contestatorul apreciază că,

c) Stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise nu pot justifica adresarea de solicitări de clarificări cu privire la acestea sau respingerea unei oferte

Stabilirea în Caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise fiind sancționată cu inexistența acestora, în opinia contestatorului, este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări/contestații. În sensul dat, contestatorul apreciază că nu poate fi pusă în discuție nici o eventuală tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare nescrise din Caietul de sarcini, în condițiile în care, altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal.

Astfel, contestatorul menționează că, o astfel de concluzie a fost reținută de CNSC, după cum urmează:

„Motivul de respingere a ofertei reclamantei vizează nedemonstrarea îndeplinirii cerinței autorizării ISCIR, însă respectiva cerință, făcând parte din clauzele calificate de legiuitor drept nescrise, nu poate fi valorificată ca motiv de respingere.

Caracterul nescris al clauzei înseamnă ca ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze. În sensul că noțiunea de clauză nescrisă semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 848 din 10 mai 2017.

Nescrierea clauzei nu se confundă cu nulitatea ei, deoarece nulă nu poate fi decât o clauza scrisă, nu nescrisă, cum este aceea în discuție. Drept urmare, nu era și nu este necesară atacarea caietului de sarcini de către SC... SRL pentru a avea efect dispoziția legală de la art. 36 alin. (6) din norme (altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauza nescrisă al cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal).

Nicio ofertă nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa entității achizitoare modul în care au fost redactate documentele de participare. Nimic nu a oprit compania de apă să includă în anunțul de participare și fișa de date cerința de calificare regăsită în caietul de sarcini (...)

Analiza pe fond a îndeplinirii cerinței în discuție este de prisos, dat fiind că ea nu are nicio relevanță în desfășurarea achiziției, din cauza caracterului ei de clauză nescrisă.”(Decizia CNSC nr. ...)

De asemenea, contestatorul arată că, și jurisprudența curților de apel, reține în mod similar că:

„Se reține că invocarea existenței unei clauze nescrise, cu aplicarea specifică din materia achizițiilor publice nu poate fi determinată de respectarea unor termene impuse de lege pentru contestarea documentației de atribuire sau a actelor de solicitare de clarificări comunicate de autoritatea contractantă către ofertanți, în condițiile în care

scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise în condițiile în care autoritatea contractantă își întemeiază respingerea unei oferte pe existența unor clauze nescrise care deși formal nu sunt incluse în fișa de date/anunțul de participare, totuși conduc la respingerea ca neconformă a ofertei pentru neîndeplinirea acestora și în același timp aceste cerințe nu constituie specificații tehnice strict necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului, ci eventual, într-o anumită măsură în legătură cu factorii de evaluare stabiliți pentru acordarea punctajelor fiecăreia dintre oferte, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a menționat în FDA/anunțul de participare la pct. 111.2.3) Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului, cerințele de calificare referitoare la personalul responsabil cu execuția prevăzute în caietul de sarcini Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu (...).

În plus, Curtea constată că însăși autoritatea a formulat solicitările de clarificări comunicate petentei-contestatoare fără a se face referire la cerințe strict tehnice sau la factorii de evaluare, ci exclusiv la modul în care ofertantul în cauză înțelege să justifice îndeplinirea cerinței, pentru experții nominalizați în adresa de solicitare de clarificări, a experienței profesionale generale sub dublul aspect solicitat prin caietul de sarcini, astfel încât refuzul contestatoarei-petente de a răspunde concludent la aceste solicitări nu putea determina aplicarea prevederilor art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 [...], prin respingerea ofertei ca inacceptabilă/neconformă, o astfel de cerință constituind conform celor reținute anterior o clauză nescrisă care nu este aplicabilă și prin urmare nu poate fi invocată în analizarea admisibilității ofertei [...].

Prin urmare, invocarea disp. art. 215 din Legea nr. 101/2016 și art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 în respingerea ofertei petentei-contestatoare nu corespunde dispozițiilor legale a căror analiză a fost realizată, iar neconcludența răspunsului la solicitările de clarificări sau refuzul ofertantului la aceste solicitări de clarificări urmează a fi valorificate numai în contextul în care în justificarea acestor solicitări se invocă cerințele concrete din FDA/anunțul de participare pentru care se impune o clarificare a documentației ofertei sau cu referire la alte cerințe tehnice din caietul de sarcini decât acelea avute în vedere prin adresa contestată în prezenta cauză".

Contestatorul precizează că, în același sens, în jurisprudență au fost subliniate următoarele [...]:

„O clauză nescrisă se consideră că nu există deloc, de la bun început, și astfel nici nu poate fi analizată și avută în vedere, astfel încât fiind o cauză de ineficacitate, clauza nescrisă nu produce niciun efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există." (Decizia nr. a Curții de Apel).

Așadar, contestatorul susține că este vădit, având în vedere soluțiile unanime ale instanțelor de judecată, că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016 cu privire la obligația comisiei de evaluare de a stabili solicitările de clarificări necesare

în vederea evaluării ofertelor, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului să rețină că cerințele privind un nivel minim de studii sau calificări experților nominalizați, sau o experiență similară de minimum 1 contract/proiect, reprezintă veritabile cerințe de calificare în sensul art. 179 din Legea nr. 98/2016, iar, nemenționate fiind în anunțul de participare simplificat, dobândesc caracterul de clauză nescrisă, ce face ca orice respingere pe baza pretensei neîndepliniri a acestei cerințe să fie nelegală.

Văzând dispozițiile art. 179 din Legea nr. 98/2016, prin corelare cu prevederile art. 3 alin. (6) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, contestatorul arată că, în cazul în care autoritatea contractantă ar fi impus cerințe de studii cu privire la experții nominalizați de ofertant, atunci cel mult oferta sa ar fi putut fi depunctată și nu respinsă ca inacceptabilă, sens în care, solicită a se reține că, din Fișa de date a achiziției, la Secțiunea 11.2.5 - Criterii de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit ca factori de evaluare experiența specifică în mai mult de 2 proiecte având ca obiect implementare de sisteme informatice integrate de portal, pentru experții nominalizați de ofertant, cu menționarea că, nici în cadrul factorilor de evaluare nu s-au solicitat certificări/calificări/studii specifice.

Prin urmare, contestatorul consideră că oferta sa este conformă și acceptabilă, îndeplinind toate cerințele din documentația de atribuire, sens în care, solicită Consiliului a avea în vedere la pronunțarea deciziei prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

V. În ce privește solicitarea de anulare a procedurii (cerere subsidiară) în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c), corelat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatorul face următoarele precizări:

Contestatorul arată că, prin Clarificarea din oficiu nr. 128738/18.11.2021, deci în etapa evaluării ofertelor și înainte de emiterea Raportului procedurii, autoritatea contractantă a adus la cunoștința ofertanților că: *„Având în vedere informațiile prezentate în propunerile tehnice, Autoritatea contractantă consideră că acestea sunt suficiente pentru evaluarea tehnică a soluțiilor oferite și, în consecință, se renunță la susținerea ședinței demonstrative”*.

Mai mult, se arată că, sesiunea demonstrativă a fost solicitată în Caietul de sarcini la pct. 31 (pag. 43-46), iar scopul acesteia este stabilit astfel:

„31. Sesiunea demonstrativă

Având în vedere complexitatea sistemului informatic ce trebuie implementat și importanța respectării termenului de implementare menționat în prezentul document, asumat și prin contractul de achiziție, Autoritatea Contractantă va solicita ofertanților, în etapa de evaluare a propunerii tehnice, prezentarea în cadrul unei sesiuni demonstrative a capacităților soluției informatice propuse, demonstrând modalitatea în care acesta, partea soluției tehnice propuse, răspunde nativ (out-of-the-box) la unele cerințe minime din caietul de sarcini.”

Așadar, rezultă că, motivul invocat de autoritatea contractantă cu privire la suficiența elementelor din propunerile tehnice, astfel încât nu se

mai consideră necesară susținerea sesiunii demonstrative, contestatorul susține că acesta contravine scopului sesiunii declarat în documentația de atribuire, respectiv capacitatea soluției informatice propuse, out of the box. Cu alte cuvinte, contestatorul arată că, ofertanții aveau obligația de a demonstra că soluția propusă poate funcționa de îndată după instalare, aspect care reiese chiar din scenariul sesiunii demonstrative, fiind solicitată demonstrarea unei multitudini de funcționalități și operațiuni, ca dovadă nu doar că ofertanții au înțeles complexitatea proiectului, ci și că aceștia au capacitatea tehnică de a implementa toate etapele și fluxurile urmărite de achizitor: înrolare, identitate electronică, formulare cerere servicii, circulația documentelor și cererilor în sistem până la soluționarea cererilor utilizatorilor.

Niciuna din aceste funcționalități nu poate reieși în mod nemijlocit din conținutul teoretic al soluției informatice propuse de ofertanți, astfel că, contestatorul consideră că, sesiunea demonstrativă era necesară în evaluarea conformității ofertelor.

Mai mult, contestatorul precizează și împrejurarea că motivul invocat de autoritatea contractantă în clarificarea din oficiu nr. 128738/18.11.2021 nu este susținut de actele ulterioare emise pe durata evaluării, întrucât i-au fost solicitate un număr de 43 de clarificări ale propunerii tehnice, aspect care contrazice în mod vădit motivul invocat pentru renunțarea la sesiunea demonstrativă.

De asemenea, contestatorul apreciază că, renunțarea la aceasta prin modificarea documentației de atribuire în timpul evaluării ofertelor, reprezintă încălcarea scopului însuși a legislației în materia achizițiilor publice, respectiv concurența între operatorii economici interesați, ce este garantată de asigurarea transparenței.

Drept consecință, contestatorul precizează că, pe parcursul evaluării ofertelor autoritatea contractantă nu are dreptul de a modifica documentația de atribuire, pentru a fi, eventual, mai permisivă pentru anumiți ofertanți, fără a fi încălcate principiile prevăzute la dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv principiul transparenței și al egalității de tratament a ofertanților.

Principiul transparenței implică, după cum se arată, faptul că autoritatea contractantă, prealabil etapei depunerii ofertelor, anunță public toate condițiile de elaborare a acesteia, în funcție de care operatorii economici interesați decid participarea sau nu la respectiva procedură.

A renunța la o cerință esențială a documentației de atribuire reprezintă, în opinia contestatorului, încălcarea principiului prevăzut la dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, caz ce atrage incidența prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din aceeași lege.

Contestatorul invocă Jurisprudența europeană, care statuează asupra caracterului esențial al respectării principiului transparenței: "în ceea ce privește principiul transparenței care constituie corolarul principiului egalității de tratament, acesta are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini" (Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 111).

În definiția prevăzută de art. 212 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 - („în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”) - sunt incluse orice omisiuni sau erori a căror remediere implică încălcarea principiilor, drept urmare, cu atât mai mult, o eroare a autorității contractante cum este cea mai sus precizată, care reprezintă ea însăși încălcarea unui principiu esențial în materia achizițiilor publice -principiului transparenței prin modificarea documentației de atribuire - nu este, în opinia contestatorului, o eroare sau omisiune de natură remediabilă.

De asemenea, contestatorul arată și faptul că autoritatea contractantă a încălcat și dispozițiile specifice prevăzute la art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016 cu privire la obligația de a publica erată pentru orice modificare a documentației de atribuire:

„(1) În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”.

Așadar, având în vedere aspectele învederate, contestatorul solicită Consiliul a reținut că autoritatea contractantă are obligația de a respecta, în etapa evaluării, toate cerințele pe care ea însăși le-a stabilit în documentația de atribuire, astfel cum a arătat în secțiunile anterioare, iar modificarea acestor cerințe după data depunerii ofertelor reprezintă încălcare vădită a principiului transparenței și tratamentului egal, sens în care, nu mai este posibilă luarea niciunei măsuri de remediere prevăzută de lege.

Contestatorul susține că devin astfel aplicabile dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, respectiv anularea procedurii de atribuire.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale anexei la HG nr. 394/2016.

Probe: înscrisuri, inclusiv cele aflate la dosarul achiziției publice, precum și orice alte mijloace de probă utile, pertinente și concludente soluționării contestației.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită studierea dosarului aflat pe rolul Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, inclusiv a dosarul achiziției publice, precum și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa nr./..... înregistrată la CNSC sub nr./20.12.2021, ... SRL a formulat cerere de intervenție în dosarul nr. ..., prin care a solicitat:

- admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată;
- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de contestatorul SRL;
- menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor, ca fiind legale și temeinice, inclusiv a rezultatului procedurii, prin care oferta depusă de societatea sa a fost declarată câștigătoare;
- respingerea capătului de cerere privind anularea procedurii ca tardiv formulat;
- obligarea contestatorului la cheltuieli constând în onorariu de avocat.

Cu privire la interesul formulării cererii de intervenție, precum și admisibilitatea acesteia, intervenientul arată că, la data de 07.10.2020, a fost publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., prin care autoritatea Contractantă a publicat documentația de atribuire privind contractul de achiziție publică având ca obiect „...”, depunând oferta pentru atribuirea contractului, iar prin adresa nr. 137113/09.12.2021, i s-a comunicat faptul că oferta a fost declarată câștigătoare, având prețul de 73.000 lei fără TVA.

Totodată, în cadrul procedurii, intervenientul arată că, în urma analizei efectuate de autoritatea contractantă, s-a constatat faptul că oferta depusă de contestatoare este inacceptabilă.

Ca urmare a acceptării ofertei sale, intervenientul apreciază că are dreptul de a încheia contractul de servicii pentru obiectivul propus de Autoritatea Contractantă, după cum în mod expres prevăd dispozițiile în domeniul achizițiilor publice.

Intervenientul susține că, interesul promovării cereri de intervenție rezidă în aceea că, în măsura în care ar fi admise solicitările contestatoarei, acest fapt ar conduce inclusiv la anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare. Astfel, având în vedere că este îndreptățită să încheie contractul cu Autoritatea Contractantă, iar decizia privind declararea câștigătoare a ofertei sale reprezintă un act unilateral al Autorității Contractante care i se adresează, în considerarea dispozițiilor art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, precum și ale art. 24 din Constituția României, intervenientul consideră că, are atât interesul de a-și proteja dreptul câștigat prin procedura de licitație, cât și dreptul a formula apărări în contradictoriu cu contestatoarea, din perspectiva legalității procedurii de evaluare și de atribuire a contractului.

Așadar, pentru motivele arătate, intervenientul solicită să se constate că cererea este admisibilă și solicită admiterea acesteia în principiu.

Pe fondul cauzei, față de motivele pe care contestatoarea își susține contestația, intervenientul precizează următoarele:

1. Excepția tardivității cererii de anulare a procedurii.

Intervenientul arată că, potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016, persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

„b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștința despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”

Astfel, intervenientul învederează faptul că, prin capătul subsidiar de cerere, contestatoarea a solicitat anularea procedurii de achiziție publică motivat de faptul că, Autoritatea Contractantă, prin Clarificarea din oficiu nr. 128738/18.11.2021, a renunțat la susținerea ședinței demonstrative, aceasta opinând că astfel se încalcă principiul transparenței, prin urmare, actul Autorității Contractante considerat nelegal este clarificarea din 18.11.2021, astfel încât termenul de formulare a contestației a început să curgă în data de 19.11.2021 și s-a împlinit în data de 25.11.2021, contestația fiind tardiv formulată.

2. În ceea ce privește netemeinicia contestației, intervenientul învederează următoarele:

În primul rând, intervenientul susține că, trebuie subliniat faptul că oferta contestatoarei a fost respinsă, astfel cum și aceasta arată în contestație (pagina 6) în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din Normele Metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016: „(5) în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

Prin urmare, intervenientul apreciază că, ceea ce face obiectul analizei în prezenta contestație, reprezintă existența și concludența răspunsului la solicitările de clarificări, și nu solicitarea de clarificări per se.

2.1 În ceea ce privește tardivitatea criticilor referitoare la conținutul solicitărilor de clarificări nr. 128735/18.11.2021 și nr. 130468/23.11.2021, intervenientul arată, având în vedere dispozițiile articolului 8 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 101/2016, că în cazul în care contestatoarea considera că, prin solicitarea de clarificări, Autoritatea Contractantă a încălcat legea sau Documentația de Atribuire și i-a creat astfel o vătămare, trebuia să formuleze contestație împotriva acestor acte ale Autorității Contractante în termen de 7 zile de la data când a luat cunoștință de conținutul lor. Ori, intervenientul susține că, aceste termene s-au împlinit în data de 25.11.2021, respectiv 02.12.2021, fără că destinatarul actelor emise de

Autoritate să le conteste, prin urmare, orice critică formulată cu privire la solicitările de clarificări nr. 128735/18.11.2021 și nr. 130468/23.11.2021, sunt tardiv formulate și nu pot fi analizate.

2.2. Intervenientul susține că, contestația este și nefondată. Practic, intervenientul arată că, contestatoarea recunoaște că nu a transmis documentele și/sau informațiile solicitate de autoritatea contractantă pentru două din cele trei persoane vizate de solicitări, dar susține că aceste solicitări nu putea fi formulate, cerințele de calificare vizate prin solicitările de clarificări fiind clauze nescrise.

În primul rând, intervenientul precizează, astfel cum a arătat, că, nu cerințele de clarificare fac obiectul analizei în contestație (actele autorității administrative consolidându-se retroactiv prin necontestarea lor), ci răspunsul la solicitări, răspuns care nu satisface solicitarea, astfel cum chiar contestatoarea admite.

În al doilea rând, intervenientul arată că, deși contestatoarea a dat curs solicitării „nelegale” a Autorității contractante pentru unul din experții cheie, a eșuat în privința celorlalți doi.

În realitate, intervenientul precizează că cerințele respective se regăsesc atât în Fișa de Date, cât și în Anunțul simplificat, dar sunt în capitolul privitor la Criteriile de atribuire, întrucât, prezentarea unor experți cheie, precum și calificările și experiența acestora reprezintă factori de evaluare.

În privința poziției de „Expert în managementul identității electronice”, intervenientul arată că, Autoritatea Contractantă a solicitat prin Fișa de date și Anunț:

„Experiență specifică în cel puțin 1 contract/proiect de dezvoltare software și/sau implementare a unei soluții și/sau sistem informatic integrat în care a desfășurat activități similare se vor prezenta: - CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/ contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare. CV-ul depus va fi semnat olograf de către expert și datat; - Experiența specifică a expertului/personalul-cheie va fi punctată prin aplicarea factorului de evaluare, pe baza informației furnizate în mod cumulativ de către CV-ul prezentat și documentele suport antemenționate; Pentru garantarea participării în contract a tuturor experților propuși, prestatorul va prezenta declarații de disponibilitate pentru fiecare dintre aceștia”.

În privința poziției de „Expert în UX/UI - user experience și user interface”, intervenientul arată că, Autoritatea Contractanta a solicitat prin Fișa de date și Anunț:

„Experiență specifică în cel puțin 1 contract/proiect de dezvoltare software și/sau implementare a unei soluții și/sau sistem informatic integrat în care a desfășurat activități similare Se vor prezenta: - CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/ contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare. CV-ul depus va fi semnat olograf de către expert și

datat; - Experiența specifică a expertului/personalul-cheie va fi punctată prin aplicarea factorului de evaluare, pe baza informației furnizate în mod cumulativ de către CV-ul prezentat și documentele suport antemenționate; Pentru garantarea participării în contract a tuturor experților propuși, prestatorul va prezenta declarații de disponibilitate pentru fiecare dintre aceștia".

Ca atare, intervenientul arată că, pentru a putea verifica îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire, autoritatea contractantă a formulat cele două solicitări de clarificari. Cu toate că, contestatoarea nu a formulat o contestație împotriva documentației de atribuire sau a celor două solicitări de clarificare, intervenientul subliniază faptul că, aceasta nu a prezentat datele și/sau informațiile solicitate, astfel încât, oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, conform legii.

În concluzie, față de toate considerente arătate, intervenientul apreciază că, în mod legal și temeinic, autoritatea contractantă a declarat oferta sa ca fiind câștigătoare, solicitând admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 142832/21.12.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. 66719/22.12.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL (dosarul nr. ...), solicitând respingerea contestației ca fiind nelegală și neîntemeiată.

În fapt, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, procesul de evaluare a ofertelor, astfel cum reiese din Raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021, constă în mai multe etape, astfel:

În prima etapă, etapa calificării ofertanților, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate ale ofertanților SC SRL și SC SRL, și nu au fost declarate inacceptabile/neconforme/neadecvate de către comisia de evaluare.

Astfel, cele două oferte depuse au trecut la etapa următoare, a evaluării tehnice, cerințele de calificare fiind considerate îndeplinite, contestatoarea ajungând la evaluarea propunerii tehnice.

În cea de-a doua etapă, a evaluării propunerilor tehnice, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a declarat oferta contestatoarei inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. 5 din Hotărârea nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: „(5) în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

Mai mult, autoritatea contractantă arată că, în cadrul acestei etape, Comisia de evaluare a solicitat prezentarea documentelor care atestă calificarea și educația specifică, prin adresele nr.128735/18.11.2021 și nr. 130468/23.11.2021, la care, contestatoarea a răspuns, prin adresele nr. 876/19.11.2021 și FN/24.11.2021, atașând Diploma de licență în specializarea Informatică pentru

Astfel, autoritatea contractantă menționează faptul că, comisia luat în considerare Diploma de licență în specializarea Informatică pentru ..., iar pentru ..., nominalizat pentru postul de Expert în managementul identității electronice și ..., nominalizat pentru funcția de Expert UX/UI - user experience/user interface, contestatoarea nu a prezentat diplome și documente suport relevante care atestă această specializare.

De asemenea, autoritatea precizează că, din Fișa de date publicată reiese în mod clar faptul că participanții trebuie să aibă personal cu pregătire de specialitate și experiență în domeniu, pe care să o demonstreze cu înscrisuri.

Diplomele de bacalaureat fac dovada absolvirii de studii medii și nu a pregătirii de specialitate în domeniul informaticii, motiv pentru care, în lipsa altor dovezi, autoritatea contractantă consideră că, Comisia de evaluare, în mod justificat a considerat răspunsul neconcludent și a declarat oferta inacceptabilă.

Autoritatea contractantă arată că, în mod greșit apreciază contestatoarea că, lipsa documentelor pentru cei doi experți nu trebuia sancționată de comisie, fiind cerințe de calificare în sensul dispozițiilor art. 178 din Legea nr. 98/2016 și reprezintă o clauză nescrisă potrivit art. 30 alin.6 din HG nr. 395/2016.

Așadar, autoritatea contractantă menționează că, cerințele de calificare stabilite prin documentația de atribuire au fost îndeplinite de contestatoare, motiv pentru care, oferta a trecut la etapa de evaluare tehnică.

Autoritatea contractantă precizează faptul că, stabilește condițiile de calificare și condițiile de evaluare, astfel încât, aceleași documente să nu fie evaluate/punctate în ambele etape.

Față de susținerile contestatoarei cu privire la lipsa cerințelor minime pentru anumite calificări/studii, din Fișa de date și Caietul de sarcini, autoritatea contractantă formulează următoarele precizări:

Diplomele și documentele suport relevante care atestă experiența specifică în domeniu au fost solicitate expres atât în Fișa de date, cât și în Caietul de sarcini, pentru fiecare categorie de personal.

Autoritatea contractantă arată că, în prezent, dispune de un Sistem Informatic de Gestiune al Documentelor, realizat în tehnologie web pe platforma suport ..., server de gestiune de date, server de aplicație și server web, întrepătrunse într-un singur modul, iar prin programul pe care dorește să-l achiziționeze, se caută implementarea unei soluții informatice de tip portal de servicii, accesibil în orice moment, de la orice locație de internet, cât și din interiorul sistemului informatic al instituției.

Mai mult, autoritatea contractantă menționează faptul că, programul pe care îl achiziționează trebuie să corespundă atât nevoilor salariaților, cât și al cetățenilor, ... fiind al doilea oraș ca mărime din România,

după, importanța și complexitatea programului necesitând cunoștințe tehnice de specialitate avansate, motiv pentru care, a solicitat ofertanților să dovedească profesionalismul și experiența în domeniu, condiții impuse prin Fișa de date și Caietul de sarcini.

Prin răspunsul oferit de contestatoare la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă arată că aceasta a demonstrat că nu dispune de personal calificat pentru realizarea acestui proiect de mare amploare, care urmează să deservească ...

Așadar, la această etapă, autoritatea contractantă consideră că oferta contestatoarei a fost declarată, în mod legal și întemeiat, inacceptabilă.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, cerințele privind calificările profesionale și educaționale, precum și cerințele privind experiența specifică în alte contracte/proiecte se regăsesc în fișa de date și caietul de sarcini.

Astfel, se arată că în Fișa de date la pagina 4 „Expert în managementul identității electronice”, respectiv pagina 5 - Expert în UX/UI este precizat: *„Se vor prezenta: - CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare”.*

De asemenea, se arată că, în Caietul de sarcini la pagina 56, este precizat: *„Pentru experții/personalul-cheie se vor prezenta documente justificative privind educația, experiența generală și experiența specifică, respectiv: diplome, certificate, contracte de muncă, recomandări din care să reiasă poziția expertului/personalului în cadrul proiectelor similare etc.*

Pentru personalul nerezident, este permisă prezentarea certificărilor/autorizărilor corespunzătoare emise în țara de rezidență, alături de traducerea autorizată a acestora în limba română.

Modalitatea de îndeplinire a cerințelor tehnice pentru echipa de experți/personal-cheie: CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/contract de muncă/ recomandare sau orice alte documente similare. CV-ul depus va fi semnat olograf de către expert și datat”.

În opinia autorității, faptul că nu s-a solicitat un anumit nivel al studiilor, nu echivalează cu lipsa studiilor. Astfel, cerințele de pregătire profesională de specialitate pot fi demonstrate de participanți prin diplome de licență, specializări, studii postuniversitare etc.

Autoritatea contractantă precizează că nu a sancționat contestatoarea pentru neîndeplinirea unui anumit nivel al studiilor privitor la personalul de execuție a contractului de achiziție publică, ci pentru lipsa studiilor de specialitate (în domeniu IT) al numiților ..., având în vedere că, astfel cum reiese din caietul de sarcini, aceasta trebuia să demonstreze că are capacitatea de a duce la bun sfârșit acest proiect prin care se dorește îmbunătățirea sistemului informatic al administrației publice la nivelul ...

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că, în caietul de sarcini se stabilește: „Modalitatea de îndeplinire a cerințelor tehnice pentru

echipa de experți/personal cheie”: „CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare”, înscrisuri care sunt verificate la capitolul evaluarea propunerilor tehnice conform documentelor achiziției.

SC SRL nu a contestat documentația de atribuire astfel că, aceasta a devenit obligatorie nu doar pentru ofertanți, ci și pentru autoritatea contractantă, conform prevederilor art. 123 și art. 127 din H.G. nr. 395/2016, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile documentației de atribuire care stabilește ce reguli trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că, a verificat înscrisurile depuse privind personalul, conform documentației de atribuire, în cadrul etapei de evaluare a propunerilor tehnice.

Cu privire la solicitarea de anulare a procedurii motivat de renunțarea la sesiunea demonstrativă, autoritatea contractantă apreciază că, aceasta este lipsită de temei legal și neîntemeiată.

Sesiunea demonstrativă solicitată, la care a renunțat ulterior autoritatea contractantă, nu era prevăzută ca etapă eliminatorie și nici nu era punctată, astfel încât această etapă nu influențează rezultatul procedurii. Renunțarea la sesiunea demonstrativă a fost publicată de autoritatea contractantă și au luat la cunoștință toți participanții, astfel încât, nu este încălcat principiul transparenței și măsura nu este de natură a denatura, a avantaja sau dezavantaja un participant la procedură.

Concluzionând, autoritatea contractantă subliniază faptul că, ofertanții au obligația de a întocmi ofertele, conform documentației de atribuire, obligație consfințită și de art. 123 alin. 1 din H.G. nr. 395/2016, potrivit căruia ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că, a evaluat toate ofertele respectând principiul tratamentului egal și al nediscriminării.

Riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, iar autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire (fișei de date), care sunt cerințele privind propunerea tehnică pe care orice operator economic trebuie să le îndeplinească, în speță care sunt criteriile de atribuire și formulele de calcul pentru punctajul acordat.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, dacă contestatoarea considera că documentația de atribuire nu este legală și corect întocmită, avea deschisă calea formulării contestației, pe care trebuia să o înainteze autorității contractante în termenul legal de 10 zile, prevăzut la art. 8 lit. a) din Legea nr. 101/2016, termen care a început să curgă de la data publicării în SEAP a documentației de atribuire.

În speță, autoritatea contractantă precizează că, operatorul economic contestator nu a uzat de aceste drepturi, motiv pentru care, documentația de atribuire și-a dobândit forța obligatorie, atât pentru autoritatea

contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți, prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici, inclusiv contestatoarea, au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a solicit clarificări, în baza art. 133 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016: „Comisia de evaluare are obligația de 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” și alin. (3) „Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv”.

Față de aspectele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate, ca fiind nelegală și neîntemeiată.

În ceea ce privește contestația nr. 2530/27.12.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 67724/28.12.2021 (dosar nr. ...), contestatorul solicită cele arătate în partea introductivă, raportat la următoarele aspecte:

I. Contestatorul apreciază ca fiind netemeinică și nelegală decizia autorității contractante privind declararea drept câștigătoare a ofertei ... SRL, care este neconformă, întrucât nu justifică prețul neobișnuit de scăzut, motiv pentru care, arată motivele de fapt și de drept pentru care, în opinia sa, se impune admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SRL.

II. Justificarea interesului ... în promovarea contestației,

În susținerea admisibilității și interesului în formularea contestației, contestatorul indică dispozițiile art. 8 și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, apreciind că interesul său este determinat, legitim, născut, personal, conform rigorilor impuse de prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, întrucât în mod nelegal oferta declarată câștigătoare, depusă de ... este neconformă, astfel cum va arăta în continuare.

Contestatorul învederează faptul că, în procedură au fost depuse doar două oferte, oferta sa și oferta SRL, împotriva deciziei de respingere a depus contestației, astfel că, independent de situația contestației sale, în cazul în care oferta SRL este considerată neconformă, atunci fie este câștigătoare oferta sa, fie se anulează procedura, dacă este respinsă contestația. Pentru acest motiv, contestatorul consideră că, deține interes legitim în atacarea actelor autorității contractante.

III. Cu privire la termenul de formulare a contestației, contestatorul arată că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termenul pentru formularea contestației este de 7 zile de la data la care operatorul economic ia cunoștință de actele entității contractante care riscă să îi producă un prejudiciu.

mai mult, se arată că, prin persoană care se consideră vătămată se înțelege, potrivit art. 3 din Legea nr. 101/2016:

„f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinești cumulativ următoarele condiții:

*i. are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;
și*

ii.a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

Astfel, contestatorul precizează că, contestația în cauză are ca obiect evaluarea în mod nelegal de autoritatea contractantă a ofertei SRL, întrucât aceasta a ofertat un preț de 73.000 lei pentru serviciile ce urmează a fi prestate, respectiv 29,18% din valoarea estimată a contractului, preț pe care nu l-a justificat sub nicio formă.

Având în vedere prețul nejustificat de scăzut ofertat de SRL, contestatorul consideră, că autoritatea contractantă avea obligația de a face aplicarea prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și a de a solicita ofertantului justificarea prețului aparent scăzut, ceea ce nu a fost respectat în cauză. Chiar și în cazul în care autoritatea ar fi solicitat clarificări ale propunerii financiare, ... SRL nu poate justifica prețul ofertat.

Contestatorul precizează că, de informația privind valoarea ofertei financiare a luat la cunoștință în data de 20.12.2021, la primirea Cererii de intervenție nr. 2739/20.12.2021, comunicată prin email, în cadrul dosarului CNSC nr. ...: „prin Adresa nr. 137113/09.12.2021 ni s-a comunicat faptul că oferta noastră a fost declarată câștigătoare, având prețul de 73.000 lei fără TVA".

Or, contestatorul susține că, calitatea sa de parte vătămată în sensul legislației specifice în materia achizițiilor publice se naște la momentul la care a luat la cunoștință de prețul nejustificat de scăzut al ofertei SRL, respectiv la data primirii Cererii de intervenție în dosarul CNSC nr. ...

În contextul dat, contestatorul susține că termenul de formulare a contestației în cazul de față nu începe să curgă de la comunicarea rezultatului procedurii sau de la comunicarea Raportului procedurii, întrucât niciunul din aceste două acte ale autorității contractante nu conține informații cu privire la prețul ofertat de SRL, ci de la momentul luării la cunoștință a acestei informații. Astfel, contestatorul arată că, prin act vătămător al autorității contractante nu se înțelege, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. a) doar înscrisul în care este materializată decizia autorității contractante prin care este declarat ofertant câștigător - raportul procedurii, ci și orice operațiune sau act al autorității contractante, care sunt nelegale și vătămătoare.

Astfel, contestatorul menționează faptul că, prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 stabilesc termenul de formulare a contestației prin raportare la elementele constitutive ale dreptului de exercitare a acțiunii procesuale, adică interesul și calitatea de persoană care se consideră vătămată.

Mai mult, contestatorul precizează că, termenele de formulare a contestației nu se calculează pe durata cât titularului contestației nu are calitate de persoană vătămată, respectiv nu are cunoștință că actul autorității este nelegal, deci vătămător pentru interesele sale.

Totodată, contestatorul subliniază și faptul că, principiul liberului acces la justiție, statuat atât în prevederile art. 24 din Constituție, cât și în reglementarea CEDO (art. 6 alin. 1), instituie cadrul legal prin care poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce s-ar produce prin admiterea contestației.

Contestatorul învederează totodată Consiliului opinia că dispozițiile Directivei 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 impun statelor membre obligația la asigurare unor căi de atac eficace:

"Art. 1. (1) Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a se asigura că, în ceea ce privește contractele care intră sub incidența Directivei 2014/24/UE sau a Directivei 2014/23/UE, deciziile autorităților contractante pot face obiectul unei proceduri de contestare eficace și, mai ales, cât mai rapide posibil, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, pe motivul că deciziile respective au încălcat dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice sau normele de drept intern care transpun respectivele prevederi comunitare".

Mai mult, se arată că, art. 3 alin. (1) din Directiva 89/665/CEE dispune că: *„(3) Statele membre asigură accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare".*

În raport de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, corelat cu art. 3 alin. (1) din Directiva nr. 89/665/CEE și jurisprudența CJUE, contestatorul apreciază că îndeplinește cerințele privind calitatea sa de contestatoare în prezenta procedură, urmărind interesul de a anula decizia autorității contractante prin care oferta SRL fost declarată câștigătoare, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește cerințele legale privind ofertarea unui preț concurențial, iar anularea deciziei autorității este o măsură de remediere posibilă în această etapă a procedurii de achiziție publică.

Așadar, contestatorul solicită Consiliului să se constate că prezenta contestație a fost formulată în termen legal, potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

IV. În continuare, contestatorul prezintă argumente cu privire la cererea de acces la documentele ofertei declarate câștigătoare și la dosarul achiziției publice.

V. Caracterul nelegal al admiterii și declarării câștigătoare a ofertei SRL

Contestatorul arată că, din Cererea de intervenție formulată în dosarul CNSC nr. ... a luat la cunoștință că prețul ofertat de este sub 30% din valoarea estimată a procedurii de atribuire.

Având în vedere cerințele caietului de sarcini, contestatorul susține că rezultă că, în mod vădit ofertanta declarată câștigătoare nu poate executa contractul de achiziție publică, prețul ofertat fiind neconcurențial și insuficient pentru asigurarea autorității contractante că, vor fi respectate toate specificațiile tehnice din documentația de atribuire, respectiv nivelul calitativ al serviciilor de prestat.

Contestatorul reiterează faptul că, valoarea estimată a contractului este de 250.168 lei (fără TVA), astfel cum este prevăzut la pct. II.1.5) din Fișa de date a achiziției.

Redând dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016, contestatorul arată că, văzând prețul ofertat de SRL autoritatea contractantă avea obligația legală de a solicita acestui ofertant clarificări, respectiv informații privitoare la modul de formare a prețului, respectiv fundamentarea economică a propunerii financiare în raport de serviciile oferite potrivit caietului de sarcini.

Deși, Legea nr. 98/2016 nu mai prevede un prag sub care propunerea financiară este calificată drept aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică, contestatorul susține că, un preț de sub 30% din valoarea estimată a contractului este de natură să oblige autoritatea contractantă la aplicarea prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016. În măsura în care valoarea estimată este calculată de autoritate prin raportare la prețul pieței, rezultă că reperul de sub 30% din această valoare este suficient și relevant pentru necesitatea ofertantului respectiv de a oferi autorității clarificări referitoare la fundamentarea economică a propunerii financiare.

Astfel, contestatorul arată că, dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016, instituie un mecanism ce permite autorităților contractante verificarea ofertelor nu doar din perspectiva comparării specificațiilor tehnice ale ofertei cu cele din caietul de sarcini și ulterior, aplicarea mecanică a criteriului de atribuire, ci și verificarea ofertelor din punctul de vedere al sustenabilității acesteia, a respectării regulilor unei concurențe reale pe piață și, cu deosebire, evaluarea riscului contractual în raport cu oferta evaluată.

În plus, contestatorul precizează că, autoritatea se va raporta, în această evaluare preliminară a prețului și la valoarea celorlalte propuneri financiare din procedură, iar o diferență considerabilă de preț între acestea și ofertantul SRL nu reflectă decât ipoteza unor prețuri anticoncurențiale.

În condițiile date, lipsa solicitării de clarificări în temeiul dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și atribuirea contractului către SRL ce a ofertat un preț sub 30% din valoarea estimată a contractului, reprezintă acte nelegale ale autorității contractante ce au drept consecință denaturarea concurenței pe piață, motiv pentru care, solicită anularea acestora.

În susținerea cererii de anulare a deciziei autorității contractante pentru lipsa solicitării de clarificări a prețului neobișnuit de scăzut, contestatorul invocă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care statuează următoarele :

"27. Este necesar să se amintească faptul că, potrivit articolului 55 din Directiva 2004/18, în cazul în care, pentru un anumit contract, sunt prezentate oferte care par anormal de scăzute în raport cu bunurile, lucrările sau serviciile prestate, autoritatea contractantă, înainte de a putea respinge respectivele oferte, «solicită, în scris, detalii privind elementele ofertei pe care le consideră relevante».

28. Rezultă clar din aceste dispoziții, redactate în termeni imperativi, că legiuitorul Uniunii a înțeles să oblige autoritatea contractantă să verifice elementele ofertelor care prezintă un caracter anormal de scăzut impunându-i în acest scop obligația de a solicita candidaților să furnizeze dovezile necesare pentru a demonstra că aceste oferte sunt serioase (a se vedea în acest sens Hotărârea din 27 noiembrie 2001, Lombardini și Mantovani, C-285/99 și C-286/99, Rec., p. 1-9233, punctele 46-49).

29. În consecință, existența unei dezbateri contradictorii efective, plasată într-un moment util în procedura de examinare a ofertelor, între autoritatea contractantă și candidat, în scopul ca acesta din urmă să poată demonstra că oferta sa este serioasă, constituie o cerință a Directivei 2004/18 în vederea evitării arbitrariului din partea autorității contractante și a garantării unei concurențe sănătoase între întreprinderi (a se vedea în acest sens Hotărârea Lombardini și Mantovani, citată anterior, punctul 57).

30. În această privință, trebuie să se amintească, pe de o parte, că, deși lista prevăzută la articolul 55 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2004/18 nu este exhaustivă, ea nu este totuși doar indicativă și nu acordă, așadar, autorităților contractante libertatea de a stabili care sunt elementele pertinente de luat în considerare înainte de a înlătura o ofertă care pare anormal de scăzută (Hotărârea din 23 aprilie 2009, Comisia/Belgia, C-292/07, punctul 159) (Cauza C-599/10, SAG ELV Slovenko s.a.).

Pe de altă parte, contestatorul arată că, scopul reglementărilor în materia achizițiilor publice cu privire la elaborarea ofertelor de către operatorii economici și evaluarea de către autoritatea contractantă, este acela de a se asigura o concurență efectivă și largită între operatorii economici, astfel că, prezența între competitori a unei oferte financiare aparent nejustificat de scăzute restricționează autoritatea contractantă de a accepta fără clarificări o astfel de ofertă, chiar dacă pare cea mai avantajoasă financiar.

contestatorul susține că, obligația este cu atât mai evidentă, cu cât autoritatea nu are dreptul de a respinge o ofertă care propune un preț aparent neobișnuit de scăzut, fără a solicita aceste clarificări, astfel cum dispun prevederile art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Sub un alt aspect, contestatorul consideră că, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări ofertantului SRL sub imperiul principiului bunei administrări, statuat în legislația națională astfel: "principiul bunei administrări, conform căruia autoritățile publice, instituțiile publice și celelalte unități prevăzute la art. 2 sunt datorate să își desfășoare activitatea în realizarea interesului general, cu un grad ridicat de profesionalism, în condiții de eficiență, eficacitate și economicitate a folosirii resurselor" (art. 4 lit. f) din Legea nr. 547/2004). Astfel, contestatorul învederează că, în temeiul acestui principiu general al Uniunii Europene, în materia achizițiilor publice Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că:

„Potrivit jurisprudenței, garanțiile oferite de ordinea legală a Comunității Europene în procedurile administrative include, în particular, principiul bunei administrări, implicând datoria instituțiilor competente de a examina cu atenție și imparțial aspectele relevante ale cazurilor individuale

(Cauza C-269/90 Technische Universität München [1991] ECR I-5469, par. 14; Cauza T-44/90 La Cinq v Commission [1992] ECR II-1, par. 86; și Cauza T-70/99 Alparma v Council [2002] ECR II-3495, par. 182). În plus, Comisia este obligată să asigure, în fiecare etapă a procedurii de achiziție, conformitatea cu principiul tratamentului egal și, drept urmare, oportunitatea egală pentru toți ofertanții (a se vedea, în acest sens, Cauza C-496/99 P Commission v CAS Succhi di Frutta [2004] ECR I-3801, par. 108, și ADT Projekt v Commission, par. 164)"(cauzele conexe T-376/05 și T-383/05, TEA-CEGOS, SA).

așadar, contestatorul arată că, garanțiile pe care o ofertă trebuie să le pună la dispoziția autorității contractante, atât în ce privește propunerea tehnică, cât și cea financiară, trebuie să fie de natură a înlătura riscul neexecutării contractului, instabilitatea financiară a contractului sau riscul încălcării obligațiilor legale ale operatorului economic pe durata executării contractului, cum ar fi, spre exemplu, legislația legată de drepturile salariaților, obligațiile fiscale, dreptul mediului etc. În afară de aceasta, în temeiul principiului buneii administrări, autoritatea contractantă trebuie să asigure "un grad ridicat de profesionalism" al serviciilor către populație, ceea ce, în fapt face și obiectul prezentei proceduri de achiziție publică.

În subsidiar, chiar în ipoteza în care autoritatea contractantă ar fi solicitat ofertantului justificarea prețului în temeiul dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016, contestatorul solicită Consiliului să constate că oferta financiară a ofertantului câștigător este nu doar nejustificat de scăzută, ci este derizorie, indiferent de opțiunea pentru soluția informatică de portal pe care a oferat-o.

Pentru a demonstra că orice justificare ar fi oferit ofertantul câștigător, ... SRL, acesta nu satisface cerințele legale de a fi un preț concurențial, care să nu conducă la riscul neexecutării contractului, contestatorul învederează Consiliului că, potrivit documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit obiectul achiziției în raport de necesitățile sale obiective, arătând că are implementat Sistemul Informatic de Gestiune a Documentelor, precum și un web-site funcțional.

Drept urmare, contestatorul susține că, ceea ce se solicită de la ofertanți, este fie furnizarea unei extinderi a aplicației existente, fie o alternativă a aplicației care să ofere toate funcțiile existente, menționate în Caietul de sarcini, cu o durată de implementare de 3 luni (durata contractului menționată în Fișa de date a achiziției): „În vederea continuării procesului de transformare digitală a serviciilor publice, Municipiul Iași, intenționează să implementeze un portal destinat serviciilor publice online. Acesta se poate constitui ca o extindere a aplicației existente, cu funcții care să permită digitalizarea fluxurilor de documente electronice (atât cele venite prin portal, cât și cele venite prin registratură) sau ca o alternativă a aplicației existente, dar care să nu ofere mai puține decât următoarele" (pag. 6 din Caietul de sarcini).

De asemenea, se arată, potrivit cerințelor din Caietul de sarcini (pag. 37 și următoarele), precum și clarificărilor aduse caietului de sarcini prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 115367/18.10.2021 (întrebarea nr. 7, pag. 5-6), ofertanții pot opta fie pentru ofertarea unei soluții aplicative portal prin server aplicativ, server de bază de date și server web incluse, fie pentru o soluție cloud based.

Contestatorul susține că, niciuna din aceste cerințe nu este îndeplinită de oferta SRL având în vedere și împrejurarea că durata de executare a contractului nu permite adaptarea niciunei soluții deținute anterior de către acest ofertant.

Astfel, contestatorul susține că, ... SRL nu a oferit o soluție cloud based, ci o soluție bazată pe furnizarea a trei servere, respectiv cele menționate la pag. 37 din Caietul de sarcini - Cerințe minimale pentru platforma aplicativă portal: serverul aplicativ, serverul bază de date și serverul web. De asemenea, serverele trebuie livrate cu licențe pentru sisteme de operare și licențe pentru criptarea datelor.

În condițiile date, contestatorul arată că, prețul oferit de SRL, de 73.000 lei (care înseamnă aproximativ 14.600 EUR), acoperă doar prețul unităților de server și al licențelor, fără a fi oferite costurile de implementare, interconectare, dezvoltare și instruire a personalului și astfel încât, arhitectura soluției să fie completă și conformă cu cerințele caietului de sarcini și nici alte costuri cum ar fi costurile operaționale ale infrastructurii hardware/software, costurile aferente serviciilor de back-up, instruirea utilizatorului - 5 persoane cu rol de administrare și minim 24 de persoane pentru exploatarea sistemului (pag. 47 din Caietul de sarcini).

Totodată, contestatorul subliniază cerințele autorității contractante din Caietul de sarcini, conform cărora:

„Toate licențele software oferite vor fi de ultimă versiune și vor fi însoțite de servicii de mentenanță și suport asumate de producător în condițiile caietului de sarcini. Pentru fiecare licență oferită se va indica în clar denumire, versiune, producător, cantitate, mod de licențiere (pentru a corespunde cerințelor caietului de sarcini), în ce constau servicii de garanție oferite.

Nu se acceptă formulări/răspunsuri de genul «produsul oferit îndeplinește/va face/va îndeplini» sau «produsul este/va fi conform cu cerința» fără a demonstra acest lucru dar și fără echivoc apelând la, după caz:

➤ *Citate sau extrase din dosarul tehnic al producătorului, fișe tehnice ale produselor, indicând exact sursa (pagina, capitolul, secțiunea) din documentele respective. Pentru produsele COTS solicitate și oferite se vor indica prin marcaje distincte paragraful/paragrafele din documentația producătorului care susțin îndeplinirea fiecărei cerințe,*

➤ *Referire la rapoarte de încercare-testare emise de organisme recunoscute (cum ar fi, după caz un laborator neutru de încercări și calibrare sau un organism de certificare și inspecție care asigură respectarea standardelor europene aplicabile; se acceptă certificate emise de organisme recunoscute în oricare dintre statele membre ale Uniunii Europene);*

➤ *Referire la omologări tehnice emise de organisme recunoscute;*

➤ *În cadrul sesiuni demonstrative.”*

Astfel, contestatorul susține că, nu au fost respectate de către ofertantul SRL, acesta rezumându-se la a copia caietul de sarcini în matricea ofertei, fără a dovedi îndeplinirea specificațiilor tehnice.

De asemenea, contestatorul subliniază faptul că, una din cerințele exprese ale autorității contractante, pe care SRL nu le îndeplinește prin oferta depusă, se referă la certificările impuse de respectarea prevederilor relevante aplicabile obiectului contractului (cerința de la pct. 30, pag. 42 din Caietul de sarcini), respectiv: Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, Legea nr. 451/2004 privind marca temporală; Regulamentul (UE) nr. 679/2015 privind protecția datelor cu caracter personal (GDPR); Regulamentul (UE) nr. 910/2014 privind serviciile de încredere și identitatea electronică (eIDAS); Directiva (UE) nr. 1148/2016 privind nivelul comun ridicat de securitate a rețelelor și sistemelor informatice (NIS).

Așadar, contestatorul susține că, în mod vădit, oferta SRL nu poate îndeplini cerințele din documentația de atribuire la prețul ofertat, astfel că, autoritatea contractantă, chiar prealabil analizei ofertei financiare, să respingă oferta, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, întrucât nu satisface specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

Concluzionând, contestatorul solicită Consiliului să constate că oferta SRL nu respectă cerințele caietului de sarcini, că autoritatea contractantă a evaluat incorect această ofertă, cu încălcarea principiului tratamentului egal al ofertanților prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu nesocotirea propriilor cerințe stabilite prin documentația de atribuire, adică cu încălcarea prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 și art. 207 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la acest aspect, contestatorul solicită a se reține că documentația de atribuire are caracter obligatoriu nu doar pentru ofertanți, ci și pentru autoritatea contractantă, astfel cum rezultă din prevederile art. 123 și art. 127 din HG nr. 395/2016, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În practica CNSC, contestatorul arată că, s-au reținut următoarele aspecte referitoare la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire pentru entitățile contractante:

„În soluționare, Consiliul va reține că cerințele din fișa de date a achiziției și clarificările ulterioare cu privire la modul de elaborare a propunerii financiare sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Prin necontestarea în termen legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016”(Decizia CNSC nr. ...).

De asemenea, contestatorul consideră că relevantă este și hotărârea pronunțată în cauza CJUE C-27/15 (C-27/15, Pippo-Pizzo, pct.59), hotărâre din care citează:

„Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a

se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)", iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictete criteriile pe care ea însăși le-a stabilit" și „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură".

Totodată, contestatorul arată că, CNSC statuează în raport de aceste aspecte că:

„Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54). Deosebit de relevantă este concluzia la care aceeași instanță de la Luxemburg a statuat-o în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia: «Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale 12 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.»"

Mai mult, contestatorul reiterează faptul că, ofertei SRL îi erau aplicabile prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016, iar în eventualitatea în care autoritatea contractantă a solicitat clarificări, ofertantul nu poate justifica prețul scăzut, anticoncurențial, fapt care impune respingerea ofertei ca neconformă în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit.c), lit. d) și lit. g) din HG nr. 395/2016.

Pentru toate motivele prezentate, contestatorul solicită Consiliului să constate că oferta SRL este neconformă, că autoritatea contractantă avea obligația respingerii acesteia, astfel încât se impune anularea actelor autorității contractante, astfel cum a solicitat în petitul contestației.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale anexei la HG nr. 395/2016.

Probe: înscrisuri, inclusiv cele aflate la dosarul achiziției publice, precum și orice alte mijloace de probă utile, pertinente și concludente soluționării contestației.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită aprobarea cererii de studiu a dosarului aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, inclusiv a dosarului achiziției publice, precum și fotocopierea documentelor necesare, inclusiv a ofertei pentru motivele anterior arătate.

Prin adresa nr. 146434/30.12.2021 înregistrată la Consiliu sub nr. 68479/31.12.2021, ... în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL (dosarul nr. ...), prin care a solicitat, respingerea acesteia ca fiind nelegală și neîntemeiată.

Cu privire la termenul de formulare a contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca fiind tardiv formulată, având în vedere că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termenul pentru formularea contestației este de 7 zile de la data la care operatorul economic ia cunoștință de actele entității contractante care riscă să îi producă un prejudiciu, iar contestația formulată în data de 27.12.2021 a fost formulată cu depășirea termenului legal, termenul fiind împlinit la data de 16.12.2021.

Cu privire la interesul SRL în promovarea contestației, autoritatea contractantă apreciază că, contestația poate fi analizată și soluționată în subsidiar față de contestația inițială înregistrată cu nr....

Astfel, în situația în care Consiliul respinge contestația înregistrată cu nr....., ... SRL nu mai justifică un interes în cauză.

În condițiile în care Consiliul va respinge contestația formulată împotriva Raportului procedurii nr. 135623/07.12.2021, oferta contestatoarei fiind declarată inadmisibilă, nu mai are calitatea de parte vătămată, astfel cum este reglementată partea vătămată prin art. 3 din Legea nr.101/2016:

"(1) în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;
și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire."

Așadar, autoritatea contractantă susține că, contestatoarea devine terț față de procedura în cauză, Consiliul urmând a respinge prezenta contestație întrucât contestatoarea nu justifică un interes în cauză.

Cu privire la cererea de acces la documentele ofertei declarate câștigătoare și la dosarul achiziției publice, susținerile contestatoarei.

Autoritatea contractantă arată că, prin adresa înregistrată cu nr. 144671/23.12.2021, ... SRL a solicitat acces la dosarul achiziției publice, în termen de 1 zi de la primirea cererii, solicitând ca documentele să îi fie comunicate în mod electronic, pe email.

De asemenea, se arată că, art. 217 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice prevede obligația autorității contractante de a oferi acces la dosarul achiziției publice, nu și obligația de a comunica în format electronic dosarul achiziției publice, candidaților, astfel cum a solicitat contestatoarea: „(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanti ca fiind confidențiale.”

Prin adresa înregistrată cu nr. 144786/24.12.2021, autoritatea contractantă precizează că a comunicat contestatoarei că are acces la dosarul achiziției publice la sediul acesteia, în data de 27.12.2021, între orele 11.00-13.00, informând-o cu privire la faptul că nu poate acorda acces la propunerea tehnică și financiară întrucât conțin soluții tehnice detaliate privind programele ofertate, programe pentru care SRL deține licențe.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, contestatoarea nu s-a prezentat la sediul autorității contractante pentru studierea dosarului, prin urmare, susținerile privind îngrădirea accesului la documentație sunt neîntemeiate.

Pe fond, autoritatea contractantă arată că, în cea de-a doua etapă, a evaluării propunerilor tehnice, comisia de evaluare a declarat oferta contestatoarei inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.5 din Hotărârea nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, astfel că, oferta acesteia nu a ajuns la etapa evaluării financiare, iar prețul oferit de acesta nu este cunoscut de către părțile implicate în procedura de atribuire.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, în Procesul-verbal nr.131898/25.11.2021 a fost analizată propunerea financiară a ofertantului SC SRL, iar Comisia de evaluare a constatat următoarele:

"-propunerea financiară, prin anexa pusă la dispoziție de Autoritatea Contractantă și completată de către ofertant, reflectă valoarea/prețul fiecărei etape/livrabil în parte, așa cum se solicită prin caietul de sarcini;

-suma prețurilor pe fiecare livrabil/rezultat/activitate este egală cu valoarea totală a propunerii financiare a ofertantului;

-nu au fost identificate erori aritmetice în calculele efectuate în cadrul anexei la formularul propunere financiară;

-nu există elemente care să sugereze faptul că prețul total propus sau componente ale acestuia, ar fi neobișnuit de scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat, astfel încât să existe riscul de a nu se putea asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini;

- din anexele la formularul de ofertă rezultă că tariful/oră/expert se încadrează în prevederile legale în vigoare privind salariul minim pe economie $76 \text{ zile} \times 8 \text{ ore/zi} \times 10 \text{ operatori} = 3.648 \text{ ore}$ 73.000,00 lei: $3.648 \text{ ore} = 20,01 \text{ lei/oră/operator}$ ".

Concluzionând, autoritatea contractantă învederează faptul că, ofertanții au obligația de a întocmi ofertele conform documentației de atribuire, obligație consfințită și de art. 123 alin 1 din H.G. nr. 395/2016, potrivit căruia ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, toate ofertele fiind evaluate cu respectarea principiul tratamentului egal și al nediscriminării.

Totodată, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a respectat prevederile art. 133 alin. (1) din H.G. nr.395/2016: „Comisia de evaluare are obligația de 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", și alin. (3) „Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv" și a constatat că, atât propunerea tehnică, cât și propunerea financiară este conformă cu documentația de atribuire.

Față de aspectele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate, ca fiind nelegală și neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr./10.01.2022, ... SRL a formulat cerere de intervenție în dosarul nr. ..., prin care a solicitat:

- admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată;
- respingerea contestației formulate de contestatorul SRL ca tardiv formulată;
- respingerea contestației ca nefondată;
- menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor, ca fiind legale și temeinice, inclusiv a rezultatului procedurii, prin care oferta depusă de societatea sa a fost declarată câștigătoare;
- obligarea contestatorului la cheltuielile generate de soluționarea contestației constând în onorariu de avocat.

În ceea ce privește interesul în a formula cererea de intervenție li admisibilitatea acesteia, intervenientul arată că, prin Adresa nr. 137113/09.12.2021, i s-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare, având prețul de 73.000 lei fără TVA.

Totodată, intervenientul arată că, în cadrul procedurii, în urma analizei efectuate de Autoritatea Contractantă, s-a constatat că oferta depusă de contestatoare este inacceptabilă, astfel că, urmare a acceptării ofertei sale, are dreptul de a încheia contractul de servicii pentru obiectivul propus de autoritatea contractantă, după cum în mod expres prevăd dispozițiile legale în domeniul achizițiilor publice.

Interesul promovării cererii de intervenție rezidă în aceea că, în măsura în care ar fi admise solicitările contestatoarei, acest fapt ar conduce inclusiv la anularea deciziei prin care oferta societății sale a fost declarată câștigătoare. Astfel, având în vedere că societatea sa este îndreptățită să încheie contractul cu autoritatea contractantă, iar decizia privind declararea câștigătoare a ofertei sale reprezintă un act unilateral al autorității contractante care i se adresează, în considerarea dispozițiilor art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, precum și ale art. 24 din Constituția României, intervenientul susține că are atât interesul de a-și proteja dreptul câștigat prin procedura de licitație, cât și dreptul de a formula apărări în contradictoriu cu contestatoarea, din perspectiva legalității procedurii de evaluare și de atribuire a contractului. Pentru motivele arătate, intervenientul solicită să se constate că cererea este admisibilă și solicită admiterea acesteia în principiu.

Intervenientul invocă excepția tardivității contestației, având în vedere că, potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016, persoana care se considera vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

„b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”

Astfel, plecând de la dispoziție legală anterior redată, intervenientul solicită Consiliului să observe că, prin contestația formulată, ... SRL arată că, aspectul în raport de care invocă nelegalitatea admiterii și declarării câștigătoare a ofertei SRL, în speță prețul ofertat, a fost cunoscut la data de 20.12.2021, cu ocazia primirii cererii de intervenție pe care societatea a formulat-o în dosarul CNSC nr.

Or, din aceasta perspectivă, intervenientul apreciază că în cauză, contestația a fost formulată cu depășirea termenului absolut prevăzut de Legea nr. 101/2016, aceasta întrucât momentul la care se poate aprecia că a luat la cunoștință contestatoarea de valoarea ofertei sale financiare îl reprezintă data când i-a fost comunicat Raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021, respectiv 09.12.2021 (acesta fiind atașat la Adresa privind comunicarea rezultatului procedurii având nr. 137114/09.12.2021).

Ca atare, intervenientul susține că atâta vreme cât contestatoarea a cunoscut actul vătămător cel mai târziu la data de 09.12.2021, rezultă că termenul de formulare a contestației s-a împlinit la data de 16.12.2021.

În condițiile date, întrucât societatea contestatoare a formulat contestația la data de 27.12.2021, intervenientul susține că aceasta este în mod evident tardivă, motiv pentru care solicită respingerea acesteia pe acest considerent.

În ceea ce privește cererea de acces la documentele ofertei declarate câștigătoare și la dosarul achiziției, intervenientul precizează că, își opune față de o asemenea solicitare, având în vedere că aceasta conține informații confidențiale.

În sensul dat, intervenientul învederează că, prin declarația de propria răspundere al reprezentantului legal, atașată la ofertă (formular nr. 13), a arătat că, informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Totodată, intervenientul arată că, potrivit art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, 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”, iar potrivit art. 123 alin. 1 din OUG nr. 395/2016, „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.”

În cauză, intervenientul menționează că, refuzul său de a permite accesul contestatoarei la partea din dosarul achiziției reprezentând oferta depusă de societatea sa, este unul justificat, întrucât (i) datele cu caracter personal ce se referă la experții nominalizați în echipa de proiect, respectiv (ii) informațiile din oferta tehnică, anexele acesteia și orice comunicare aferentă ce conține date despre algoritmi, interfețe, imagini din programele proprii, procedee tehnice de fabricație din dosarul programelor produse proprii DocManager, ePortal și modulele aferente, au caracter confidențial.

Ca atare, pentru a se respecta caracterul confidențial al informațiilor menționate în ofertă - un element esențial pentru protejarea unei concurențe oneste între ofertanți, intervenientul solicită Consiliului să respingă cererea contestatoarei de acces la oferta sa.

Pe de altă parte, intervenientul învederează faptul că, în cuprinsul contestației, contestatoarea arată că, în speță, cerințele enumerate de aceasta (pagina 15) nu au fost respectate de SRL, aceasta rezumându-se la a copia caietul de sarcini în matricea ofertei, fără a dovedi îndeplinirea specificațiilor tehnice. În condițiile în care autoritatea contractantă a refuzat accesul contestatoarei la studierea ofertei sale, iar Consiliul nu a aprobat încă o asemenea cerere - de altfel, din cunoștințele sale, nu a fost comunicat dosarul achiziției până la acest moment - se pune întrebarea, de unde cunoaște contestatoarea aceste detalii.

Intervenientul precizează că, în perioada următoare, va întreprinde demersuri pentru a afla prin ce modalitate a luat la cunoștință contestatoarea de informațiile existente în oferta sa, pentru a solicita în acest fel sancționarea administrativă, civilă și penală a persoanelor care se

fac vinovate de oferirea unor informații confidențiale ofertantului concurent.

Pe fondul cauzei, intervenientul arată că acceptarea ofertei sale și declararea acesteia câștigătoare de către autoritatea contractantă este nelegală și temeinică, prețul oferat de societatea sa, neputând fi considerat în acest caz neobișnuit de scăzut față de modalitatea concretă, în care vor fi prestate serviciile în cadrul contractului. De altfel, nici Legea nr. 98/2016 nu mai prevede un prag sub care propunerea financiară este calificată drept aparent neobișnuit de scăzută în raport de lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică, acest element generând în trecut în practică, în mod nejustificat, multe probleme operatorilor economici care, cu bună credință, în raport de modalitatea proprie în care urmau să-și execute obligațiile, ofertau un preț considerat de ceilalți competitori ca fiind neobișnuit de scăzut.

Așadar, intervenientul învederează faptul că, în cuprinsul contestației (pagina 14), se arată că potrivit cerințelor din Caietul de sarcini (pag. 37 și următoarele), precum și clarificărilor aduse Caietului de sarcini prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 115367/18.10.2021, ofertanții pot opta fie pentru ofertarea unei soluții aplicative portal prin server aplicativ, server de bază de date și server web incluse, fie pentru o soluție cloud based. În opinia contestatoarei, niciuna dintre aceste cerințe nu este îndeplinită de oferta ..., având în vedere și împrejurarea că durata de executare a contractului nu permite adaptarea niciunei soluții deținute anterior de societatea sa.

Or, în sensul dat, intervenientul arată că, a fost ofertată o soluție aplicativă portal prin server de bază de date și server web inclus, soluția ofertată fiind produs înregistrat de SRL la ORDA. În plus, intervenientul menționează că nu cunoaște pe ce își întemeiază contestatoarea afirmațiile privind soluțiile deținute de societatea sa, câtă vreme nu are cunoștință de acestea.

De asemenea, intervenientul menționează că, se mai arată la pagina 15 că „... În aceste condiții, prețul oferat de SRL, de 73.000 lei (care înseamnă aproximativ 14.600 EUR), acoperă doar prețul unităților de server și al licențelor, fără a fi oferate costurile de implementare, interconectare, dezvoltare și instruire a personalului și astfel încât, arhitectura soluției să fie completă și conform cu cerințele caietului de sarcini și nici alte costuri cum ar fi costurile operaționale ale infrastructurii hardware/software costurile aferente serviciilor de back-up, instruirea utilizatorului - 5 persoane cu rol de administrare și minim 24 de persoane pentru exploatarea sistemului (pag. 47 din Caietul de sarcini)".

Intervenientul arată, din această perspectivă, că în Caietul de sarcini nu există cerințe/precizări care ar conduce la ideea de achiziție a vreunei unități de server sau sistem de operare. Platforma aplicativă portal conține doar software pentru server bază de date și pentru web. Pentru infrastructura necesară implementării, s-a optat pentru utilizarea infrastructurii existente (și descrise în Caietul de sarcini) la Beneficiar, conform acordului dat de autoritatea contractantă, prin răspunsul 32 la solicitarea de clarificări:

„Întrebarea nr. 32: Pe baza celor enunțate în Caietul de sarcini pct. 3 Situația actuală, vă rugăm să acceptați disponibilitatea folosirii infrastructurii existente și descrise la pct. 3 pentru eventuala instalare a soluțiilor oferate.

Răspuns nr. 32: Se acceptă disponibilitatea folosirii infrastructurii existente și descrise la pct. 3 pentru eventuala instalare a soluțiilor oferate.”

Așadar, intervenientul precizează că, în calculul valorii oferate s-au avut în vedere, atât componentele solicitate în centralizatorul de prețuri, cât și serviciile aferente lor. În egală măsură, contestatorul consideră că, soluția oferată satisface cerințele caietului de sarcini legate de funcționalitate și integrare, astfel că, pe cale consecință, nu se poate vorbi despre un preț neobișnuit de scăzut sau necompetitiv, ci despre un preț oferat în raport de infrastructura deținută, atât de societatea sa, cât și de cea a autorității contractante.

În concluzie, față de toate considerentele prezentate, apreciind că în mod legal și temeinic autoritatea contractantă a admis oferta și a declarat-o ulterior câștigătoare, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 61 și urm. Cod procedura civilă și art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016.

În probatiune: înscrisuri.

Prin adresa nr. 70/12.01.2022 înregistrată la Consiliu sub nr. 1859/12.01.2022, contestatorul formulează note scrise în urma studierii dosarelor nr.

Având în vedere că în data de 11.01.2022 a primit cerere de intervenție accesorie formulată de SRL, contestatorul solicită CNSC prelungirea termenului de concluzii scrise în aceste dosare cu minimum 3 zile lucrătoare.

Așadar, contestatorul solicită admiterea contestațiilor formulate având ca obiect anularea actelor de evaluare emise de autoritatea contractantă, a actelor care au stat la baza acestora, precum și a actelor subsecvente.

I. Dosarul nr. ...

A. Caracterul nefondat al excepției tardivității

Contestatorul arată că autoritatea contractantă și intervenientul susțin că termenul de formulare a contestației curge de la data la care a fost comunicat raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021 și adresa privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 137114/09.12.2021.

Drept urmare, cele două entități susțin că societatea sa ar fi depășit termenul prevăzut de dispozițiile art. 8 lit. b) din Legea nr. 98/2016, de 7 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

În opinia contestatorului, excepția este vădit nefondată, sens în care solicită Consiliului a reține în soluționare argumentele sale, din contestație referitoare la formularea în termenul legal a acesteia, arătând că prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 stabilesc termenul de formulare a contestației prin raportare la elementele constitutive ale

dreptului de exercitare a acțiunii procesuale, adică interesul și calitatea de persoană care se consideră vătămată.

Termenele de formulare a contestației nu se calculează pe durata cât titularulu contestației nu are calitate de persoană vătămată, respectiv nu are cunoștință că actul autorității este nelegal, deci vătămător pentru interesele sale.

Contestatorul arată că a luat la cunoștință de informația privind valoarea ofertei financiare a intervenientului SRL în data de 20.12.2021, adică la primirea cererii de intervenție nr. 2739/20.12.2021, comunicată societății sale prin email, în cadrul dosarului CNSC nr. "prin Adresa nr. 137113/09.12.2021 ni s-a comunicat faptul că oferta noastră a fost declarată câștigătoare, având prețul de 73.000 lei fără TVA".

De asemenea, contestatorul învederează faptul că raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021 nu conține nicio informație cu privire la prețul oferat de operatorul economic declarat câștigător, așa cum induce intervenientul această idee, astfel că nelegalitatea evaluării a fost adusă la cunoștința societății sale de către intervenientul însăși, prin cererea formulată în dosarul CNSC nr.

Astfel cum a arătat și în contestație, în raport de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, corelat cu art. 3 alin. (1) din Directiva nr. 89/665/CEE și jurisprudența CJUE citată, contestatorul consideră că îndeplinește cerințele privind calitatea sa de contestatoare în procedură, urmărind interesul său de a anula decizia autorității contractante prin care oferta SRL a fost declarată câștigătoare, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește cerințele legale privind ofertarea unui preț concurențial, iar anularea deciziei autorității este o măsură de remediere posibilă în această etapă a procedurii de achiziție publică.

Contenciosul în materia achizițiilor publice este un contencios subiectiv, astfel că nu poate fi promovată o acțiune fără existența unei vătămări și în lipsa unui interes, în sensul prevăzut de dispozițiile art. 3 din Legea nr. 101/2016. O contestație la rezultatul procedurii, fără a-i fi adus la cunoștință motivul nelegalității actului prorogă începutul termenului de formulare a contestației împotriva actului vătămător până la data la care contestatorul ia act de motivul de nelegalitate.

Contestatorul consideră că ar fi încălcate de către Consiliu următoarele dispoziții:

- Art. 1 alin. (1) din Directiva 89/655/CEE, astfel cum a fost modificat de art. 1 pct. 1 din Directiva 2007/66/CE prevede că:

"Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a se asigura că, în ceea ce privește contractele care intră sub incidența Directivei 2014/24/UE sau a Directivei 2014/23/UE, deciziile autorităților contractante pot face obiectul unei proceduri de contestare eficace și, mai ales, cât mai rapide posibil în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2- 2f din prezenta directivă, pe motivul ca deciziile respective au încălcat dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice sau normele de drept intern care transpun respectivele prevederi comunitare".

- Art. 1 alin. (3) din Directiva 89/655/CEE prevede că:

"3) Statele membre asigură accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens,

cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare”

- Art. 2 alin. (1) din Directiva 89/655/CEE dispune că:

"Art. 2: Cerințe referitoare la căile de atac

(1) Statele membre garantează că măsurile luate în privința căilor de atac menționate la articolul 1 prevăd competențe care să permită:

a) adoptarea unor măsuri provizorii, cel mai rapid posibil și prin intermediul unor proceduri provizorii, în scopul remedierii presupusei încălcări sau prevenirii prejudicierii în continuare a intereselor respective, inclusiv măsuri de suspendare sau care să asigure suspendarea procedurii de atribuire a unui contract de achiziții publice sau a aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă;

b) fie anularea, fie asigurarea anulării deciziilor luate în mod ilegal inclusiv eliminarea specificațiilor tehnice, economice sau financiare discriminatorii din chemarea la competiție, din documentația de contract sau din orice alt document legat de procedura de atribuire a contractului;

c) acordarea unor daune-interese persoanelor prejudiciate printr-o încălcare".

Textele Directivei 89/655/CEE sunt în deplină concordanță cu art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene (CDFUE)¹:

"Orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite de prezentul articol. Orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituite în prealabil prin lege (....)".

Contestatorul arată că în Decizia nr. 45 din 12 decembrie 2016 privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial nr. 386 din data de 23 mai 2017 s-a reținut că:

„Definind principiile echivalenței și efectivității, CJUE arată că modalitățile procedurale aplicabile acțiunilor destinate să asigure protecția drepturilor conferite contribuabililor de dreptul Uniunii nu trebuie să fie mai puțin favorabile decât cele aplicabile acțiunilor similare de drept intern (principiul echivalenței) și nici să fie concepute astfel încât să facă imposibilă în practică sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (principiul efectivității) (a se vedea în acest sens, printre altele, Hotărârea Rewe-Zentralfinanz și Rewe - Zentral, C-33/76, pct 5, Hotărârea Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, pct. 31, precum și Hotărârea Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation, C-362/12, pct. 32)".

De asemenea, contestatorul arată că jurisprudența CJUE (Cauzele conexate C-295/04 și C-298/04, Manfredi vs. Lloyd; Tricarito vs. Assitalia) a statuat în ce privește cele două principii generale:

"În absența unei reglementări comunitare în materie, revine ordinii juridice interne a fiecărui stat membru să desemneze instanțele competente și să stabilească modalitățile procedurale ale acțiunilor destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor ca urmare a efectului direct al dreptului comunitar, cu condiția ca aceste modalități să

nu fie mai puțin favorabile decât cele aplicabile unor acțiuni similare din dreptul intern (principiul echivalenței) și să nu facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică comunitară (principiul efectivității) (a se vedea Hotărârea din 10 iulie 1997, Palmisani, C-261/95, Rec., p. 1-4025, punctul 27, și Hotărârea Courage și Crehan, citată anterior, punctul 29)".

În opinia contestatorului, printr-o eventuală admitere a excepției tardivității contestației, fără a soluționa fondul acesteia, Consiliul ar încălca atât principiul echivalenței, cât și principiul efectivității, fiindu-i limitat nejustificat dreptul la o cale de atac în materia achizițiilor publice.

Deopotrivă, contestatorul consideră că este încălcat principiul efectivității dreptului Uniunii Europene prin refuzul instanței de a exercita un control efectiv asupra legalității actelor întocmite de autoritatea contractantă, evitând soluționarea fondului cauzei prin reținerea unei tardivități în promovarea oricărei căi de atac directe împotriva actelor nelegale ale autorității contractante. Rolul mijloacelor procedurale și a căilor de atac efective este acela de a analiza și proteja drepturile substanțiale ale justițiabililor în astfel de cauze și nu acela de a evita soluționarea fondului cauzei prin transformarea acestuia într-o excepție în etapa premergătoare a verificării îndeplinirii cerințelor de admisibilitate a căii de atac.

Contestatorul amintește și aplicabilitatea dreptului Uniunii prin jurisprudența CJUE, în cauza C-333/18 Lombardi Srl (pct. 33):

"În sfârșit, în ceea ce privește principiul autonomiei procedurale a statelor membre, este suficient să se amintească faptul că acest principiu nu poate, în orice caz, să justifice dispoziții de drept intern care fac practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 aprilie 2019, PORR Epitesi Kft., C-691/17, EU:C:2019:327, punctul 39, precum și jurisprudența citată). Or, pentru motivele expuse la punctele precedente din prezenta hotărâre, rezultă din articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665, astfel cum a fost interpretat de Curte, că un ofertant care a introdus o acțiune precum cea în discuție în cauza principală nu poate, în temeiul normelor sau al practicilor procedurale naționale precum cele descrise de instanța de trimitere, să fie privat de dreptul său la examinarea pe fond a acestei acțiuni".

De asemenea, contestatorul invocă și considerentele din hotărârea pronunțată în cauza C-391/153 (Cauza C-391/15, Marina del Mediterráneo SL și alții, împotriva Agencia Pública de Puertos de Andalucía, pct. 32) și jurisprudența menționată de CJUE în aceasta:

"În special, modalitățile procedurale ale căilor de atac în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite de dreptul Uniunii candidaților și ofertanților prejudiciați de decizii ale autorităților contractante nu pot să aducă atingere efectului util al Directivei 89/665 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, EU:C:2005:127, punctul 42, Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 47, precum și Hotărârea din 15 septembrie 2016, Star Storage și alții, C-439/14 și C-488/14, EU:C:2016:688, punctul 43)".

Față de toate aceste motive, contestatorul solicită respingerea excepției tardivității și soluționarea pe fond a contestației ce formează obiectul dosarului nr. ...

B. Cu privire la accesul la documentele ofertei SRL

Contestatorul prezintă argumente cu privire la solicitarea de studiere a ofertei SRL, solicitând Consiliului să ia act și de argumentele dezvoltate pe larg în contestație cu privire la acest aspect.

II. Fondul contestațiilor ce formează obiectul dosarelor CNSC nr. ...

A. Oferta ... SRL

Contestatorul consideră că decizia de respingere a ofertei sale este nelegală, având în vedere dispozițiile art. 123. art. 127, art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu raportare la prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

În continuare, contestatorul reamintește că motivul respingerii ofertei sale este următorul: *"Nu au fost prezentate documente care să ateste calificarea și educația specifică pentru ..., nominalizat pentru postul de Expert în managementul identității electronice și pentru ... nominalizat pentru funcția de Expert UX/UI user experience/user interface."*

Comisia de evaluare a solicitat prezentarea documentelor care atestă calificarea și educația specifică prin adresele nr. 128735/18.11.2021 și nr. 130468/23.11.2021.

În cadrul răspunsurilor transmise prin adresele nr. 876/19.11.2021 și nr. FN/24.11.2021 nu au fost prezente documentele care atestă calificarea și educația specifică pentru

Oferta a fost declarată inacceptabilă în baza art 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu completările și modificările ulterioare".

Prin clarificarea 130468/23.11.2021 s-a solicitat prezentarea diplomelor care atestă calificarea și educația din CV experților Acestea au fost depuse, dar pentru experții au fost "neconcludente".

Contestatorul sintetizează motivele de nelegalitate a rezultatului procedurii:

- Motivul respingerii privind lipsa documentelor "care atestă calificarea și educația specifică" pentru doi dintre experții nominalizați și experiență specifică în cel puțin 1 contract/proiect, fiind cerințe de calificare în sensul dispozițiilor art. 178 din Legea nr. 98/2016, reprezintă clauză nescrisă potrivit art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, motiv pentru care nu poate fi avută în vedere la evaluarea ofertelor și, după caz, la respingerea acestora;

- Autoritatea contractantă nu a solicitat prin fișa de date, Secțiunea III.2.3) Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului cerințe referitoare la studii; autoritatea contractantă nu a impus nici prin caietul de sarcini cerințe minime cu privire la anumite calificări/studii ale personalului de execuție a contractului de achiziție publică;

- În subsidiar, chiar dacă autoritatea contractantă ar fi impus prin caietul de sarcini cerințe minime cu privire la nivelul educațional, adică cerințe de calificare ce sunt, potrivit legii, clauze nescrise, nu o îndreptățesc pe aceasta la solicitarea de clarificări adresată ofertantului și respingerea ulterioară a ofertei ca inacceptabilă sau neconformă;

- Privitor la cerința de calificare și educație specifică prin raportare la proiectele menționate în CV, autoritatea contractantă ar fi putut cel mult depuncta oferta societății sale și nu a o respinge ca inacceptabilă.

Contestatorul solicită Consiliului să rețină în soluționare argumentele sale referitoare la motivul contestației legat de clauze nescrise, cu aplicarea prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, incidente fiind și dispozițiile coroborate ale art. 163, art. 172 alin. (1) lit. c) și art. 178 și art 179 din Legea nr. 98/2016, referitor la criteriile privind capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic reprezintă criterii de calificare si selecție.

Văzând dispozițiile art. 179 din Legea nr. 98/2016, prin corelare cu prevederile art. 3 alin. (6) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, în cazul în care autoritatea contractantă ar fi impus cerințe de studii cu privire la experții nominalizați de ofertant, atunci cel mult oferta societății sale ar fi putut fi depunctată și nu respinsă ca inacceptabilă.

Contestatorul solicită Consiliului să rețină din fișa de date a achiziției că la Secțiunea II.2.5 - Criterii de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit ca factori de evaluare experiența specifică în mai mult de 2 proiecte având ca obiect implementare de sisteme informatice integrate de portal, pentru experții nominalizați de ofertant, cu menționarea că nici în cadrul factorilor de evaluare nu s-au solicitat certificări/calificări/studii specifice.

Răspunsul societății sale la solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă a fost complet și concludent prin raportare la cerința din caietul de sarcini și fișa de date- Secțiunea III.2.3), respectiv a depus diplomele de studii/documentele suport în susținerea informațiilor din CV-ul fiecărui expert nominalizat, inclusiv pentru ...

Așadar, pentru îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini cu privire la experții nominalizați, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților doar depunerea unui CV și a documentelor care susțin informațiile prezentate în CV referitor la activitatea expertului respectiv.

Nicio altă cerință cu privire la experți - nivel de studii atestat prin diplome - nu a fost solicitată prin caietul de sarcini, drept pentru care nu există temei pentru respingerea ofertei prin raportare la cerințe educaționale minime ce nu au fost impuse în documentația de atribuire.

Concludența răspunsului la solicitarea de clarificări, potrivit dispozițiilor art. 134 alin (5) din HG nr. 395/2016, se raportează strict la cerința din documentația de atribuire, autoritatea contractantă având, în ceea ce o privește, obligația respectării prevederilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 123 din HG nr. 395/2016 cu privire la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire.

Mai mult, contestatorul arată că potrivit Instrucțiunii nr. 1/2017 din 4 ianuarie 2017, emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, la art. 7 se menționează:

„ART. 7

(1) *Referința la durata studiilor se face prin solicitarea fie de studii absolvite cu diploma de bacalaureat, fie de studii absolvite cu diplomă de licență, diplomă de absolvire sau echivalent, fapt ce presupune ca, în unele situații, să fie necesar ca persoana în cauză să fi urmat și cursuri de*

master (cum ar fi ciclul Bologna referitor la echivalarea studiilor, prevăzut de legislația incidentă în domeniul educației).

(2) Cerința privind nivelul studiilor nu poate fi formulată prin raportare exclusiv la studii postuniversitare și/sau studii universitare de masterat.

(3) Dacă autoritatea/entitatea contractantă nu impune absolvirea studiilor, prevăzute la alin. (1), într-un anumit domeniu, dar consideră necesară existența unei specializări sau deținerea unor competențe specifice, aceasta poate fi dovedită fie prin studii absolvite cu diplomă de bacalaureat, diplomă de absolvire, diplomă de licență sau echivalent, fie prin studii postuniversitare și/sau studii universitare de masterat/doctorat, fie prin cursuri ce s-au finalizat cu certificări recunoscute la nivel național/internațional în specializarea respectivă sau prin experiență profesională relevantă în raport cu competențele specifice ce trebuie demonstrate”.

Prin urmare, contestatorul consideră că oferta sa este conformă și acceptabilă, îndeplinind toate cerințele din documentația de atribuire, sens în care solicită Consiliului a avea în vedere la pronunțarea deciziei prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul solicită Consiliului să analizeze și cererea sa subsidiară de anulare a procedurii de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c), corelat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu privire la renunțarea la susținerea ședinței demonstrative, aspect asupra căruia insistă după studiul dosarului achiziției la CNSC.

Astfel, contestatorul precizează că niciuna din funcționalitățile aplicației solicitate nu putea reieși în mod nemijlocit din conținutul teoretic al soluției informatice propuse de ofertanți, astfel că sesiunea demonstrativă era necesară în evaluarea conformității ofertelor.

De asemenea, contestatorul precizează și împrejurarea că motivul invocat de autoritatea contractantă în clarificarea din oficiu nr. 128738/18.11.2021 nu este susținut de actele ulterioare emise pe durata evaluării, întrucât nu doar societății sale i-au fost solicitate un număr de 43 de clarificări ale propunerii tehnice, ci și intervenientului, drept pentru care este vădit că autoritatea contractantă nu a dorit desfășurarea etapei sesiunii demonstrative cu scopul exclusiv de a atribui oferta către SRL, ofertă care este inacceptabilă și neconformă, astfel cum a arătat în a doua contestație a societății sale și cum va puncta și în continuare.

B. Oferta SRL

Analizând documentele din dosarul achiziției publice, precum și cererea de intervenție formulată de SRL, contestatorul solicită Consiliului să rețină că în mod nelegal oferta acestuia a fost declarată câștigătoare, aceasta fiind în fapt o ofertă inadmisibilă, fiind încălcate dispozițiile art. 207 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul arată că edificatoare în susținerea motivelor sale de contestație sunt adresele de solicitare de clarificări adresate de autoritatea contractantă către SRL, respectiv Adresa nr. 128737/18.11.2021 (30 de întrebări) și nr. 130469/23.11.2021 (revenire la solicitarea de clarificări anterioară), precum și răspunsurile la aceste solicitări ale

intervenientului, din care rezultă, pe de o parte, că autoritatea contractantă a evaluat superficial oferta acestuia, respectiv nu a urmărit evaluarea tuturor cerințelor din caietul de sarcini, iar pe de altă parte, intervenientul nu a făcut dovada că propunerea sa financiară are un preț justificat, nefiind de natură a putea fi corelată cu propunerea tehnică.

Astfel cum a arătat în a doua contestație și cum rezultă din punctul de vedere al autorității contractante, dar și din Procesul verbal nr. 131898/25.11.2021 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, contestatorul menționează că SRL nu poate justifica un preț real al ofertei sale, autoritatea contractantă având, în principal, obligația de a solicita clarificări în temeiul dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016, apoi obligația de a respinge oferta ca neconformă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul precizează că din procesul verbal amintit rezultă, în fapt, că SRL a propus o ofertă de 73.000 lei (29% din valoarea estimată a achiziției publice), iar autoritatea contractantă a apreciat, pe baza unor calcule proprii fără legătură cu Anexa 1 la formularul de ofertă financiară din documentația de atribuire, că nu sunt necesare nictun fel de clarificări asupra acestui preț, de vreme ce tariful orar/expert este în limitele salariului minim pe economie.

În opinia contestatorului, a accepta că echipa de experți în IT este plătită de intervenient cu salariul minim pe economie (fără a lua în discuție alte elemente ale ofertei, cum va arăta în continuare), fără nicio dovadă, nu reprezintă o evaluare reală, efectivă a ofertei de către autoritatea contractantă.

Pe de altă parte, contestatorul arată că în fișa de date a achiziției sunt stipulate:

„II.1.3 Tip de contract: Servicii

Servicii în afara celor cuprinse în Anexa II,

II.1.2 Cod CPV Principal: 72212610-8 Servicii de dezvoltare de software pentru baze de date (Rev.2).”

ceea ce arată că autoritatea contractantă a definit procedura în cauză ca fiind una de achiziții de servicii.

Analizând extrasul de informare de la Registrul Comerțului pentru societatea SRL se observă că acesta nu are autorizat la terți niciun cod CAEN de servicii în domeniul IT, deci aceasta nu poate presta, legal, servicii de implementare (configurare) software la sediul autorității, oferta trebuind respinsă pentru neîndeplinirea cerinței din fișa de date a achiziției publice referitoare la codul CAEN.

„SEDII ȘI/SAU ACTIVITĂȚI AUTORIZATE CONFORM ART. 15 DIN L359/2004

Tip activitate autorizată: terți

Conform declarației - tip model 3 nr. 46589 din 20.10.2020

Activități desfășurate în afara sediului social și a sediilor secundare (CAEN REV. 2):

8299 - Alte activități de servicii suport pentru întreprinderi n.c.a.

4743 - Comerț cu amănuntul al echipamentelor audio/video în magazine specializate

4742 - Comerț cu amănuntul al echipamentului pentru telecomunicații în magazine specializate

4741 - Comerț cu amănuntul al calculatoarelor, unităților periferice și software-ului în magazine specializate

4652 - Comerț cu ridicata de componente și echipamente electronice și de telecomunicații

4651 - Comerț cu ridicata al calculatoarelor, echipamentelor periferice și software-ului

5621 - Activități de alimentație (catering) pentru evenimente

4941 - Transporturi rutiere de mărfuri

4799 - Comerț cu amănuntul efectuat în afara magazinelor, standurilor, chioșcurilor și piețelor

4789 - Comerț cu amănuntul prin standuri, chioșcuri și piețe al altor produse

4782 - Comerț cu amănuntul al textilelor, îmbrăcăminte și încălțăminte efectuat prin standuri, chioșcuri și piețe

4781 - Comerț cu amănuntul al produselor alimentare, băuturilor și produselor din tutun efectuat prin standuri, chioșcuri și piețe

4639 - Comerț cu ridicata nespecializat de produse alimentare, băuturi și tutun

4638 - Comerț cu ridicata specializat al altor alimente, inclusiv pește, crustacee și moluște

4633 - Comerț cu ridicata al produselor lactate, ouălor, uleiurilor și grăsimilor comestibile

4666 - Comerț cu ridicata al altor mașini și echipamente de birou

Data certificatului constatator: 03.11.2020"

Contestatorul menționează că, în afară de aceasta, neavând sedii secundare sau angajamente de disponibilitate locale, față de cerința prevăzută la pct IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din fișa de date a achiziției:

„Ofertantul va include în cadrul Propunerii Financiare toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli generale, profit, impozit pe venit etc. și orice contribuții pentru prestarea completă și în întregime a serviciilor solicitate prin Documentația de Atribuire;

În completarea Formularului de Propunere Financiară, Ofertantul trebuie să țină cont de deducerile făcute în conformitate cu prevederile legale, dacă este cazul, precum și de toate celelalte cheltuieli necesare pentru îndeplinirea obligațiilor sale precum și a cheltuielilor și a profitului său".

În procesul verbal privind evaluarea propunerilor financiare, autoritatea contractantă a afirmat că: „(iv) prețul propus, precum și componente ale acestuia nu este/sunt-neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat, astfel încât se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini."

Rezultă că propunerea financiară a SRL nu poate fi justificată, lipsindu-i toate elementele de cost, inclusiv cheltuieli cu deplasările de personal, profit și orice alte cheltuieli.

Astfel, în opinia contestatorului, autoritatea contractantă a apreciat, în mod total nelegal, că oferta SRL este conformă și acceptabilă, considerând că 73.000 lei acoperă costurile cu salariile experților IT și că nu există alte costuri asociate, cunoscând însă că propriile cerințe din documentația de atribuire obligă ofertanții să ia în calcul la elaborarea ofertei financiare oricare și toate costurile pentru executarea contractului de achiziție publică.

Contestatorul arată că în cadrul Procesului verbal de evaluare autoritatea contractantă a menționat referitor la prețul ofertat de SRL astfel:

„-din anexele la formularul de ofertă rezultă că tariful/oră/expert se încadrează în prevederile legale în vigoare privind salariul minim pe economie $76 \text{ zile} \times 8 \text{ ore/zi} \times 10 \text{ operatori} = 3.648 \text{ ore}$, 73.000 lei: 3.648 ore = 20,01 lei/ora/operator”.

De asemenea, contestatorul menționează că în anexele la formularul de ofertă nu a existat cerința de ofertare pe tarif/oră/expert, ci numai pe servicii. Chiar dacă s-ar accepta aceasta justificare a prețului ofertat se observă că ea cuprinde numai cheltuieli de natură salarială și nu elementele precizate în fișa de date (toate costurile cu materiale, consumabile, echipamente, cheltuieli, salarizarea plus sarcini, cheltuieli generale, profit, impozit pe venit etc.) ceea ce ne duce la concluzia că prețul ofertat este un pret nerealist. În consecință oferta SC SRL, în conformitate cu art. 137, alin. (3) lit. c), g), este neconformă.

Prin urmare, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a atribuit contractul de achiziție unui operator economic ce nu poate justifica prețul ofertat, în condițiile cerințelor din caietul de sarcini. În plus, prețul ofertat nu include toate elementele de cost solicitate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere argumentele din contestațiile formulate, precum și cele de mai sus, cu precizarea că va completa și dezvolta aspectele ce fac obiectul contestației prin raportare la cererea de intervenție formulată de SRL, cu raportare la răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de autoritatea contractantă în etapa evaluării, aplicate la propunerea financiară a intervenientului.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Portal de servicii publice - Digitalizarea Serviciilor Publice”, cod CPV 72212610-8. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Factorii de evaluare stabiliți de autoritatea contractantă sunt următorii:

- prețul ofertei – 40%,
- manager de proiect – 5%,
- expert analist business – 5%,
- expert infrastructură hardware și software – 5%,
- expert de semnare electronica în browser – 5%,
- expert în managementul identității electronice – 5%,
- expert UX/UI – 5%,
- abordarea propusă pentru implementarea contractului – 10%,
- resursele umane și realizările corespunzătoare fiecărei activități – 10%,
- gradul de adecvare al planului de lucru propus – 10%.

În raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021, s-a consemnat depunerea a 2 oferte, respingerea ofertei depuse de SRL, admisibilitatea ofertei depuse de SRL, precum și desemnarea acesteia ca fiind câștigătoarea procedurii, cu un punctaj de 100 puncte.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 137114/09.12.2021 și raportul procedurii nr. 135623/07.12.2021, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

Împotriva evaluării de către autoritatea contractantă a ofertei SRL, care a prezentat o ofertă financiară de 29,18% din valoarea estimată a contractului - informație despre care a luat la cunoștință la data de 20.12.2021 odată cu primirea cererii de intervenție nr. 2739/20.12.2021 depusă de SRL în cadrul dosarului nr. ... - SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ..., conexat la dosarul nr. ...

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererile de intervenție formulate de SRL; acesta are interes să intervină deoarece a fost desemnat câștigător al procedurii, potrivit raportului procedurii nr. 135623/07.12.2021, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Referitor la contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 65607/16.12.2021 (dosar nr. ...) depusă de SRL, se reține că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 137114/09.12.2021, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece: nu a prezentat documente care să ateste calificarea și educația specifică pentru ...- nominalizat pentru postul de expert în managementul identității electronice și pentru ... - nominalizat pentru funcția de expert UX/UI – user experience/user interface; comisia de evaluare a solicitat prezentarea documentelor care atestă calificarea și educația specifică, dar în cadrul răspunsurilor transmise nu au fost prezentate documentele care atestă calificarea și educația specifică pentru ...

În primul rând, din verificarea documentelor aflate la dosar se reține că în ceea ce privește „Expertul în managementul identității electronice”, autoritatea a solicitat prin fișa de date și anunțul de participare simplificat publicat în SEAP, la cap. privind „Criterii de atribuire”, următoarele:

„Experiență specifică în cel puțin 1 contract/proiect de dezvoltare software și/sau implementare a unei soluții și/sau sistem informatic integrat în care a desfășurat activități similare se vor prezenta: - CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/ contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare. CV-ul depus va fi semnat olograf de către expert și datat; - Experiența specifică a expertului/personalul-cheie va fi punctată prin aplicarea factorului de evaluare, pe baza informației furnizate în mod cumulativ de către CV-ul prezentat și documentele suport antemenționate; Pentru garantarea participării în contract a tuturor experților propuși, prestatorul va prezenta declarații de disponibilitate pentru fiecare dintre aceștia”.

Referitor la „Expertul în UX/UI - user experience și user interface”, prin fișa de date și anunțul simplificat s-au solicitat următoarele:

„Experiență specifică în cel puțin 1 contract/proiect de dezvoltare software și/sau implementare a unei soluții și/sau sistem informatic integrat în care a desfășurat activități similare Se vor prezenta: - CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/ contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare. CV-ul depus va fi semnat olograf de către expert și datat; - Experiența specifică a expertului/personalul-cheie va fi punctată prin aplicarea factorului de evaluare, pe baza informației furnizate în mod cumulativ de către CV-ul prezentat și documentele suport antemenționate; Pentru garantarea participării în contract a tuturor experților propuși, prestatorul va prezenta declarații de disponibilitate pentru fiecare dintre aceștia”.

Rezultă deci din fișa de date a achiziției și din anunțul publicat în SEAP că oferanții trebuie să aibă personal cu pregătire de specialitate și experiență generală și specifică în domeniu pe care să o demonstreze cu înscrisuri (diplome), acestea fiind cerințe din cadrul factorilor de evaluare specifici experților.

Prin urmare, Consiliul nu reține alegația contestatorului potrivit căreia ar fi fost solicitate cerințe de calificare pentru experți numai prin caietul de sarcini (fiind astfel vorba despre clauză nescrisă în înțelesul art. 30 alin. 6 din HG nr. 395/2016), întrucât cerințele respective se regăsesc atât în fișa de date cât și în anunțul simplificat la capitolul privitor la „Criteriile de atribuire”, prezentarea unor experți cheie, calificările și experiența acestora reprezentând factori de evaluare.

Potrivit dispozițiilor art. 32 din HG nr. 395/2016, „(2) *Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire*”.

Pe de altă parte, se reține că în prima etapă, etapa calificării ofertanților, autoritatea contractantă prin comisia de evaluare a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime ale ofertanților SC SRL și SC SRL, ambele oferte fiind declarate admisibile conform procesului verbal de evaluare nr. 122032/03.11.2021.

Astfel, cerințele de calificare fiind considerate îndeplinite, cele două oferte depuse au trecut la etapa următoare, a evaluării tehnice.

Rezultă deci că ofertantului SC SRL, odată ajuns la evaluarea propunerii tehnice, i s-au cerut prin adresele nr. 128735/18.11.2021 și nr. 130468/23.11.2021 să prezinte diplomele pentru: ..., deoarece condiția de a prezenta diplomele care atestă calificarea și educația din CV este obligatorie, nu opțională, ținând cont că în caietul de sarcini s-a solicitat: „Pentru experții/personalul - cheie se vor prezenta documente justificative privind educația, experiența generală și experiența specifică, respectiv: diplome, certificate, contracte de muncă, recomandări din care să reiasă poziția expertului/personalului în cadrul proiectelor similare etc.(...).

Modalitatea de îndeplinire a cerințelor tehnice pentru echipa de experți/personal cheie”: CV, cuprinzând concret informațiile relevante cu privire la calificarea, experiența generală și specifică a expertului/personalul-cheie în domeniul solicitat, diplome și documente suport relevante care atestă experiența specifică: fișa postului/contract de muncă/recomandare sau orice alte documente similare”.

Răspunzând adreselor de clarificare, ... SRL a transmis doar pentru diploma de absolvire a Universității din Pitești, specializare informatician, pentru ceilalți doi experți, propuși ca expert în managementul identității electronice și pentru ... - nominalizat pentru funcția de expert UX/UI – user experience/user interface, fiind transmise numai diplomele de bacalaureat, autoritatea respingând oferta ca inacceptabilă pentru răspuns neconcludent.

Este clar că aceste clarificări au fost cerute de autoritate în vederea evaluării propunerii tehnice, nu pentru evaluarea cerințelor de calificare cum eronat a înțeles contestatorul. Cerințele de calificare stabilite prin documentația de atribuire fuseseră îndeplinite de contestator, motiv pentru care oferta sa a trecut la etapa de evaluare tehnică. Înscrierile solicitate prin caietul de sarcini sunt verificate în cadrul evaluării propunerilor tehnice (a se vedea procesul verbal de evaluare nr. 128732/18.11.2021 în care s-a consemnat rezultatul evaluării conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare).

Totodată, se are în vedere că SRL nu a formulat nici contestație împotriva documentației de atribuire sau a celor două solicitări de clarificare ale autorității, care au dobândit astfel putere obligatorie, și nici nu a prezentat datele și/sau informațiile solicitate prin clarificări. Astfel,

În mod inevitabil, oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu a prezentat diplome și documente suport relevante care atestă specializarea experților, deși din toată documentația de atribuire reiese în mod clar că participanții trebuie să aibă personal cu pregătire de specialitate și experiență în domeniu, pe care să o demonstreze cu înscrisuri, precizate punctual, în acest sens fiind și dispozițiile art. 123 alin. 1 din HG nr. 395/2016 conform căruia ofertanții trebuie să își elaboreze oferta cu respectarea documentației de atribuire.

Programul ce constituie obiectul procedurii necesită cunoștințe tehnice de specialitate (informatice) avansate, fiind vorba despre un portal de servicii publice prin intermediul căruia se dorește implementarea unei soluții informatice, necesar administrației publice la nivelul Municipiului Iași. Având în vedere natura acestui program, ofertanții trebuie să dovedească pregătirea de specialitate în domeniu, condiții impuse prin fișa de date și caietul de sarcini. Ori, prin răspunsul transmis, contestatorul nu a demonstrat că dispune de personal calificat pentru îndeplinirea contractului. În concluzie, motivul respingerii ofertei ca inacceptabilă nu este despre neîndeplinirea de către contestator a unei cerințe de calificare prevăzută doar în caietul de sarcini, ci este vorba despre verificarea îndeplinirii cerințelor de natură tehnică din caietul de sarcini privind experții.

Față de cele expuse anterior în motivare, Consiliul apreciază că în mod întemeiat autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă oferta contestatorului în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, criticile fiind nefondate.

Referitor la contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 67724/ 28.12.2021 (dosar nr. ...), formulată de SRL, Consiliul reține următoarele:

Referitor la excepția privind lipsa de interes a SRL în formularea contestației ce face obiectul dosarului nr. ..., invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În soluționare acestei excepții, Consiliul constată că în speță sunt incidente dispozițiile art. 2 și art. 3 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 2 alin. (1) *"Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi."*

- Art. 3 alin. (1) lit. f) *"persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.”;

- Art. 3 alin. (3) *”În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.”.*

Prin urmare, legiuitorul definește foarte clar ce înseamnă „persoană vătămată” și ”interes”, respectiv faptul că orice operator economic care nu a fost exclus definitiv din procedură are interes în legătură cu respectiva procedură.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă și de intervenientul SRL, Consiliul urmează să o admită, pentru considerentele ce urmează.

Consiliul reține că împotriva evaluării de către autoritatea contractantă a ofertei SRL, care a prezentat o propunere financiară de 29,18% din valoarea estimată a contractului - informație despre care a luat cunoștință la data de 20.12.2021 odată cu primirea cererii de intervenție nr. 2739/20.12.2021 depusă de SRL în cadrul dosarului nr. ...2021 - SRL a transmis la CNSC contestația nr. 2530/27.12.2021 prin serviciul de curierat rapid, fiind înregistrată sub nr. 67724/28.12.2021.

De asemenea, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, contestația a fost transmisă prin serviciul de curierat rapid FAN COURIER EXPRESS la aceeași dată și autorității contractante, respectiv 27.12.2021, conform AWB nr.

Potrivit anunțului de participare simplificat nr. ... 07.10.2021 publicat în SEAP, valoarea estimată, fără TVA, a contractului de servicii care face obiectul contestației este de ... lei fără TVA, prin urmare mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Conform art. 8 din Legea nr. 101/2016, *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice,

legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din același act normativ *“(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, ... SRL a luat la cunoștință de rezultatul procedurii (respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale) în data de 09.12.2021, odată cu primirea adresei de comunicare nr. 137114/09.12.2021, la care a fost anexată și o copie a raportului procedurii nr. 135623/07.12.2021.

Astfel, ținând cont de faptul că SRL a luat cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal în data de 09.12.2021, rezultă că acesta trebuia să transmită contestația atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă, până la data de 16.12.2021 inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă.

Prin urmare, transmiterea contestației la CNSC și autoritatea contractantă în data de 27.12.2021 reprezintă un demers tardiv al SRL, în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

Consiliul nu va lua în considerare încercarea contestatorului de repunere în termenul de contestare, acesta raportându-se la data de 20.12.2021, la care a luat cunoștință de valoarea ofertei financiare prezentată de câștigătorul SRL din cuprinsul cererii de intervenție nr. 2739/20.12.2021 depusă de acesta în cadrul dosarului nr. ..., întrucât dispozițiile Legii nr. 101/2016 (normă specială aplicabilă achizițiilor publice ce exclude norma generală) stabilesc în mod clar care sunt condițiile și termenele pentru depunerea unei contestații.

Astfel, termenul de contestare este expres prevăzut de legiuitor și începe să curgă de la data luării la cunoștință a actului autorității contractante considerat nelegal, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației, care să înceapă să curgă de la altă dată, aleasă de contestator, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ aflat în vigoare, nicio excepție de la modalitatea de calcul a acestui termen. Or, când legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă, potrivit principiului de drept „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de autoritatea contractantă și intervenient și va respinge ca tardivă contestația formulată de SRL (dosar nr. /2021), în contradictoriu cu

În ceea ce privește solicitările intervenientului accesoriu privind cheltuielile de judecată, din cuprinsul celor două cereri de intervenție depuse, Consiliul urmează a le respinge, având în vedere următoarele argumente:

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Astfel, din analiza coroborată a dispozițiilor codului de procedură civilă referitoare la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul reține că pentru acordarea cheltuielilor de judecată nu este suficientă dobândirea calității de parte într-un proces, ci mai este necesar și ca acea parte să câștige procesul, adică să obțină total sau în parte pretențiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispozițiile art. 453 coroborat cu art. 454 teza I Codul de procedură civilă fiind explicate în acest sens.

Or, din aceasta perspectivă, Consiliul reține că intervenientul accesoriu, deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, conform art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, totuși acesta nu invocă o pretenție proprie în proces pentru a deveni "*parte care câștigă procesul*", ci sprijină numai apărarea uneia dintre părți, după cum rezultă din dispozițiile art. 61 alin. (3) Codul de procedură civilă, astfel încât acesta nu poate obține condamnarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată, doar partea în favoarea careia a intervenit și care a obținut pretențiile solicitate putând pretinde astfel de cheltuieli.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „*Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. (...)*”. Cum nu se poate stabili culpa procesuală a contestatorului în raport cu intervenientul accesoriu, întrucât acesta sprijină doar apărarea uneia dintre părți, nu este întemeiată cererea de acordare a cheltuielilor către această parte.

În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr.1098/01.03.2012, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.4599/CA/2013 R/18.12.2013, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, decizia civilă nr.1464/21.03.2013, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, decizia nr.861/13.09.2016, pronunțată de Curtea de Apel Suceava, decizia nr. 171/26.09.2019, pronunțată de Curtea de Apel Constanța.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ce face obiectul dosarului nr. ..., formulată de SRL.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SRL în cadrul dosarului nr.

În temeiul art. 26 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția tardivității invocată de autoritatea

contractantă și de intervenientul SRL și va respinge ca tardivă contestația ce face obiectul dosarului nr. ..., formulată de SRL.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SRL în cadrul dosarului nr. ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația ce face obiectul dosarului nr. ..., formulată de SRL în contradictoriu cu

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SRL în cadrul dosarului nr.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția privind lipsa de interes a SRL în formularea contestației ce face obiectul dosarului nr. ..., invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admite excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și intervenientul SRL și respinge ca tardivă contestația ce face obiectul dosarului nr. ..., formulată de SRL.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SRL în cadrul dosarului nr.

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,

.....

...