

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

DECIZIE

Nr. 340/C1/38

Data: 13.02.2023

Prin contestația nr. 2/04.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 510/05.01.2023, formulată de SC SRL, cu sediul social în Mun., având CUI, reprezentată legal prin și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul avocatului din, str. nr., Corp, ap., Sector, împotriva solicitării de clarificări nr. 89266/28.12.2022 și tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, emise de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în Mun., Str. nr., jud., în cadrul procedurii simplificate, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Modernizare sistem de iluminat public în, str. Traian, str. Dorin Pavel (parțial) și în localitățile Lancrăm, Răhău și Petrești”, cod CPV 45316110-9, s-a solicitat:

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. 2 lit. a) din Legea 101/2016, anularea solicitării de clarificare nr. 89266 din 28.12.2022 și a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, ca netemeinice și nelegale;
- în temeiul prevederilor art. 26 alin. 2 lit. c) din Legea 101/2016, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere constând în reluarea procedurii de atribuire, ținând cont de dispozițiile legale în materie, de prevederile documentației de atribuire respectiv de considerentele Deciziei CNSC nr. 2520/C1/2557/29.11.2022;
- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Preliminar, contestatorul prezintă pe scurt procedura de achiziție publică, arătând că anterior a mai depus o contestație ce a fost soluționată prin Decizia CNSC 2520/C1/2557/29.11.2022.

Ulterior pronunțării deciziei din primul ciclu procesual, contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă a emis solicitarea de clarificări

nr. 89266 din 28.12.2022, care ignoră în tot considerentele și limitele reevaluării trasate de CNSC prin decizia pronunțată, astfel încât, în conformitate cu dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, în termen legal de 7 zile de la comunicarea actului apreciat nelegal, a formulat prezenta contestație.

Contestatorul detaliază în cuprinsul contestației extras din decizia anterior menționată, apreciind pe de o parte, faptul că eventuale măsuri corective privind proba practică trebuiau adoptate fie în etapa planificării procedurii de atribuire, fie în etapa de depunere a ofertelor, până în data-limită stabilită, iar pe de altă parte, faptul că autoritatea contractantă este ținută să respecte etapele procedurii, într-o anume suită, iar în prezenta procedură, etapa de evaluare a propunerilor tehnice depuse s-a finalizat prin declararea ambelor oferte ca fiind admisibile.

Astfel, chiar dacă prin dispozitivul deciziei din primul ciclu procesual se dispune „obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse, începând cu propunerile tehnice, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare”, autoritatea contractantă este ținută să respecte și cele reținute în considerente, potrivit cărora „Or, deși a finalizat etapa de evaluare a propunerilor tehnice depuse, conform celor precizate anterior, fapt consemnat expres în Procesul-verbal cu nr. 47113/ 25.07.2022 (pag. 2863, vol. 7/7 al dosarului cauzei), comisia de evaluare a revenit în cadrul acestei etape, fără să consemneze acest lucru în cadrul unui document (proces-verbal etc.), prin care să justifice în mod legal o astfel de măsură, și transmite solicitări de clarificări celor doi ofertanți, cu privire la aspecte din respectivele propuneri tehnice”, arată contestatorul.

Totodată, contrar celor reținute de Consiliu prin decizia pronunțată, precizează că autoritatea contractantă a înțeles să reia procesul de evaluare a ofertelor de la etapa de analiză a propunerilor tehnice, respectiv a emis solicitarea de clarificări înregistrată sub nr. 89266 din 28.12.2022, prin care este invitat în data de 10.01.2022 la proba practică, care are ca obiectiv demonstrarea respectării specificațiilor tehnice impuse prin caietul de sarcini pentru echipamentele ofertate (aparate iluminat și sistem telegestiune).

De asemenea, precizează că pentru toate specificațiile tehnice ale echipamentelor ofertate vizate de proba practică, a prezentat fișe tehnice însoțite de producător însoțite de înscrisuri doveditoare (rapoarte încercări, rapoarte testare, declarații conformitate, certificate conformitate, ș.a.m.d.), prin procesul-verbal cu nr. 47113/25.07.2022, propunerea tehnică fiind stabilită drept conformă.

Ca un prim aspect de nelegalitate al actului criticat, arată faptul că solicitarea de clarificări care reprezintă de fapt o invitație la proba practică încalcă decizia Consiliului din primul ciclu procesual.

În opinia contestatorului, dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevăd în mod expres că „Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei”, implicit pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind ținută să respecte atât dispozitivul hotărârii cât și considerentele acesteia.

Analizând Decizia CNSC nr. 2520/C1/2557 din 29.11.2022 se poate constata cu ușurință faptul că prin aceasta s-a dispus obligarea autorității la reluarea procesului de evaluare a propunerilor tehnice (având în vedere că nu existau alte procese verbale/rapoarte intermediare în etapa de analiză a propunerilor financiare), însă fără să se dea dreptul autorității contractante de a efectua o probă practică.

Contestatorul precizează că în cauza pendinte, fără a avea nicio justificare, autoritatea contractantă a anulat procesul-verbal cu nr. 47113/25.07.2022, deși acesta este un veritabil act administrativ intrat în circuitul civil, respectiv a procedat la reanalizarea modului în care sunt respectate specificațiile tehnice din caietul de sarcini, prin organizarea unei probe practice.

Or, considerentele deciziei anterioare, dispozițiile legale cât și interpretarea obligatorie a Deciziei ICCJ nr. 66/2018 confirmă, în opinia contestatorului, faptul că nu este permisă reverificarea elementelor financiare, atâta timp cât din mijloacele de probă administrate (procesul-verbal cu nr. 47113/25.07.2022) rezultă verificarea lor anterioară.

Totodată, precizează că prin modificarea textului Legii nr. 101/2016, s-a dorit fluidizarea procedurilor de achiziție publică în care, constant, se observau blocaje datorate măsurilor de reevaluare dispuse ca urmare a depunerii contestațiilor, și a tendinței autorităților contractante de reexaminare integrală a ofertelor, respectiv a tendinței participanților de a invoca, repetitiv, în cascadă, noi și noi critici.

Astfel, arată că pentru evitarea repetării etapelor de reevaluare, s-au reglementat, pe de-o parte, obligația instanței de judecată/Consiliului de a stabili limitele reevaluării (adică măsurile concrete ce se impun în sarcina comisiilor de evaluare), iar, pe de altă parte, obligația comisiei de evaluare de a respecta aceste limite și caracterul special al reevaluării astfel dispuse.

Reevaluarea a devenit, astfel, limitativă, concluzia fiind aceea de a responsabiliza autoritățile care, odată ce au evaluat, certifică faptul că aspectele necontestate (care nu sunt, așadar, vizate de reevaluare) dobândesc un caracter definitiv.

În viziunea contestatorului, a admite contrariul ar însemna a lipsi de orice rațiune norma prevăzută la art. 34 alin. (1) lit. b) și alin. (6) și art. 50 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, întrucât, practic, indicarea limitelor reevaluării nu ar mai avea niciun efect, într-un asemenea scenariu, autoritatea contractantă ar beneficia pur și simplu de imunitate față de forța obligatorie a dispozitivului unei hotărâri judecătorești.

Contestatorul susține faptul că analizând conduita autorității contractante din prezenta procedură, declararea ofertelor admisibile din punct de vedere tehnic, decriptarea propunerii financiare din care rezultă că prețul contestatorului este mai mic decât al competitorului, angajarea de experți cooptați, foarte probabil pentru că nu-i convenea rezultatul procedurii, anularea procedurii, reevaluarea ofertelor cu invitație la proba practică, se deduce cu ușurință că singurul scop al comisiei de evaluare este de a respinge oferta contestatorului cu orice preț.

Analizând solicitarea de clarificări contestată, contestatorul menționează că se poate observa că prin aceasta se solicită efectuarea unei probe practice având ca obiect îndeplinirea specificațiilor tehnice ale echipamentelor ofertate, deși s-au prezentat fișe tehnice însoțite de producător însoțite de înscrisuri doveditoare (rapoarte încercări, rapoarte testare, declarații conformitate, certificate conformitate, ș.a.m.d.).

Altfel spus, contestatorul susține că în procesul de reevaluare, autoritatea contractantă sub pretextul unei mențiuni generale, îi solicită să aducă toate echipamentele ofertate pentru a face dovada că acestea respectă cerințele caietului de sarcini.

În opinia contestatorului, în mod evident, autoritatea contractantă nu face altceva decât să solicite aspecte nerelevante procesului de evaluare, îndeplinirea specificațiilor tehnice fiind demonstrată cu fișele tehnice și documentele doveditoare, în speranța că va putea identifica noi motive de respingere a ofertei sale.

În sensul celor expuse anterior, contestatorul invocă decizii ale Consiliului.

Contestatorul apreciază faptul că solicitarea de clarificări are scopul de a-l pune în dificultate, motiv pentru care detaliază în cuprinsul contestației solicitarea de clarificări înregistrată sub nr. 89266 din 28.12.2022 emisă de, constatând că urmează să fie efectuate un număr de 33 probe practice pentru echipamentele ofertate, deși niciuna dintre aceste probe nu au fost prevăzute în documentația de atribuire.

Mai mult decât atât, subliniază faptul că solicitarea de clarificări vizând proba practică este și neclară, fiind încălcate dispozițiile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, deoarece nu se menționează elemente esențiale precum:

- modul în care se va desfășura proba practică;
- numărul de corpuri de iluminat ce vor fi instalate în cadrul efectuării probei practice;
- dacă pentru sistemul de telegestiune din proba practică ofertanții vor folosi un server fizic pe care aceștia sunt obligați să-l procure sau un server tip „cloud” indicat de autoritatea contractantă;
- locul de montare a corpurilor de iluminat și a sistemului de telegestiune;
- la pct. 2 din solicitarea de clarificări se stabilește montarea cu mufa electromagnetica ZHAGA iar la pct. 9 cu mufa de tip. Nema sau Zhaga;

- modalitatea de comunicare a controlerelor cu server-ele și utilizatorii pentru crearea unei rețele de tip „MESH”;
- numărul de corpuri de iluminat dotate cu sistem de telegestiune și senzori ce trebuie prezentați, numărul de Gateway-uri ce trebuie prezentate;
- ce fel de programe software se solicita a fi instalate în server;
- sistemul de operare solicitat ca să poată identifica funcționalitatea lămpilor învecinate;
- scanarea și identificarea rețelelor radio disponibile presupune că sistemul de telegestiune să fie complet funcțional și instalat.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a emis o invitație la probă practică fără a furniza detalii esențiale pentru ofertanți, scopul fiind de a pune în dificultate ofertantul contestator pentru ca mai apoi să se dispună respingerea acestei oferte.

Prin adresa nr. 1483/10.01.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 1590/11.01.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În fapt, autoritatea contractantă susține că potrivit Deciziei CNSC nr. 2520/C1/2557 din 29.11.2022, a reluat procesul de evaluare „a ofertelor depuse, începând cu propunerile tehnice”, solicitând celor doi ofertanți prelungirea termenelor de valabilitate a ofertelor și constituirea garanțiilor de participare, deoarece cele depuse inițial au expirat, transmise în data de 14.12.2022, cu termen de răspuns 19.12.2022.

Astfel, în timp ce ofertantul SC SA a depus, în termen garanția de participare, contestatorul SC SRL a prezentat, de 2 ori, un act adițional prin care prelungea vechea poliță, expirată la 30.10.2022.

Autoritatea contractantă menționează faptul că nu a acceptat aceste documente, deoarece prelungirea garanției se putea face numai înainte de data expirării acesteia și a insistat ca ofertantul să-și constituie garanția de participare conform art. 154 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

După depunerea garanției de participare autoritatea contractantă susține că i-a solicitat în data de 28.12.2022, să se prezinte la proba practică în data de 10.01.2023, urmând a se verifica aceleași componente care au fost verificate și celuilalt ofertant, conform procesului - verbal nr. 64580 din 26.09.2022.

În ceea ce privește susținerea contestatorului cu privire la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă menționează faptul că aceasta nu încalcă forța obligatorie a deciziei CNSC.

Prin decizia pronunțată, contestatorul susține că CNSC a reținut faptul că cele două caiete de sarcini sunt de fapt două documente care se completează, nicidecum nu se află în contradictoriu, nu se anulează reciproc, motiv pentru care, solicitarea de clarificări nu încalcă decizia CNSC, respectiv de reluare a procedurii de atribuire, începând cu

analizarea propunerilor tehnice. Solicitarea de clarificări, în sine, este o etapă în cadrul evaluării propunerilor tehnice.

Conform deciziei CNSC s-a dispus „reevaluarea ofertelor depuse, începând cu propunerile tehnice”. Pentru demonstrarea posibilităților de aplicare practică a sistemului de telemanagement descris de ofertanți în cadrul propunerilor tehnice, autoritatea contractantă susține că a solicitat contestatorului să se prezinte la susținerea unei probe practice, acordându-i un timp suficient pentru pregătirea acesteia.

De asemenea, susține că la nivelul documentației de atribuire s-a prevăzut modalitatea prin care operatorii economici participanți la procedura de atribuire vor demonstra îndeplinirea cerințelor și caracteristicilor de natură tehnică ce permit ca lucrarea ce se va executa să fie descrisă, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante.

Astfel, apreciază că organizarea unei sesiuni demonstrative (proba practică) privind metoda ofertată este asimilată unei specificații tehnice, situație în care îndeplinirea acesteia va fi analizată ca parte a propunerii tehnice, acesta fiind și punctul de vedere al ANAP, în consilierea pe care a acordat-o în diversele spețe pe această temă (a se vedea biblioteca de spețe ANAP)

În opinia autorității contractante, decizia CNSC nu a impus autorității contractante să nu efectueze o probă practică, ci să reevalueze ofertele, începând cu propunerile tehnice, iar susținerea unei probe practice este modalitatea prin care ofertanții demonstrează ceea ce au prevăzut în propunerea tehnică.

Totodată, apreciază critica contestatorului cu privire la faptul că solicitarea de clarificări vizează aspecte nerelevante procesului de evaluare, ca fiind nefondată.

Referitor la faptul că „singurul scop al autorității contractante este de a respinge oferta contestatorului cu orice preț”, autoritatea contractantă menționează faptul că dacă se dorea acesta lucru, nu solicita de trei ori depunerea garanției de participare, ci ar fi declarat oferta inacceptabilă după primul răspuns neconcludent.

Autoritatea contractantă susține faptul că lucrările de execuție pentru obiectivul de investiții sunt finanțate de Administrația Fondului pentru Mediu, prin urmare, nu are nici un interes în a tergiversa evaluarea ofertelor, deoarece riscă ieșirea din perioada de finanțare.

De asemenea, declară că nu înțelege de ce contestatorul refuza să participe la proba practică, întrucât acest lucru o ridică suspiciuni vis-a-vis de eventuale neconcordanțe majore între ceea ce a prezentat în propunerea tehnică și ceea ce se va materializa în practică.

Prin adresa nr. 4154/17.01.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 3222/19.11.2022, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, în copie.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 15/10.01.2023, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208764489/1, tranzacția nr: 1295340559/2141367229 din data de 10.01.2023, emisă de CEC Bank Unitatea: Sucursala Victoria, în valoare de 18.200,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Modernizare sistem de iluminat public în, str. Traian, str. Dorin Pavel (parțial) și în localitățile Lancrăm, Răhău și Petrești”, cod CPV 45316110-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat SCN...../14.06.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 910.000,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL solicită anularea adresei nr. 89266/28.12.2022 (pag. 40-43 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), prin care autoritatea contractantă a invitat contestatorul să demonstreze practic funcționarea echipamentelor și aparatelor de iluminat din propunerea tehnică.

Având în vedere criticile din contestația care face obiectul prezentei, Consiliul reține că, anterior, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, SC SRL a formulat contestația nr. 262/20.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 51695/21.10.2022, prin care acesta a criticat anularea procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă.

Urmare a soluționării contestației formulate anterior de SC SRL, Consiliul a pronunțat Decizia nr. 2520/C1/2557 din data 29.11.2022, prin care a dispus astfel:

„Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează decizia de anulare a procedurii și actele subsecvente acesteia, inclusiv adresele transmise, de comunicare a anulării procedurii, și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse, începând cu propunerile tehnice, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare”.

Decizia nr. 2520/C1/2557 din data 29.11.2022 nu a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel. Această decizie este definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul său beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauza soluționată anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Din motivarea Deciziei CNSC nr. 2520/C1/2557 din data 29.11.2022, definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere la

Curtea de Apel, Consiliul va reține următoarele considerente, relevante în soluționarea contestației care face obiectul prezentei:

„Procedând la analiza motivelor care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul reține, cu privire la criticile formulate de contestator, că în instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[SCN1108841/00007] FisaDate_DF1150207.pdf”, intitulate generic „Fișa de date”, la Secțiunea IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă a solicitat următoarele: „Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini.

Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini.

Propunerea tehnică va conține:

- Prezentarea modului de realizare a lucrărilor (planul propus), care va descrie:

○ abordarea din punct de vedere a procesului tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor în concordanță cu prevederile proiectului tehnic și ale detaliilor tehnice de execuție;

(...)

Propunerea tehnică ce nu corespunde caracteristicilor tehnice prevăzute în prezentul Caiet de sarcini și în proiectul tehnic va fi declarată neconformă și/sau inacceptabilă”.

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrișuri, care să probeze îndeplinirea cerințelor anterior menționate.

În acest sens, autoritatea contractantă a solicitat, prin cerințele exprese din documentația de atribuire, respectiv prin Fișa de date, ca propunerile tehnice depuse să respecte în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini precum și, în completare, cele ale proiectului tehnic.

Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă precizează, în comunicarea în discuție, că motivul anulării constă în încărcarea, în SEAP, din eroare, a două caiete de sarcini, cu conținut diferit (unul, în cadrul Documentelor tehnice, mai precis în cadrul Proiectului tehnic –n.n.), aceeași autoritatea contractantă, prin punctul de vedere transmis ca urmare a formulării prezentei contestații, menționează că „a încărcat, din eroare, două caiete de sarcini, unul, în cadrul documentației de atribuire, conf. art. 20, alin (1), litera b) din HG 395/2026 și altul, atașat de proiectant la Proiectul tehnic, ca model pt. compartimentul achiziții. Acesta din urmă, nu face parte din Caietele de sarcini specifice Proiectului tehnic de execuție, (care sunt incluse la cap. IV, pag 49 din P. th.), ci este un atașament la acesta, ca model pentru întocmirea Caietului de sarcini de către autoritatea contractantă”.

(...)

Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor Cap. IV din Anexa 10 - PROIECT TEHNIC DE EXECUȚIE a HG nr. 907/2016, „Caietele de sarcini sunt părți integrante ale proiectului tehnic de execuție, care reglementează nivelul de performanță a lucrărilor, precum și cerințele, condițiile tehnice și tehnologice, condițiile de calitate pentru produsele care urmează a fi încorporate în lucrare, testele, inclusiv cele tehnologice, încercările, nivelurile de toleranțe și altele de aceeași natură, care să garanteze îndeplinirea exigențelor de calitate și performanță solicitate.

Caietele de sarcini se elaborează de către proiectanți, care prestează, în condițiile legii, servicii de proiectare în domeniul construcțiilor și instalațiilor pentru construcții, pe specialități, prin dezvoltarea elementelor tehnice cuprinse în planșe, și nu trebuie să fie restrictive.

Caietele de sarcini, împreună cu planșele, trebuie să fie concepute astfel încât, pe baza lor, să se poată determina cantitățile de lucrări, costurile lucrărilor și utilajelor, forța de muncă și dotarea necesară execuției lucrărilor”.

Or, contrar precizărilor autorității contractante din comunicarea în discuție, nu se poate susține, în cazul de față că este vorba de două caiete de sarcini cu conținut diferit, fapt de natură să creeze, în opinia respectivei autorități, cel puțin confuzie la întocmirea de către ofertanți a ofertelor și a răspunsurilor la solicitările de clarificări.

Mai precis, la o analiză atentă a conținutului caietului de sarcini postat distinct în SEAP și a caietelor de sarcini care se regăsesc la Cap. IV din Proiectul tehnic, document postat de asemenea distinct în SEAP, se poate observa că, deși aceste caiete au conținut diferit, caietele de sarcini din respectivul proiect, elaborate conform Cap. IV din Anexa 10 a HG nr. 907/2016, conțin cerințe/specificații/condiții detaliate, complete, care fac referire inclusiv la Proba practică (pct. 4.1.1. de la Cap. IV) și care vin în completarea caietului de sarcini postat distinct în SEAP, conform art. 20 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, nefiind astfel de natură să creeze confuzie pentru potențialii ofertanți.

Totodată, contrar precizărilor autorității contractante din comunicarea privind anularea procedurii sus precizată, și anume faptul că încărcarea în SEAP, din eroare, a două caiete de sarcini, cu conținut diferit, „unul, în cadrul Documentelor tehnice” (mai precis în cadrul Proiectului tehnic –n.n.), ar fi fost de natură să creeze confuzie la întocmirea de către ofertanți a ofertelor, Consiliul constată că operatorii economici care au depus oferte nu au solicitat clarificări și nici nu au formulat contestații cu privire la existența acestor caiete de sarcini și/sau cu privire la conținutul acestora, pe cale de consecință nu există dovezi că a existat o confuzie în acest sens, în etapa de depunere a ofertelor.

(...)

Deși etapa de evaluare a propunerilor tehnice a fost finalizată, astfel cum a fost precizat anterior, autoritatea contractantă susține în punctul de vedere că, „urmare a analizării propunerilor tehnice de către comisia de evaluare, împreună cu expertul cooptat, s-a solicitat celor doi ofertanți, cu adresele nr. 63269/20.09.2022 (pag. 2986, vol. 7/7 al dosarului cauzei – n.n) și 63609/21.09.2022, să facă o demonstrație practică la sediul Autorității contractante, în data de 26.09.2022, pentru a înlătura toate neclaritățile sesizate de Comisia de evaluare în propunerile tehnice prezentate.

În timp ce ofertantul SA a confirmat prezenta la data stabilită, contestatoarea - SRL - a refuzat să participe, motivând că autoritatea contractantă nu are dreptul să solicite proba practică pentru că acest lucru este menționat doar în Caietul de sarcini atașat de proiectant la Proiectul tehnic.

La data stabilită, s-a prezentat la efectuarea probei practice numai ofertantul SA. În urma acestei demonstrații s-a întocmit Procesul verbal nr 64580/26.09.2022.

Ținând cont de cele prezentate, Comisia de evaluare a decis anularea procedurii de atribuire deoarece este în imposibilitate de a adopta măsuri de remediere fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare și, deci, de a evalua corect propunerile tehnice depuse și de a le declara conforme/ neconforme/inacceptabile/inadecvate”.

(...)

Consiliul subliniază că singurele mențiuni referitoare la proba practică sunt mențiunile generale de la pct. 4.1.1. din Cap. IV al Proiectului tehnic, respectiv „4.1.1. Proba practică - În vederea demonstrării posibilităților de aplicare practică a sistemului de telemanagement descris de ofertant în cadrul propunerii tehnice, autoritatea contractantă va putea organiza o probă practică.

Pentru toate componentele aferente sistemului de iluminat ofertat se vor respecta cerințele tehnice minime solicitate prin prezentul Caiet de Sarcini și Fișele Tehnice F5”.

(...)

Analizând documentele din dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu numai că nu adoptat măsuri corective, în situația în care acestea s-ar fi impus cu adevărat, dar a și finalizat etapa de evaluare a propunerilor tehnice depuse, declarând aceste propuneri ca fiind conforme, ulterior având o abordare în evaluarea ofertelor de natură să excedeze prevederile legale referitoare la obligația respectării etapelor procedurii, într-o anume suită, determinante în ceea ce privește evaluarea ofertelor și precizarea informațiilor aferente.

Având în vedere aceste aspecte precum și faptul că cele două caiete de sarcini sunt, de fapt, două documente care se completează, astfel cum a fost demonstrat anterior, Consiliul reține că autoritatea contractantă, prin conduita sa, descrisă anterior, a condus tocmai la crearea de circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la [art. 2 alin. \(2\) din Legea nr. 98/2016 \(...\)](#)”.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că, ulterior luării la cunoștință a deciziei CNSC anterior menționată, autoritatea contractantă a transmis SC SRL adresa nr. 89266/ 28.12.2022, prin care a solicitat acestuia să confirme garanția unor echipamente și să se prezinte la sediul său pentru a demonstra, prin efectuarea unor probe practice, faptul că echipamentele prevăzute în propunerea tehnică au anumite caracteristici/facilități enumerate în 33 de probe practice.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL formulează critici exclusiv cu privire la proba practică, fără nicio mențiune cu privire la „declarația producătorului privind garanția acordată aparatului de iluminat și sistemului de control” motiv pentru care, aplicând principiul disponibilității statuat la art. 28 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul se va pronunța strict cu privire la aspectele cu care a fost investit de contestator, printre care nu se regăsește

declarația producătorului privind garanția acordată aparatului de iluminat și sistemului de control.

Consiliul reține că referitor la modalitatea de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a precizat la punctul „IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din instrucțiunile pentru ofertanți intitulate generic „fișa de date” faptul că „Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini” și a precizat ce documente trebuie depuse de către ofertanți în propunerile tehnice astfel:

„Propunerea tehnică va conține:

- Prezentarea modului de realizare a lucrărilor (planul propus), care va descrie:

○ abordarea din punct de vedere a procesului tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor în concordanță cu prevederile proiectului tehnic și ale detaliilor tehnice de execuție;

- Resurse: organigrama personalului aferent execuției lucrărilor, organigramă ce va include și o descriere a rolurilor și responsabilităților personalului și liniile de comunicare dintre membrii echipei

(...)

- Listele cu cantități de lucrări, fișe tehnice și formulare completate, conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de șantier (dacă este cazul);

- Extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport;

- Se vor respecta condițiile de mediu, sociale și cu privire la relațiile de muncă pe toată durata de îndeplinire a contractului de lucrări. Se va prezenta o declarație pe proprie răspundere în acest sens (Formular 7);

- Declarație privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate (Formular 10),

- Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii și organisme tehnice necesari în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente.

- Declarație privind însușirea modelului de contract (Formular 8). Autoritatea contractantă va avea în vedere și va permite formularea de amendamente cu privire la clauzele specifice, odată cu depunerea ofertei (...)."

Totodată, Consiliul reține că la pct. 4.1.1. din Cap. IV al Proiectului tehnic, autoritatea contractantă a menționat că „(...) În vederea demonstrării posibilităților de aplicare practică a sistemului de telemanagement descris de ofertant în cadrul propunerii tehnice, autoritatea contractantă va putea organiza o probă practică”.

În baza acestei unice mențiuni generice din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a decis să impună ofertantului SC SRL demonstrarea a numai puțin de 33 de caracteristici și funcționalități ale echipamentelor din oferta acestuia, aspect care a condus la formularea contestației care face obiectul prezentei.

Analizând, la rândul său, cerința din caietul de sarcini și solicitarea de clarificări, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului deoarece autoritatea contractantă nu a solicitat prin anunțul de participare efectuarea de probe practice cu eșantioane/mostre din echipamentele oferite.

Consiliul reține că, prin natura ei, solicitarea demonstrării caracteristicilor/facilităților unor anumite părți/produse/eșantioane din oferta contestatorului prin efectuarea de probe practice reprezintă cerință de natura celor înscrise de natura celor prevăzute la art. 179 lit. (l) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...) eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității contractante”*.

Din analiza normei juridice anterior menționată, Consiliul reține că autoritatea contractantă are posibilitatea să opteze pentru formularea unor cerințe de natura celor anterior menționate (*„eșantioane (...) ale produselor care urmează a fi livrate”*) ca cerință de calificare, situație în care ar fi fost aplicabile prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”*, prevederile art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care stabilesc faptul că locul în care trebuie menționate criteriile de calificare impuse de către autoritatea contractantă este **anunțul de participare/simplificat**/de concurs iar, potrivit alin. (6) al aceleiași norme juridice: *„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**”*.

Potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, *„Caietul de sarcini conține în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”*.

În acest sens, Consiliul reține că la punctul *„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice”* din fișa de date, autoritatea contractantă a enumerat documentele ce trebuie furnizate în legătură cu lucrările care vor fi executate și echipamentele care vor fi montate, printre acestea regăsindu-se listele cu cantități de lucrări, fișe tehnice,

extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport, declarație privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate etc.

Din interpretarea cerințelor documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă că ofertanții aveau obligația să atașeze propunerii tehnice **documentele tehnice / fișele tehnice ale echipamentelor**, astfel încât să demonstreze conformitatea acestora cu specificațiile din caietul de sarcini.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă **modalitatea concretă** pe care ofertantul **o recomandă** autorității contractante **în vederea îndeplinirii cerințelor** sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire de la secțiunea „IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date cu privire la modalitatea de demonstrare a conformității propunerii tehnice au devenit obligatorii atât pentru ofertanți în etapa de elaborare a propunerilor tehnice cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, privind „verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini”.

Scopul solicitării de către autoritatea contractantă a fișelor tehnice aferente echipamentelor ofertate este de a se demonstra / proba de către ofertanți corespondența dintre oferta prezentată în propunerea tehnică și prevederile caietului de sarcini, astfel încât procedura să nu fie viciată prin ofertarea unor lucrări necorespunzătoare cu cerințele și specificațiile tehnice impuse în caietul de sarcini.

Prin urmare autoritatea contractantă este obligată să verifice conformitatea specificațiilor tehnice ale produselor ofertate prin raportare strict la documentele tehnice (fișă produs, cataloage, certificate de calitate și conformitate, ofertă tehnică etc.), solicitarea eșantioanelor (situație asimilată probei practice impusă de autoritate) fiind permisă doar pentru a dovedi îndeplinirea cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională a ofertanților, neputând constitui motiv de neconformitate și implicit de respingere a ofertelor în prezenta cauză.

Cu toate acestea, comisia de evaluare a procedat la convocarea contestatorului în vederea demonstrării realității informațiilor din oferta contestatorului prin efectuarea unui număr covârșitor de probe practice pe eșantioane din produsele prevăzute de către acesta în ofertă, cu încălcarea atribuțiilor stabilite în sarcina sa prin prevederile art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016 care stabilesc că verificarea conformității

ofertelor se face prin compararea propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, nu prin demonstrarea practică a funcționării acestora și ale art. 30 alin. (6) din același act normativ care stabilesc faptul că sunt clauze nescrise criteriile de calificare care se regăsesc în caietul de sarcini și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare simplificat.

Practica CJUE cu privire la cerințele de calificare și la respectarea principiilor fundamentale este constantă astfel:

Cauza Enterprised Focused Solutions SRL (C-278/14) Curtea a declarat că *„normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat**”.*

Cauza Medipac-Kazantzidis AE vs. Venizeleio-Pananeio (C-

6/05) considerentele 53 și 54 *„(53)(...) principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) În plus, acest principiu și această **obligație interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă***

cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe

***motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte**”.*

Cauza Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl (C-27/15) considerentul

39 și 47 *„(39) 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).

(...) (47) În ceea ce privește argumentul întemeiat pe faptul că CRGT furnizase deja anterior serviciile care făceau obiectul cererii de ofertă și, în consecință, putea cunoaște existența contribuției în discuție în litigiul principal, este suficient să se constate că **principiul egalității de tratament și obligația de transparență, care constituie corolarul acestuia, ar fi vădit încălcate în cazul în care un astfel de operator ar fi supus unor criterii care nu sunt stabilite prin cererea de ofertă și care nu ar fi aplicabile unor operatori noi**".

Cauza Cartiera dell'Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C- 42/13) considerentul 44 „Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică **formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză** (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di

Frutta, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111)".

Din practica invocată anterior rezultă că autoritatea contractantă nu poate introduce mascat cerințe de calificare și selecție în cadrul caietului de sarcini (care potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 **trebuie să conțină în mod obligatoriu doar** specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante) motivat de faptul că potrivit 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**”.

Mai mult, Consiliul a reținut în decizia pronunțată anterior faptul că „(...) în urma evaluării propunerilor tehnice depuse de ofertanți participanți la procedură, respectiv SC SA și SC SRL, comisia de evaluare a finalizat această fază declarând propunerile tehnice în discuții ca fiind conforme, deschizând, conform precizărilor din punctul de vedere al autorității contractante, inclusiv ofertele financiare ale ofertanților în cauză (...)”, situație în care convocarea contestatorului la probe practice prin care să demonstreze realitatea informațiilor din propunerea sa tehnică (astfel cum susține autoritatea contractantă prin punctul de vedere că ar fi procedat) apare ca nejustificată.

În cazul în care aprecia că anumite înscrisuri din propunerea tehnică aparținând SC SRL nu reprezintă realitatea, sunt false ori au fost menționate doar în scopul inducerii în eroare, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita contestatorului clarificările necesare pentru evaluarea ofertei astfel cum dispun prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 sau, după caz, să sesizeze organele competente ale statului.

În caz contrar, autoritatea contractantă avea obligația prevăzută la art. 65 alin. (2) din HG nr. 395/2016 de a finaliza verificarea conformității propunerii tehnice din oferta depusă în SEAP de către contestator în baza art. 123 din același act normativ astfel încât să se asigure dacă oferta respectivă îndeplinește sau nu toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, astfel cum dispun prevederile art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu luarea în considerare a concluziilor din etapele de verificare anterioare și făcând abstracție de mențiunile din caietul de sarcini referitoare la proba practică care reprezintă clauze nescrise.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SC SRL, să anuleze convocarea la proba practică din adresa nr. 89266/ 28.12.2022 și actele subsecvente și să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor

legale, a deciziei nr. 2520/C1/2557 din data 29.11.2022 și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Referitor la solicitarea contestatorului privind acordarea cheltuielilor de soluționare, Consiliul va reține că, 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. **Cuquantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației**”.

Ori, întrucât contestatorul nu a depus documente doveditoare din care să rezulte natura și cuantumul cheltuielilor efectuate, Consiliul va respinge ca nedovedită solicitarea acestuia privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de soluționare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL, anulează convocarea la proba practică din adresa nr. 89266/ 28.12.2022 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale, a deciziei nr. 2520/C1/2557 din data 29.11.2022 și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nedovedită solicitarea de acordare a cheltuielilor de soluționare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini