

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38591/26.07.2021, depusă de SA, cu sediul în, str. județul, având CUI, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal prin - Administrator și convențional prin avocat, sediu indicat pentru primirea corespondenței, împotriva actelor și măsurilor nelegale adoptate în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată de SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în, str., județul, pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect Servicii dezinfecție mijloace de transport în comun, cod CPV 90921000-9 Servicii de dezinfecție și dezinsecție (Rev. 2), contestatoarea a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 10437/16.07.2021, a actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire și la emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii, cu respectarea deciziei Consiliului nr. 765/C9/635/14.04.2021 și sentinței civile nr. 101/CA/28.05.2021 a Curții de Apel
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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 contestația de față, prin care SA critică actele și măsurile nelegale adoptate de entitatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire precizată în partea introductivă.

Contestatoarea face un scurt istoric al procedurii, arătând că a mai formulat o contestație, în cadrul aceleiași proceduri, împotriva

comunicării rezultatului procedurii din 27.11.2020, care a fost admisă, de Consiliu, prin decizia nr. 2445/C9/2742/30.12.2020.

Împotriva acestei decizii, a fost formulată plângere de către, plângere care a fost respinsă de către Curtea de Apel prin Sentința civilă nr. 17/28.01.2021.

Ca atare, entitatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei, solicitând justificarea elementelor propunerii financiare.

În urma primirii acestor justificări, entitatea contractantă a considerat oferta conformă și a declarat-o, din nou, câștigătoare.

În opinia contestatoarei, decizia entității contractante este nelegală, încălcând documentația de atribuire și legislația în vigoare.

Un prim element de neconformitate al ofertei depuse de vizează modul în care sunt justificate cheltuielile cu energia electrică.

Potrivit art 11 din documentația de atribuire - tarifele contractului s-a impus expres că: "tarifele vor cuprinde toate costurile aferente prestării serviciilor solicitate în prezenta documentație, reprezentând manoperă + materiale + orice alte costuri anexe".

Conform Manualului de utilizare a dispozitivului Nocospray (pag. 359 din ofertă) acesta trebuie conectat la o sursă de tensiune, având o putere de 1000 W. Ori, la numărul de ore în care urmează a funcționa, aceste aparate au un consum de energie electrică, deci un cost semnificativ, care nu a fost nicăieri cuprins în oferta (1 kw/oră x 8 aparate x 2,5 ore de funcționare/zi x 365 zile = 7300 kw/an).

Ori, în justificarea de preț transmisă de către această firmă se arată: "costul cu energia electrică tehnologică este zero, nefiind solicitat nicăieri în documentația de atribuire că ar trebui să deținem utilaje generatoare de curent. Acestea (dispozitivele folosite la dezinfecție n.n.) vor fi racordate electric la rețeaua de electricitate din locație."

Această așa zisă justificare prezintă cel puțin două neregularități:

- entitatea contractantă a impus ca toate costurile (inclusiv cel cu energia electrică) să fie cuprinse în tarife (deci nu suportate de entitate);
- platformele pe care se realizează parcare autobuzelor nu prezintă sursă de curent electric.

Celelalte elemente de cheltuieli solicitate a fi justificate prin decizia CNSC precedentă, au fost "incluse" la capitolul cheltuieli neprevăzute, definite în cadrul ofertei financiare ca: "posibile scumpiri ale materiei prime sau inflație sau creșteri salariale sau orice alte cheltuieli".

Sunt pretins incluse în cheltuieli neprevăzute: cheltuielile cu combustibilul, cheltuieli cu echipamentul de lucru, amortizarea lumitesterului, cheltuielile cu protecția mediului, serviciile SSM, serviciile resurse umane, CAS-ul, contribuțiile pentru concedii și indemnizații etc.

În fapt, toate aceste cheltuieli pur și simplu nu au fost luate în calcul la momentul ofertării, fiind artificial introduse pe calea răspunsului la clarificări.

Ulterior, răspunzând la solicitarea de clarificări, ... pur și simplu și-a modificat/completat oferta.

Al treilea element de neconformitate este acela că nu cuprinde în oferta sa financiară cheltuielile cu privire la respectarea obligațiilor referitoare la concediile de odihnă prevăzute de Codul muncii, încălcând astfel prevederile art. 64 din Legea nr. 99/2016.

Un alt aspect criticat este faptul că entitatea contractantă nu a observat nici faptul că aparatele Nocospray 2 nu pot funcționa iarna, atunci când temperatura scade sub 0 grade (condiții de utilizare, pag. 359 din oferta câștigătoare).

De asemenea, potrivit avizului de extindere din 27.03.2020 (pag. 310 din ofertă), aria de aplicare a produsului biocid Nocolyse este dezinfectia suprafețelor pe cale aeriană și a aeromicroflorei depuse pe suprafețe din unitățile sanitare, iar eficacitatea este determinată doar la 20 grade Celsius. Ori, dezinfectia urmează a se realiza într-un cu totul alt mediu și la temperaturi care pot scădea mult sub zero în timpul iernii sau pot crește semnificativ peste 20 grade Celsius în timpul verii.

În aceste condiții, contestatoarea arată că, prin decizia nr. 765/C9/635/14.04.2021, Consiliul a admis contestația formulată, dispunând reevaluarea ofertei și stabilirea rezultatului procedurii în cel mult 15 zile, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare.

Decizia Consiliului a rămas definitivă ca urmare a respingerii plângerii formulate de, prin Sentința civilă nr. 101/CA/28.05.2021 a Curții de Apel

Față de aspectele prezentate, contestatoarea arată că, în loc să pună în aplicare decizia Consiliului, respectiv a Curții de Apel, autoritatea contractantă alege să anuleze pur și simplu întreaga procedură, arătând următoarele:

- în caietul de sarcini compartimentul de specialitate a omis să precizeze faptul că oferta financiară se va face în lei/metru cub.
- nu s-a specificat ferm în sarcina cui cade consumul de energie electrică pentru aparatele ce realizează dezinfectia.
- în capitolul Factori ce influențează dezinfectia s-a omis factorul temperatură de utilizare (având în vedere faptul că derularea acordului se realizează pe o perioadă de 12 luni, deci inclusiv iarna, au fost omise condițiile de realizare a dezinfectiei la temperaturi mai mici de 0 grade).
- s-a omis faptul că valabilitatea acordului - cadru nu mai produce efecte în 24 de ore de la încetarea măsurilor instituite în vederea diminuării răspândirii cu SARS COV2 (astfel entitatea fiind nevoită să achiziționeze servicii care nu mai sunt necesare).

În acest sens, contestatoarea consideră motivele de mai sus pur și simplu ridicole și că ele de fapt, încearcă să "acopere" dorința cu orice preț a autorității contractante de a oferi acest contract unei anumite

firmă, firma care a executat/execută acest serviciu în baza unei proceduri de urgență (negociere fără invitație prealabilă).

Afirmă că, după două tentative de a declara câștigătoare oferta, deși oferta acesteia era vădit neconformă și după două cicluri complete de contestări/plângeri, atunci când de două ori CNSC și de două ori Curtea de Apel impun respectarea legii și a documentației de atribuire, entitatea contractantă SA alege calea vădit ilegală a anulării procedurii, sens în care invocă prevederile art. 225 din Legea nr. 99/2016.

Totodată, contestatoarea consideră nelegală hotărârea de anulare a procedurii în cauză, apreciind că entitatea contractantă ar fi trebuit să pună în aplicare decizia Consiliului nr. 765/C9/635/14.01.2021, respectiv Sentința civilă nr. 101/CA/28.05.2021 a Curții de Apel, și numai dacă oferta ar fi fost admisibilă, ar fi putut constata că nu poate face comparație între aceasta și oferta sa, pe motivul ipotetic al modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare.

Cu privire la faptul că ofertele nu pot fi comparate, ca urmare a neprecizării unității de măsură folosită în ofertare, în opinia contestatoarei entitatea contractantă este din nou în eroare (sau încercarea să inducă în eroare).

Din procesul - verbal nr. 3 privind evaluarea propunerilor financiare rezultă foarte clar valoarea celor două oferte, și anume 2.603.200 lei pentru și 3.161.396 lei pentru SC SA, astfel ofertele ar fi putut fi comparate, cu condiția ca ambele să fie admisibile. Ori, în măsura în care, punând în aplicare deciziile Consiliului și ale Curții de Apel, oferta SRL ar fi declarată neconformă, nu ar mai fi fost nimic de comparat, activitatea comisiei de evaluare limitându-se doar la a verifica conformitatea ofertei contestatoarei, urmând a decide corespunzător.

În privința consumului de energie electrică, documentația de atribuire este foarte limpede (art. 11 - Tarifele contractului).

Comisia de evaluare constată că în documentația de atribuire nu s-a specificat faptul că dezinfecția se va realiza și la temperaturi mai mici de 0 grade, în condițiile în care s-a prevăzut faptul că este vorba despre un acord - cadru ce se realizează pe o perioadă de 12 luni, deci inclusiv iarna.

Documentația de atribuire care nu este contestată în termenul legal, devine obligatorie inclusiv pentru autoritatea contractantă.

Anularea procedurii se poate face doar în situația încălcării unei prevederi legale care să afecteze procedura, entitatea contractantă nu indică niciun act normativ încălcat.

Față de aspectele prezentate, contestatoarea solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 10969/27.07.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 39117/28.07.2021, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere

la contestația depusă de SA, împreună cu documentele emise ulterior deciziei Consiliului nr. 765/C9/635 din data de 14.04.2021.

Față de contestația depusă de SA, entitatea contractantă a solicitat respingerea acesteia ca nefondată și neîntemeiată, cu consecința anulării procedurii în cauză.

Entitatea contractantă precizează că a hotărât anularea procedurii în temeiul art. 225 alin. (1) pct. b), respectiv alin. (1) pct. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, refacerea documentației de atribuire cu remedierea aspectelor semnalate și inițierea unei noi proceduri pentru atribuirea acordului - cadru deoarece în cadru caietului de sarcini compartimentul de specialitate a omis să precizeze următoarele:

1) Oferta financiară se va face în lei/metru cub (un ofertant a întocmit oferta în lei/metru pătrat, iar celălalt în lei/metru cub, iar ofertele nu pot fi comparate);

Așa cum rezultă din propunerea financiară a SA o operațiune presupune dezinfectarea unei suprafețe de 27 metri pătrați. Conform caietului de sarcini pct. 3.1.1 un autobuz Isuzu are lungimea de 12.030 milimetri (adică 12,03 metri) și lățimea de 2.550 milimetri (adică 2,55 metri), rezultă că autobuzul are o suprafață totală exterioară a podelei de 30,67 metri pătrați. Scăzând grosimea pereților și suprafața compartimentului motor rezultă că podeaua interioară a autobuzului ce trebuie dezinfectată este într-adevăr de aproximativ 27 metri pătrați. Numai că suplimentar față de podea este necesară dezinfectarea întregului spațiu interior al autobuzului și anume pereții acestuia, peretele de despărțire dintre compartimentul șoferului și restul autobuzului (pe ambele părți), geamurile, ușile, scaunele, barele și mânerurile de susținere a călătorilor, compotoare, deci o suprafață mult mai mare. Practic această omisiune a compartimentului de specialitate a indus în eroare ofertantul și a făcut ca procedura să nu își atingă scopul, deoarece acesta a înțeles să dezinfecteze doar parțial autobuzul și a bugetat în consecință. Situația este identică și pentru restul tipurilor de autobuz din flota SA.

Mai mult decât atât, scopul achiziției este dezinfecția întregului volum interior al autobuzului și nu al anumitor suprafețe deoarece virusul SARS COV2 poate persista și în aer.

Având în vedere că oferta este exprimată în metri cubi (deci se dezinfectează întregul volum interior) comisia de evaluare se află în imposibilitatea de a compara cele două oferte.

2) Entitatea contractantă arată că nu a specificat ferm în sarcina cui cade consumul de energie electrică pentru aparatele ce realizează dezinfecția (astfel că un ofertant a prevăzut în cadrul ofertei generatoare, iar celălalt a dedus ca entitatea îi pune la dispoziție energie electrică - de aici și neconcordanța propunerilor financiare prezentate de ofertanți);

Faptul că pentru dezinfectia autobuzelor se vor folosi echipamente ce funcționează pe bază de energie electrică era evident în momentul realizării caietului de sarcini. Deoarece compartimentul de specialitate nu a precizat clar în cadrul caietului de sarcini dacă entitatea contractantă pune sau nu surse de electricitate la dispoziția ofertanților și cine va achita contravaloarea energiei electrice consumate a dus la inducerea în eroare a acestora și a viciat procesul de achiziție.

3) În capitolul - Factori ce influențează dezinfectia - s-a omis factorul temperatura de utilizare (având în vedere faptul că derularea acordului cadru se realizează pe o perioadă de 12 luni, deci inclusiv iarna, au fost omise condițiile de realizare a dezinfectiei la temperaturi mai mici de 0 grade);

Conform caietului de sarcini pct. 2.2 - dezinfectia autobuzelor se realizează în intervalul orar 00:30 – 04:00. Având în vedere clima orașului, iarna pe parcursul nopții temperaturile scad frecvent sub 0 grade Celsius, iar ocazional pot fi perioade de ger cu temperaturi ce pot ajunge la - 15°C sau chiar mai mult. Compartimentul de specialitate a omis să precizeze modul în care se va realiza dezinfectia în astfel de condiții climatice (entitatea contractantă are posibilitatea de a pune la dispoziție șofer de manevră care să pornească motorul pentru a încălzi interiorul autobuzului sau pentru a efectua dezinfectia într-o hală încălzită atunci când nu este posibilă nici o altă soluție) astfel că ofertanții nu au putut prezenta o ofertă completă, iar procesul de dezinfectie în astfel de condiții climatice se poate realiza defectuos.

4) S-a omis faptul că valabilitate acordului - cadru nu mai produce efecte în 24 de ore de la încetarea măsurilor instituite în vederea diminuării răspândirii infectării cu SARS COV2/COVID 19 (astfel entitatea contractantă fiind nevoită să achiziționeze servicii care nu mai sunt necesare).

Scopul prezentei proceduri este acela de a realiza dezinfectia autobuzelor aflate în flota SA și reprezintă măsuri instituite în vederea diminuării răspândirii infectării cu SARS COV2/COVID conform prevederilor legale în vigoare - Legea nr. 55/2020 și HG nr. 636/06.2021.

Având în vedere că în cazul în care autoritățile revocă obligativitatea unor astfel de măsuri de dezinfectie sau impun schimbarea lor cu alte măsuri entitatea contractantă se vede nevoită să plătească pentru servicii de care nu mai are nevoie și astfel să facă cheltuieli neeligibile conform contractului de prestări servicii cu UAT

Comisia de evaluare consideră că lipsa informațiilor din documentația de atribuire care să conducă la obținerea soluției tehnice avută în vedere de către entitatea contractantă, a condus la depunerea unor oferte care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/sau financiare și care satisfac doar parțial necesitățile sale. Continuarea procedurii de atribuire prin solicitarea unor

noi clarificări prin care să obțină o nouă soluție tehnică, alta decât cea permisă de documentația de atribuire și prezentată de ofertanți, ar conduce în fapt la modificarea conținutului propunerii tehnice și încălcarea principiului transparenței datorată publicării unei documentații de atribuire incompletă.

Cu invocarea prevederilor art. 22 alin. (2) și alin. (10) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă precizează că, în această etapă a procedurii, după data depunerii ofertei, prevederile documentației de atribuire nu mai pot fi schimbate/modificate/completate.

Referitor la afirmația contestatoarei "încearcă să acopere dorința cu orice preț a autorității contractante de a oferi acest contract unei anumite firme", entitatea contractantă apreciază că era necesar să comunice faptul că aceasta în decursul anilor a fost declarată câștigătoare și a încheiat contracte în 2018 și 2019.

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

În vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect Servicii dezinsecție mijloace de transport în comun, cod CPV 90921000-9 Servicii de dezinsecție și dezinsecție (Rev. 2), ... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1022539/09.07.2020.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru de servicii este de 4.680.000,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 20.11.2020, ora 15:00.

În cadrul aceleiași proceduri, împotriva răspunsului la o solicitare de clarificare a documentației de atribuire a formulat contestație SC CORAL IMPEX SRL care a fost respinsă, ca nefondată, prin decizia nr. 1656/C4/1643/15.09.2020. Plângerea formulată împotriva acestei decizii a fost respinsă prin Sentința civilă nr. 146/CA din 22.10.2020, emisă de Curtea de Apel, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal (dosar nr. 454/36/2020).

Totodată, împotriva rezultatului inițial al procedurii, ... SA a formulat o contestație care a fost admisă, în parte, prin decizia nr. 2445/C9/2742/30.12.2020 și dispusă reevaluarea ofertei câștigătoare. Plângerea formulată împotriva acestei decizii a fost respinsă prin Sentința civilă nr. 17/28.01.2021, emisă de Curtea de Apel, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal (dosar nr. 14/36/2021).

Urmare reevaluării ofertei, fiind menținută această ofertă câștigătoare, ... SA a depus o nouă contestație, care a fost admisă prin decizie nr. 765/C9/635/14.04.2021. Plângerea formulată împotriva acestei decizii a fost respinsă prin Sentința civilă nr. 101/CA din

28.05.2021, emisă de Curtea de Apel, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal (dosar nr. 186/36/2021).

În condițiile în care entitatea contractantă a anulat procedura de atribuire, ... SA a depus împotriva acestei măsuri contestația în analiză, sens în care a constituit cautiunea în sumă de 15.600,00 lei, conform art. 611 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 207380473/1 eliberată de CEC BANK SA, Sucursala, la data de 27.07.2021.

În ceea ce privește critica contestatoarei formulată împotriva măsurii de anulare a procedurii, se reține că, prin adresa nr. 10437/16.07.2021, i s-au comunicat societății contestatoare motivele care au condus la această finalitate: "Prin prezenta vă facem cunoscut că urmare a analizei Deciziei CNSC nr. 765/C9/635/14.04.2021 și a Hotărârii Curții de Apel nr. 101/2021, entitatea contractantă a hotărât anularea procedurii în temeiul Legii nr. 99/2016, art. 225 alin. (1) pct. b), respectiv alin. (1) pct. c) și alin. (2), refacerea documentației de atribuire cu remedierea aspectelor semnalate și inițierea unei noi proceduri pentru atribuirea acordului cadru având ca obiect Servicii dezinfecție mijloace de transport în comun.

Am luat această decizie deoarece în cadrul caietului de sarcini compartimentul de specialitate a omis să precizeze faptul că:

- oferta financiară se va face în lei/metru cub (astfel un ofertant a întocmit oferta în lei/metru pătrat, iar celălalt în lei/metru cub, iar ofertele nu pot fi comparate);
- nu s-a specificat ferm în sarcina cui cade consumul de energie electrică pentru aparatele ce realizează dezinfecția (astfel că un ofertant a prevăzut în cadrul ofertei generatoare, iar celălalt a dedus că entitatea îi pune la dispoziție energie electrică – de aici și neconcordanța propunerilor financiare prezentate de ofertanți);
- în capitolul – Factori ce influențează dezinfecția – s-a omis factorul temperatură de utilizare (având în vedere faptul că derularea acordului – cadru se realizează pe o perioadă de 12 luni, deci inclusiv iarna, au fost omise condițiile de realizare a dezinfecției la temperaturi mai mici de 0 grade);
- s-a omis faptul că valabilitatea acordului – cadru nu mai produce efecte în 24 de ore de la încetarea măsurilor instituite în vederea diminuării răspândirii cu SARS COV2/COVID 19 (astfel entitatea contractantă fiind nevoită să achiziționeze servicii care nu mai sunt necesare).

Entitatea contractantă constată că lipsa informațiilor din documentația de atribuire, a condus la depunerea unor oferte care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare. Continuarea procedurii de atribuire prin solicitarea de noi clarificări prin care să obțină o nouă soluție tehnică, alta decât cea permisă de documentația de atribuire și prezentată de ofertanți, ar conduce în fapt la modificarea conținutului propunerii tehnice și încălcarea principiului transparenței datorită publicării unei documentații de atribuire incompletă. Potrivit art. 22 din HG nr. 394/2016 alin. (2) *Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare*

completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, iar potrivit alin. (10) 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, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante. Or, în documentația de atribuire au fost omise informații care trebuiau să conducă la obținerea ”.

Este de reținut și faptul că, prin decizia anterior emisă nr. 765/C9/635/14.04.2021, Consiliul a reținut următoarele: “... se constată că, deși în cuprinsul deciziei, Consiliul a constatat că la analiza propunerii financiare trebuiau avute în vedere și aspectele legate de lipsa din justificarea prezentată a costurilor cu carburantul, lubrifianții, piese de schimb; costurile cu energia electrică; costurile cu echipamentul de lucru și protecția muncii; cheltuielile cu concediile de odihnă prevăzute de Codul muncii [...] indicate în concluziile scrise din 24.12.2020, depuse de contestatoare, entitatea contractantă nu a efectuat nicio analiză din acest punct de vedere. Mai mult, după cum rezultă din justificarea transmisă de ofertantă, aceasta nu a cuprins costurile cu energia electrică necesară funcționării aparatelor folosite pentru realizarea dezinfecției.

Singurele aspecte care rezultă cu claritate din procesul – verbal nr. 4 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, sunt în referire la faptul că entitatea contractantă a solicitat fundamentarea economică a modului de formare a prețului atât, cât și ofertantei SA, iar acestea au răspuns, concluzionându-se că ofertele “respectă condițiile solicitate conform deciziei CNSC nr. 2445/C9/2742/30.12.2020, cât și a hotărârii Curții de Apel nr. 17/2021”.

În aceste condiții, sunt avute în vedere justificările de preț prezentate de, explicațiile aduse prin cererea de intervenție, precum și prin concluziile scrise:

– În referire la costurile cu energia electrică necesară: “documentația de atribuire nu impune ofertanților să ofere generatoare de curent electric”, “În al doilea rând, zona de parcare a vehiculelor în care se va efectua activitatea de dezinfecție se află lângă clădirea de birouri a entității contractante, ceea ce înseamnă că există posibilitatea de alimentare a echipamentelor ce vor asigura prestarea activității.”, “În al treilea rând, nu avem noi obligația de a solicita clarificări sau vizite ale locației prestării serviciului, ci entitatea contractantă avea obligația de a impune în documentația de atribuire o cerință cu privire la suportarea costurilor cu energia electrică” și “Nu în ultimul rând, în măsura în care entitatea contractantă nu ne va permite accesul la prizele de alimentare aflate în clădirea de birouri din perimetrul parării autobuzelor, vom alimenta echipamentele, în mod evident, de la generatoarele electrice pe care le avem în dotare, costurile legate de acestea fiind nesemnificative și putând fi suportate din cheltuieli neprevăzute. Precizăm că aceste costuri nu includ prețul curentului electric, așa cum în mod eronat susține contestatoarea, întrucât generatoarele de curent electric consumă benzină și nu curent electric”;

– În ceea ce privește criticile contestatoarei cu privire la cheltuielile cu combustibilul, cheltuieli cu echipamentul de lucru, cheltuielile cu protecția mediului, serviciile SSM, serviciile resurse umane, CAS-ul, contribuțiile pentru concesiuni și indemnizații: "Nu au fost solicitate expres în documentația de atribuire pentru a fi evidențiate în propunerea financiară, motiv pentru care am prevăzut aceste costuri în cadrul procentului de cheltuieli neprevăzute".

În aceste condiții, ca prim aspect se constată că autoritatea contractantă nu a prezentat nicio analiză în cuprinsul procesului – verbal nr. 4, raportat la categoriile de cheltuieli ce trebuiau cuprinse în propunerea financiară, la decizia Consiliului și a Curții de Apel nr. 17/28.01.2021.

Totodată, raportat la cele susținute de societatea intervenientă, este de reținut că orice ofertă, pentru a putea fi declarată conformă și admisibilă trebuie să cuprindă toate categoriile de costuri necesare pentru realizarea acordului – cadru și trebuie să poată justifica, la solicitarea achizitoarei, aceste categorii de costuri.

Nu trebuie indicat în documentația de atribuire faptul că este posibil, dacă se consideră necesar, să se solicite justificarea propunerii financiare.

Dacă erau elemente neclare care o împiedică pe ofertantă să întocmească și să depună o ofertă sustenabilă, avea posibilitatea de a solicita achizitoarei clarificări.

Mai mult, dacă considera că documentația de atribuire nu este prezentată într-o formă care să îi permită depunerea unei oferte corespunzătoare putea contesta conținutul acesteia în condițiile impuse la capitolul III din Legea nr. 101/2016.

Astfel, raportat la obiectul acordului – cadru care se va încheia, chiar și în situația în care ar fi fost posibilă folosirea energiei electrice de la achizitoare, pentru aparatele de dezinfecție utilizate, aceste categorii de costuri trebuiau cuprinse în propunerea financiară.

Totodată, în cazul în care decide folosirea de generatoare electrice, ofertanta avea obligația de a cuprinde costurile cu combustibilul în cadrul propunerii financiare.

Varianta modalității de alimentare a aparatelor de dezinfecție trebuie aleasă anterior prezentării ofertei, astfel încât, atât propunerea tehnică, cât și propunerea financiară să poată fi corect prezentată, și nu pe perioada de evaluare a ofertelor, ca urmare a solicitării justificării propunerii financiare.

Astfel că, se impune verificarea propunerii tehnice, pentru a constata măsura în care a prevăzut ofertanta această variantă de alimentare cu energia electrică.

În același mod, detaliat și ușor de verificat trebuiau prezentate și celelalte categorii de costuri necesare pentru buna desfășurare a acordului – cadru care se va încheia.

Astfel, categoriile de costuri în discuție, cu combustibilul, cu echipamentul de lucru, cheltuielile cu protecția mediului, serviciile SSM, serviciile resurse umane, CAS-ul, contribuțiile pentru concesiuni și indemnizații, fiind necesare a se evidenția și cuantifica, se reține explicația intervenientei că a cuprins aceste costuri în cadrul procentului de cheltuieli neprevăzute, fără a exista o verificare în acest sens din partea achizitoarei.

Este adevărat că aceste categorii de costuri nu sunt neprevăzute, fiind necesare pentru desfășurarea în condiții de legalitate a acordului – cadru, dar dacă ofertanta dovedește că aceste categorii de costuri care au făcut obiectul contestației pot fi justificate pe baza procentului de 20% cuprins în ofertă, chiar dacă pentru o altă destinație, oferta poate fi considerată conformă.

Pe de altă parte, la evaluarea ofertei trebuie avută în vedere și incidența prevederilor art. 140 alin. (5), (6), (7) și (8) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016, în referire la acceptarea modificării propunerii tehnice, în cazul în care respectivele modificări pot fi încadrate în abaterile tehnice minore.

Vizavi de critica contestatoarei privind faptul că aparatele Nocospray 2 nu pot funcționa iarna, atunci când temperatura scade sub 0 grade (condiții de utilizare, pag. 359 din oferta câștigătoare) și potrivit avizului de extindere din 27.03.2020 (pagina 310 din ofertă), aria de aplicare a produsului biocid Nocolyse este dezinfectia suprafețelor pe cale aeriană și a aeromicroflorei depuse pe suprafețe din unitățile sanitare, iar eficacitatea este determinată doar la 20 grade Celsius, se constată că sunt adevărate cele susținute de contestatoare, însă astfel de aspecte nu au făcut obiectul verificării entității contractante. În procesul – verbal nr. 2 de evaluare a propunerilor tehnice, pentru oferta câștigătoare s-a constatat doar că cerințele caietului de sarcini au fost îndeplinite, deși nu s-a clarificat cu ofertanta cum anume va funcționa echipamentul pentru situația în care temperatura scade sub 0 grade. Așadar, acest aspect ar fi trebuit lămurit anterior declarării admisibile a ofertei.

Față de cele reținute, se consideră că entitatea contractantă nu a reevaluat în mod corect oferta care, deși nu a prezentat o justificare corespunzătoare a prețului a fost declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii”.

Decizia Consiliului a rămas definitivă, în condițiile în care a fost atacată cu plângere și a fost respinsă prin Sentința civilă nr. 101/CA/28.05.2021, emisă de Curtea de Apel, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal.

Cu toate acestea, prin raportul procedurii nr. 10436/16.07.2021, autoritatea contractantă fără a pune în aplicare cele dispuse de Consiliu, menținute de Curtea de Apel, a decis anularea procedurii pentru 4 motive legate de întocmirea caietului de sarcini.

În ceea ce privește primul motiv care a condus la anularea procedurii, în referire la faptul că oferta financiară ar fi trebuit realizată în lei/metru cub (un ofertant a întocmit oferta în lei/mp, iar celălalt în lei/mc, astfel că ofertele nu pot fi comparate), este de reținut că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a indicat modalitatea de întocmire a propunerii financiare, mijloacele de transport (211 buc.) în care se va realiza dezinfectia, marca acestora, numărul de bucăți, dimensiunile (lungime, lățime și înălțime), inclusiv numărul de scaune din acestea și numărul de intervenții pentru fiecare mijloc de transport. Din verificarea propunerilor financiare depuse de și de SA, se constată că ambele ofertante au respectat numărul de intervenții

impuse, pentru fiecare categorie de mijloc de transport, fiind prezentate valori pentru fiecare intervenție.

Doar pentru că cele două societăți au prezentat justificări diferite pentru valoarea serviciilor de intervenție, ... SRL utilizând valori în lei/mc, iar SA valori în lei/mp, nu înseamnă că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, este îndreptățită să anuleze procedura.

Câtă vreme cele două ofertante au prezentat oferte pentru fiecare categorie de intervenție necesară achiziției, făcând dovada realizării serviciului de dezinfecție solicitat, nu este cazul ca procedura să fie anulată, doar pentru că justificările sunt prezentate diferit, în lei/mc și lei/mp.

Mai mult, trebuie avut în vedere că ofertele nu se compară între ele, ci cu cerințele caietului de sarcini, ori, prin fișa de date și caietul de sarcini s-a solicitat doar preț/intervenția mijloacelor de transport.

Cât privește cel de-al doilea motiv de anulare a procedurii, legat de faptul că nu s-a specificat ferm în sarcina cui cade consumul de energie electrică pentru aparatele ce vor realiza dezinfecția, se constată lipsa de temeinicie a acestuia, având în vedere că, în cazul în care este necesar consum de energie electrică, în mod evident acesta trebuie cuantificat.

Nicio ofertă nu poate fi declarată admisibilă în condițiile în care nu poate justifica sustenabilitatea propunerii financiare prezentate, respectiv faptul că a prezentat un preț realist, a cuprins în valoarea ofertată toate categoriile de costuri necesare pentru realizarea serviciului în discuție.

Trebuie reținut și că, în fapt, la art. 11 din documentația de atribuire - Tarifele contractului s-a indicat expres: **"tarifele vor cuprinde toate costurile aferente prestării serviciilor solicitate în prezenta documentație, reprezentând manoperă + materiale + orice alte costuri anexe"**.

Nici într-un caz, sub acest aspect, nu se impun precizări suplimentare în documentația de atribuire, ofertanții cunoscând obligațiile care decurg la prezentarea unei oferte, respectiv posibilitatea de justificare a propunerii financiare prezentate.

În referire la cel de-al treilea motiv pentru care s-a considerat necesară anularea procedurii, pentru că s-a omis factorul temperatură de utilizare (având în vedere faptul că derularea acordului – cadru se realizează pe o perioadă de 12 luni, deci inclusiv iarna, fiind omise condițiile de realizare a dezinfecției la temperaturi mai mici de 0 grade), se constată lipsa de temeinicie a acestuia.

Fiind în discuție un acord – cadru cu durată de 12 luni, este obligația entității contractante, prin comisia de evaluare, de a realiza evaluarea ofertelor și din acest punct de vedere.

Nu erau necesare precizări suplimentare în documentația de atribuire sub acest aspect.

Mai mult, ofertanții cunoscând că durata acordului – cadru este de 12 luni, aveau obligația de a întocmi oferta astfel încât să aibă în vedere și posibilitatea de realizare a serviciului de dezinfectie în perioade reci, de zero grade sau chiar mai puțin.

Ofertanții aveau obligația de a depune oferta astfel încât să poată realiza serviciul de dezinfectie de care este interesată entitatea contractantă, pe toată perioada de derulare a acordului - cadru.

Vizavi de ultimul motiv pentru care s-a considerat necesară anularea procedurii, în referire la faptul că s-ar fi omis să se indice în documentația de atribuire că valabilitatea acordului – cadru nu mai produce efecte în 24 de ore de la încetarea măsurilor instituite în vederea diminuării răspândirii cu SARS COV2/COVID 19 (altfel entitatea contractantă fiind nevoită să achiziționeze servicii care nu mai sunt necesare), se constată temeinicia, în parte, a acestuia.

Dacă entitatea contractantă a urmărit să achiziționeze serviciile de dezinfectie doar pe perioada de pandemie, respectiv în perioada de alertă instituită la nivelul țării, este adevărat că în cazul în care aceasta se va sfârși înainte de cele 12 luni de derulare a acordului – cadru, trebuia să se specifice acest lucru în documentația de atribuire.

Cu toate acestea, având în vedere perioada îndelungată scursă de la depunerea ofertelor 20.11.2020, o măsură de anulare doar pentru acest motiv se consideră că nu se impune, la momentul pronunțării deciziei nefiind în niciun caz adusă în discuție finalizarea perioadei de alertă instituită la nivelul României, dimpotrivă sunt aduse în discuție măsurile care ar trebui luate pentru valul 4 al pandemiei.

Este de reținut și faptul că, potrivit prevederilor art. 245 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 99/2016 *Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni: ... i) anularea unei proceduri de atribuire în alte cazuri decât cele prevăzute la art. 225-226 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire.*

Față de cele reținute, determinând că în mod eronat achizițioarea a anulat procedura, pentru motive artificiale și nu a pus în aplicare cele dispuse de Consiliu prin decizia anterior emisă, nr. 765/C9/635/14.04.2021, rămasă definitivă, se va admite contestația SC SA, în contradictoriu cu SA și se va dispune în consecință.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate pentru soluționarea contestației, vor fi respinse ca nefiind dovedite.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu SA, anulează raportul de anulare a procedurii nr. 10436/16.07.2021, precum și comunicările privind rezultatul procedurii transmise ofertanților. Obligă entitatea contractantă la finalizarea evaluării ofertei SC SA, cu respectarea celor dispuse de Consiliu prin decizia nr. 765/C9/635/14.04.2021, rămasă definitivă, în termen de cel mult 15 zile de la data primirii prezentei și finalizarea procedurii cu întocmirea unui noi raport al procedurii. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite ofertanților cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Respinge solicitarea contestatoarei de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate pentru soluționarea contestației, ca nedovedite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.