

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. 2272/C3/2415

Data: 13.10.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48214/14.09.2021, înaintată de SRL, cu sediul în, județul, și domiciliul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, și, convențional de avocat, formulată împotriva rezultatului licitației deschise cu fază finală de licitație electronică, organizată de autoritatea contractantă SA, cu sediul, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică ce are ca obiect „Modernizare sistem climatizare spații producție secție specială (4 bucăți dulapi de climatizare independenți)”, inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1032053/25.06.2021, s-a solicitat anularea comunicării privind rezultatul procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestora, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SRL, la stabilirea neconformității ei și declararea câștigătoare a ofertei proprii, precum și la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, ... SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, director tehnic, și, convențional, de, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, a înaintat Consiliului o cerere de intervenție voluntară în interesul autorității contractante și în interes propriu, solicitând admiterea ei, respingerea contestației formulate de SRL, ca inadmisibilă, iar în subsidiar, ca neîntemeiată și obligarea contestatoarei la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentului litigiu.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48214/14.09.2021, ... SRL atacă rezultatul procedurii mai sus amintite, organizată de autoritatea contractantă SA, considerând nelegală decizia acesteia din urmă de a declara câștigătoare oferta depusă de SRL.

Preliminar, contestatoarea arată că prezenta procedură a avut drept criteriu de evaluare *cel mai bun raport calitate preț*, prețul având o pondere de 70%, termenul de garanție oferit, de 20%, iar termenul de livrare, de 10%.

Prezintă însă o relevanță deosebită faptul că termenul de garanție și cel de livrare se ofertau în prima fază a procedurii și se evaluau în cadrul evaluării propunerilor tehnice. Însă, prețul inițial propus nu era unul final, determinat la momentul încercării ofertei financiare. În etapa de licitație electronică s-a ofertat, în timp real și în mod concurențial, un preț mai scăzut față de prețurile inițiale ale celor trei ofertanți, ce au fost selecționați pentru această fază.

Sub acest aspect, apare evident că acest amestec eterogen al prezentării ofertei, pentru termen de livrare și termen de garanție, în prima fază a procedurii, a dat posibilitatea autorității contractante să cunoască punctajul ce urma să fie alocat ofertanților pentru cele două criterii, încă de la început, fiind viciat practic caracterul confidențial al competiției.

Astfel, stabilirea de către autoritatea contractantă a primelor maxim 30 de puncte prezintă viciul de a permite unei părți informate asupra acestui punctaj de a-și modifica/scădea prețul.

Pe fondul cauzei, contestatoarea reclamă faptul că SRL a propus, în cadrul propunerii tehnice, elemente și termene imposibil de realizat pentru un astfel de echipament.

Presupunând (printr-o analiză proporțională a punctajului obținut) că ofertantul declarat câștigător a propus un termen de livrare de 6 săptămâni, contestatoarea susține că acest termen, ce presupune un termen de fabricație, transport, instalare, punere în funcțiune și instruirea personalului de exploatare, este imposibil de respectat/executat.

Mai mult, este aproape imposibil ca ofertantul să aibă pe stoc un astfel de echipament, deoarece acesta este realizat conform prescripțiilor specifice ale caietului de sarcini, nefiind un echipament de serie, care să poată fi deținut *pe stoc*.

Or, o astfel de ofertă, ce include un termen de livrare imposibil de realizat, este neconformă prin raportare la dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Un termen de livrare ofertat, dar imposibil de realizat, reprezintă în mod evident o abatere de la caietul de sarcini, din moment ce ofertantul are obligația de a-și asuma condiții de selecție în acord cu posibilitățile efective de realizare a acestora, iar nu un termen *nerealist*, propus doar în scopul obținerii artificiale a unui punctaj maxim, pentru a devansa cel mai bun preț ofertat.

Contestatoarea reclamă și faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat societății SRL nicio clarificare cu privire la posibilitatea asigurării acestui termen de livrare, deși avea o atare obligație, potrivit dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Sub acest aspect, în jurisprudența recentă și definitivă a Consiliului a fost statuat cu just-temei faptul că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica posibilitate de livrare a unui produs în termen extrem de scurt - într-o speță similară, în care un termen propus artificial a determinat un rezultat al procedurii în dauna prețului cel mai scăzut (decizia CNSC nr. 2220/C6/2474/03.12.2020)

În cauză de față, dintr-un criteriu de evaluare al *calității*, în fapt, termenul de livrare propus a ajuns să reprezinte un factor artificial, asumat în mod nereal. Or, acceptarea lui, pe baza evaluării derulate provizoriu, ar conduce, exclusiv, la o realizare a contractului la un preț superior și la înfrângerea dezideratului prețului cel mai scăzut – însă, în niciun caz, în termenul propus.

O acceptare a unei livrări, care se știe, încă de la evaluarea ofertelor, că va fi întârziată, echivalează cu acceptarea de către autoritatea contractantă a faptului că evaluarea ofertelor ar fi viciată de o manipulare a modului de acordare a punctajelor.

În mod similar își argumentează SRL contestația, în partea ce privește termenul de garanție a produsului ce urmează a fi achiziționat, propus de ofertantul declarat câștigător.

Pornind de la definiția termenului de garanție din Codul civil (art. 1716), contestatoarea susține că un astfel de termen nu poate fi asumat pe o durată cu mult mai lungă față de cea oferită de producător, întrucât nu este verosimil și nu este susținut de producător.

Arătând că a propus un termen de garanție de 36 de luni (24 de luni acordate de producător), contestatoarea menționează că este o practică obișnuită, în lumea producătorilor de profil, să extindă cu unul, maxim doi ani, termenul de garanție. Cu toate acestea, este imposibil a se oferta 6 sau 7 ani, perioadă cel mai probabil propusă de SRL. În lipsa unei garanții asumate de producător, ulterior ieșirii din garanție, echipamentul este uzat, atât fizic, cât și moral, și nu poate beneficia, în niciun caz, de o garanție efectivă a funcționării sale.

În măsura, în care, din orice motive, Consiliul constată că nu poate obliga autoritatea contractantă la constatarea neconformității absolute a ofertei depuse de SRL, contestatoarea solicită obligarea ei la reevaluarea acestei oferte și la acordarea punctajului "0" la factorii de evaluare termen de livrare și termen de garanție ofertați.

Prin adresa nr. 1270/17.09.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 49012/17.09.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, pe cale de excepție, pentru lipsa calității de reprezentant al persoanei care a semnat contestația, iar pe fond, ca neîntemeiată.

În susținerea excepției, autoritatea contractantă arată că, în speța de față, contestația a fost semnată de avocat. În consecință, autoritatea contractantă solicită Consiliului să verifice dacă persoana care a semnat contestația a avut un mandat special în acest sens.

De altfel, lipsa dovezii calității de reprezentant a celui care a acționat în numele părții atrage anularea contestației, conform dispozițiilor art. 82 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră tardiv formulată critica contestatoarei potrivit căreia, *în prezenta procedură, stabilirea de către autoritatea contractantă a primelor maxim 30 de puncte, prezintă viciul de a permite unei părți informate asupra acestui punctaj, de a își modifica/scădea prețul (...)*, întrucât, în opinia sa, contestatoarea face trimitere la prevederile documentației de atribuire.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă reclamă necunoașterea, de către contestatoare, a Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), precizând că, indiferent de criteriul de atribuire al unei proceduri, asupra documentelor publicate sau a elementelor de preț ori a altor factori de evaluare criptați, ulterior deschiderii în mod electronic a ofertelor în SEAP, ofertanții nu mai pot aduce modificări ofertelor. Platforma electronică este închisă, în partea destinată operatorilor economici, iar la acest moment numai autoritatea contractantă are acces în sistem, în etapa de evaluare a ofertelor, până la faza finală de licitație electronică, acolo unde este cazul.

Întrucât a stabilit, la momentul publicării anunțului de participare, faptul că prezenta procedură de achiziție va avea o fază finală de licitație electronică, autoritatea contractantă arată că, în fișa de date a achiziției, publicată în cadrul anunțului de participare, se oferă informații potențialilor ofertanți cu privire la procedura aferentă acestei etape.

În opinia autorității contractante, descrierea amănunțită a acestui proces electronic legal și transparent clarifică pașii de parcurs ai fiecărei părți implicate în sistem, respectiv operatorii economici, pe de o parte și autoritatea contractantă, pe de alta.

În continuare, autoritatea contractantă susține că observațiile contestatoarei cu privire la termenele de livrare și garanție ofertate de

către operatorul economic desemnat câștigător se întemeiază pe presupuneri și interpretări subiective și eronate, contestatoarea limitându-se la supoziții și aprecieri personale.

Orice document prezentat de către un ofertant în cadrul unei proceduri de achiziție reprezintă unul emis pe proprie răspundere, iar conform dispozițiilor art. 326 alin. (1) din Codul penal, *declararea necorespunzătoare a adevărului, făcută unei persoane dintre cele prevăzute la art. 175 sau unei unități în care aceasta își desfășoară activitatea în vederea producerii cu unei consecințe juridice, pentru sine sau pentru altul, atunci când, potrivit legii ori împrejurărilor, declarația făcută servește la producerea acelei consecințe, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă.*

Totodată, potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.*

Referitor la invocarea Producătorului, pe tot parcursul contestației, în sensul susținerii ofertei de către acesta, autoritatea contractantă învederează că, atât practica în domeniul achizițiilor publice, cât și Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP), prin persoanele împuternicite în activități de control ex-ante și nu numai, indică faptul că nu se pot stabili responsabilități ale producătorului (care nu este ofertant în cadrul unei proceduri de achiziție). De asemenea, nu se menționează nici instrumentul juridic pe care îl va utiliza autoritatea contractantă pentru a se adresa acestuia, în cazul apariției oricărei abateri de la oferta declarată câștigătoare, având în vedere faptul că nu îi sunt opozabile producătorului clauzele contractuale.

Cu privire la solicitarea contestatarei ca *onorata instanță* să oblige la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă redă prevederile acestui articol de lege, în integralitatea sa, respectiv: *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.*

Mai mult, autoritatea contractantă face precizarea că numai o instanță poate hotărî cuantumul cheltuielilor de judecată acordate, astfel cum prevede art. 27 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 101/2016, respectiv Hotărârea Consiliului cuprinde dispozitivul, în care se arată numele,

prenumele, după caz, denumirea părților, soluția dată tuturor cererilor deduse soluționării și cuantumul cheltuielilor de judecată acordate.

Odată cu punctul de vedere, autoritatea contractantă a comunicat Consiliului o serie de documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./....., ... SRL a înaintat Consiliului o cerere de intervenție voluntară în interesul autorității contractante și în interes propriu, solicitând admiterea ei, respingerea contestației formulate de SRL, ca inadmisibilă, iar în subsidiar, ca neîntemeiată și obligarea contestatoarei la plata tuturor cheltuielilor ocazionate de soluționarea litigiului.

Pe cale de excepție, intervenienta reclamă faptul că cererea contestatoarei nu îndeplinește în mod cumulativ toate condițiile prevăzute de dispozițiile art. 2 alin. (1) și nu conține toate elementele obligatorii prevăzute de dispozițiile art. 10 lit. d), e), g) și h) din Legea nr. 101/2016, iar cauțiunea a fost constituită și dovada depusă după trecerea termenului de 5 zile de la înregistrarea contestației la CNSC, respectiv de la data de 14.09.2021 și cuantumul cauțiunii achitate nu a fost corect calculat în raport de dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Mai mult, arată intervenienta, contestatoarea nu a identificat în mod corect și nu a menționat în contestație numerele de înregistrare ale actelor emise de autoritatea contractantă, a căror anulare o cere, și nu a identificat corect nici societatea participantă și câștigătoare a licitației, menționând în contestație societatea sau, care nu există în realitate, în loc de SRL.

Contestația formulată de societatea SRL nu conține nici mijloacele concrete de probă, pe care se sprijină. Susținerile contestatoarei se întemeiază pe presupuneri și interpretări proprii, subiective și eronate, conținutul contestației limitându-se la supoziții și aprecieri personale, străine de dispozițiile legale incidente în cauză, încălcând astfel dispozițiile art. 16 lit. g) din Legea nr. 101/2016.

Pe de altă parte, intervenienta menționează că cererea contestatoarei a fost semnată de un avocat, care nu a făcut dovada că a fost împuternicit de SRL.

Prin concluziile scrise, transmise prin e-mail și înregistrate la CNSC sub nr. 52134/05.10.2021, ... SRL solicită respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă și de intervenientă, cu admiterea contestației și obligarea lor la plata cheltuielilor de judecată avansate.

Prin concluziile scrise, contestatoarea reiterează susținerile din contestației privind neconformitatea ofertei intervenientei, determinată de imposibilitatea respectării termenului de livrare și a termenului de garanție propuse, dar și în privința nevoii de reevaluare a ofertei, prin acordarea a "0 puncte" pentru aceste termene.

Reiterează contestatoarea susținerile din contestație, dar și susțineri de tratament inegal, cu acordarea de avantaje ofertei intervenientei, care în etapa de analiză și-a modificat termenele amintite, față de valoarea inițial declarată. Mai mult, spre deosebire de produsul ofertat de contestatoare, pentru care autoritatea contractantă a solicitat precizarea faptului că este nou, în privința produsului din oferta câștigătoare, care nu a fost indicat expres în ofertă, nu a solicitat o informație similară.

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante și la plata a 3.000 lei, iar a intervenientei la 2.500 lei, drept cheltuieli de judecată, pentru dovedirea căora atașează documente doveditoare ale plății sumelor arătate.

De asemenea, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 52235/05.10.2021, ... SRL formulează întâmpinare la cererea de intervenție înaintată de SRL, solicitând respingerea ei ca tardivă, admiterea excepției calității de reprezentant legal și convențional a persoanelor care au înaintat-o și anularea intervenției, precum și respingerea excepțiilor intervenientei. În același timp, solicitând admiterea contestației sale, autoarea ei pretinde obligarea intervenientei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de cererea de intervenție.

Contestatoarea învederează faptul că intervenția nu i-a fost comunicată în termenul impus la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2021, motiv pentru care se impune respingerea ei, ca tardivă.

În privința persoanei care a semnat cererea de intervenție, contestatoarea arată că directorul tehnic al SRL nu poate fi reprezentant legal, în înțelesul prevederilor coroborate ale art. 10 lit. h) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 83 din Codul de procedură civilă, aplicabile mutatis mutandis. În consecință, acesta nu putea semna nici împuternicirea avocatului, iar cererea de intervenție ar trebui anulată.

Excepțiile intervenientei sunt netemeinice, motiv pentru care se impune respingerea lor, în opinia contestatoarei. Arată că a constituit cauțiunea în termenul impus de lege, astfel că cererea de constatare a inadmisibilității contestației este lipsită de temei.

Lipsa de interes a contestatoarei, invocată de intervenientă, este o confuzie juridică a autoarei, întrucât folosul practic urmărit este dat de posibila excludere a ofertei SRL, ceea ce ar îndreptăți la desemnarea câștigătoare a ofertei aparținând SRL.

De asemenea, eroarea de tehnoredactare a numelui intervenientei și a numărului raportului procedurii nu poate reprezenta motiv temeinic de respingere a contestației, întrucât este evident că se atacă modul de evaluare a ofertei câștigătoare și se atașează contestației chiar raportul procedurii, emis de autoritatea contractantă.

În privința dimensiunilor ștampilei aplicate pe contestație, susținerile intervenientei sunt lipsite de temei, consideră contestatoarea,

care arată că sunt similare ștampilei părții adverse. De asemenea, amintește că obligativitatea aplicării ștampilei nu este cuprinsă de art. 10 din Legea 101/2016, care impune doar semnarea contestației. De altfel, după 2013 s-a abrogat obligativitatea aplicării ștampilei.

Întrucât formularea cererii de intervenție a cauzat cheltuieli de judecată suplimentare, contestatoarea solicită obligarea intervenientei la plata lor, în cuantumul conținut de înscrisurile atașate.

Autoritatea contractantă a transmis, prin adresa nr. 1.357 din 05.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 52163 din 05.10.2021, copii ale înscrisurile solicitate de Consiliu, parte din dosarul achiziției publice, privitoare la conținutul ofertei câștigătoare, în forma inițială și cea ulterioară clarificărilor, inclusiv capturi de ecran din SICAP ce conțin nivelurile înscrise de ofertant pentru garanția produselor și termenul de livrare.

Părțile au avut acces la conținutul dosarului constituit la Consiliu, conform solicitărilor formulate. Astfel, contestatoarea s-a prezentat la sediul CNSC în data de 27.09.2021, iar intervenienta la 30.09.2021 și LA 08.10.2021 (prin corespondența din 07.10.2021, comunicată CNSC prin e-mail, intervenienta solicitând acces și la documentele transmise de contestatoare după data de 01.10.2021).

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii unui contract de achiziție publică ce are ca obiect „Modernizare sistem climatizare spații producție secție specială (4 bucăți dulapi de climatizare independenți)”, ... SA (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat, la 25.06.2021, o licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1032053 și a documentației de atribuire.

Împotriva deciziei autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SRL, ... SRL a înaintat o contestație, solicitând anularea comunicării privind rezultatul procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestora, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SRL, la stabilirea neconformității ei și declararea ofertei proprii drept câștigătoare, precum și la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207523524/1, în valoare de 29.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord, la data de 20.09.2021.

Consiliul reține că SRL a formulat o cerere de intervenție voluntară în interesul autorității contractante și în interes propriu, față de contestația formulată de SRL, solicitând respingerea contestației, ca inadmisibilă, iar în subsidiar, ca neîntemeiată.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei, în principiu, autoarea ei având interesul de a fi menținută oferta proprie în postura de câștigătoare a competiției. Întrucât intervenția are caracter accesoriu, în favoarea autorității contractante, analiza ei va continua în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

Întrucât autoarea contestației invocă tardivitatea cererii de intervenție, motivat de necomunicarea către ea în termenul impus la art. 17 alin. (3)-(4) din Legea nr. 101/2021, modificată prin Ordonanța de urgență nr. 114/2020, Consiliul face analiza excepției cu întâietatea necesară.

Conform textului legal invocat, termenul de promovare a cererii de intervenție este de 10 zile de la comunicarea contestației în SEAP, iar *Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.*

Autoritatea contractantă a postat contestația în SEAP la data de 14.09.2021, iar termenul de înaintare a cererii de intervenție, către toate părțile, se împlinea la 14.09.2021.

La solicitarea Consiliului, intervenienta a probat (adresa înregistrată la CNSC sub nr. 51625/01.10.2021) comunicarea cererii sale, prin e-mail, către reprezentantul convențional al contestatoarei la 01.10.2021, cu depășirea termenului arătat.

Admițând excepția invocată de contestatoare, privitor la tardivitatea cererii de intervenție accesorie, Consiliul o va respinge ca atare, fără analiza ei pe fond.

Cât privește excepția lipsei calității de reprezentant al contestatoarei, invocată de autoritatea contractantă în privința semnatarului contestației, adică a Cabinetului de Avocat ".....", Consiliul constată că susținerea este bazată pe o presupusă absență a mandatului de reprezentare, de tipul unei precizări exprese a dreptului de a semna actul de interes.

În speță, incidente sun prevederile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2021, evocate chiar de autoare, dar și cele ale art. 80 din Codul de procedură civilă, ce dau dreptul părților de a exercita drepturile procedurale prin reprezentant convențional.

Contestatoarea a transmis la dosarul cauzei împuternicirea avocațială pentru asistență juridică și reprezentare, emisă la 13.09.2021, iar avocatul și administratorul societății s-au prezentat la sediul CNSC pentru a studia dosarul cauzei.

Prin urmare, este dovedită relația de reprezentare convențională deplină, în privința contestației analizate, motiv pentru care Consiliul va respinge excepția autorității contractante, ca nefondată.

Cât privește solicitarea autorității contractante ca, în soluționarea speței, Consiliul să nu țină cont de motive și cereri nou formulate, după studierea dosarului cauzei de către contestatoare, se constată că aceasta are caracter nefondat. Prin corespondențele ulterioare studierii dosarului cauzei, contestatoarea nu a modificat cererile inițiale și nu a precizat motive noi de atac al rezultatului procedurii, ci a invocat probe noi, rezultând din studierea respectivă, care să susțină cele invocate în contestație.

De asemenea, susținerile contradictorii ale părților privitoare la modalitatea de stabilire a regulilor de departajare a ofertelor (criteriul de atribuire și factorii de evaluare), inclusiv a pașilor de îmbunătățire a prețului ofertat, sunt considerate de Consiliu lipsite de relevanță în soluționarea disputei. Contestatoarea SRL nu a atacat conținutul documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă nu face decât să prezinte o succesiune a etapelor de ofertare și de analiză a ofertelor care nu este pusă la îndoială, prin contestație.

Posibila cunoaștere nepermisă a unor avantaje rezultând din ofertele concurente, ca element al unui eventual viciu procedural, care să invalideze competiția, invocată de contestatoare, este o susținere fără temei și fără o cerere specifică adresată Consiliului. În lipsa unor probe concludente sau a unor cereri de analiză a existenței unor astfel de erori în derularea procedurii, Consiliul consideră că nu se impune o analiză a aspectului în cauză.

În privința elementelor de departajare a ofertei câștigătoare, față de oferta contestatoarei, Consiliul constată absența oricăror demersuri, din partea autorității contractante, de evaluare a realității termenelor la care s-a angajat autorul ofertei, în privința garanției acordate și a perioadei de livrare. Din dosarul achiziției nu rezultă că autoritatea contractantă a făcut verificări, ci doar că a acceptat termenele arătate, aplicând punctajul aferent acestora. De altfel, chiar prin punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă confirmă că s-a bazat, exclusiv, pe răspunderea proprie a emitentului documentelor (ofertant) sub sancțiunea corelativă a legii penale, considerând și că o eventuală interpelare a producătorului, care să confirme respectivele termene, ar exceda competențelor limitate la analizarea ofertei.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă, Consiliul consideră că se impunea o verificare a realității termenelor propuse de oferta câștigătoare din perspectiva dublă. Pe de o parte, aceste termene fac parte din cerințele de conformitate stabilite de autoritatea contractantă, adică ele trebuie analizate din perspectiva admisibilității ofertei. Pe de altă parte, termenele mai scurte, reprezentând un avantaj în competiția cu celelalte oferte, odată propuse și punctate, trebuie să fie reale, în sensul că ele trebuie să fie în profitul achizitorului, factorii de evaluare aferenți având acest scop, rezultând din art. 189 al Legii nr.

98/2016: (1) *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.*

(2) *În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare.*

(3) *Atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți.*

Și alin. (2) al art. 32 din Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016 evocă necesitatea ca din factorii de evaluare să rezulte un avantaj real și să poată fi urmăriți: *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.*

Chiar fișa de date a achiziției, în secțiunea specifică factorilor de evaluare, cuprinde o justificare sintetică a motivului alegerii celor doi factori: *Acest factor de evaluare a fost stabilit în directă legătură cu natura și obiectul caietului de sarcini, respectiv a achiziției echipamentelor, care urmează a fi atribuite, precum și pentru a reflecta avantaje reale și evidente ce pot fi obținute.*

În acest sens, durata garanției asigură durabilitatea și fiabilitatea produselor achiziționate, iar prin aceasta eficiența utilizării resurselor financiare în achiziția produselor ce fac obiectul achiziției, prin reducerea cheltuielilor de întreținere, mentenanță și servicii/reparații, care sunt acoperite de perioada de garanție. O perioadă cât mai mare a garanției pentru echipamente determină în mod cert o economie realizată de autoritatea contractantă, fiind în același timp o garanție a calității produselor oferite.

.....
Având în vedere importanța echipamentelor achiziționate, considerăm că ofertarea unei perioade cât mai scurte de timp în care să se realizeze furnizarea, instalarea și punerea în funcțiune a echipamentelor, este un element important în evaluare.

Însă, la momentul evaluării ofertei, cele două termene propuse nu au fost analizate de achizitor (prin comisia de evaluare) în funcție de importanța care era impusă tocmai de propria documentație de atribuire.

Văzând demersurile autorității contractante anterioare aplicării punctajelor, legate de determinarea conformității ofertei, în raport cu cele două elemente de calitate, Consiliul constată că, pe lângă lipsa unei analize a posibilității reale de derulare a viitorului contract, în termenele

propușe, eronat a fost acceptată și modificarea lor, în sensul avantajării ofertantului în cauză.

Propunerea tehnică a ofertei SRL conține informația conform căreia garanția acordată de acesta ar fi de 48 de luni, iar neconcordanța cu valoarea înscrisă în SEAP (60 luni), în câmpul dedicat, individual, acestei caracteristici, a fost explicată autorității contractante drept eroare de întocmire a propunerii tehnice (Formular F4). Autoritatea contractantă a acceptat schimbarea termenului de garanție indicat în propunerea tehnică fără a analiza dacă aceasta este o modificare semnificativă a ei sau o eroare minoră.

De asemenea, propunerea tehnică confirma o livrare în termen de 20 de săptămâni, iar în câmpul dedicat, din SEAP, a fost înscrisă valoarea 42. Această neconcordanță a fost clarificată de ofertant, la cererea achizitorului, drept o eroare de redactare a propunerii tehnice, sub pretextul că valoarea din SEAP este, de fapt, corectă - 6 săptămâni.

În același timp, autoarea ofertei a retransmis propunerea tehnică, cu noile valori, confirmate prin răspunsul de clarificare din 24.08.2021.

Or, niciuna dintre aceste corecturi ale propunerii tehnice nu este susținută de informații de confirmare din cadrul propunerii tehnice depuse inițial. Conform fișei de date a achiziției, factorii de evaluare amintiți au perioade de raportare diferite, în sensul că cifrele în cauză trebuie să se refere la numărul de luni de garanție și la numărul de zile calendaristice de livrare.

Cele 48 de luni de garanție sunt exprimate explicit în propunerea tehnică, neputându-se da preferință unor valori înscrise în SEAP ("60" – cu referire la perioada de 60 luni), de același autor, ca fiind o corectare/confirmare a ofertei, fără legătură cu valorile din ofertă.

Nici în privința numărului de săptămâni de livrare nu prezintă relevanță răspunsul de clarificare, întrucât era de interes un interval de timp raportat la zile calendaristice, iar cele 20 de săptămâni din propunerea tehnică nu ar putea fi confundate cu cele 42 de zile calculate de achizitor drept echivalent a șase săptămâni (perioada din răspunsul de clarificare fiind "6 săptămâni").

Practic, prin acceptarea răspunsurilor de modificare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 209 alin. (1)-(2) din Legea nr. 98/2016, care permit clarificarea sau corectarea unor elemente ale ofertelor, dar cu respectarea principiilor din domeniu și fără acordarea unor avantaje incorecte: *Art. 209. - (1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

(2) *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Modificările operate de ofertantul desemnat câștigător nu se înscriu în niciuna dintre excepțiile permise de art. 7 alin. (7)-(8) din Normele de aplicare a legii, aprobate prin HG nr. 395/2016, de modificare a propunerii tehnice, astfel că deveneau incidente prevederile alineatelor (6) și (9) ale aceluiași articol:

(6) *În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.*

(7) *Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:*

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

(8) *Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.*

(9) *O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:*

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe.

În cazul de față, modificarea propunerii tehnice a condus la influențarea clasamentului ofertelor, în relație cu punctajul aferent celor două caracteristici, aspect expres interzis de prevederile alin. (9) litera c), sus evocate.

Văzând caracterul evident neconform al ofertei amintite, ce este lipsită de fermitatea impusă de angajamentul de a respecta conținutul documentației de atribuire, încă de la întocmirea ei, Consiliul consideră de prisos a face analiza altor susțineri sau solicitări privitoare la modalitatea incomplete de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare (precum cea de acordare a unui punctaj nul – "0").

Drept care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admitând în parte contestația, Consiliul va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii de atribuire nr. A/9365/03.09.2021 și în adresa nr. 5948/03.09.2021, ca act subsecvent primului, în privința desemnării ofertei câștigătoare și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procesului de analiză a ofertelor, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei intervenientei în raport cu caracterul neconform dat de modificarea nepermisă a propunerii tehnice.

Cât privește solicitarea de obligare a autorității contractante la desemnarea câștigătoare a ofertei contestatoarei, parte a petitului contestației, Consiliul o va respinge, ca inadmisibilă, în temeiul prevederilor alin. (6) coroborate cu cele ale alin. (10) din același art. 26 al Legii nr. 101/2016: *(10) Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.* admitând contestația

În același timp, autoritatea contractantă și intervenienta vor fi obligate la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, la solicitarea contestatoarei, conform prevederilor art. 26 alin. (9) din Lege: *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.* Contestatoarea a prezentat documente care probează avansarea unor cheltuieli cu onorariul avocatului, în sume diferite, în raport cu actele întocmite (contestație și întâmpinare cerere de intervenție), respectiv factura nr. 79/10.09.2021 și factura nr. 83/20.09.2021, cu dovada tranzacțiilor bancare aferente lor, în valoare de 3000 lei, respectiv, 2500 lei.

Drept care, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la plata a 3000 lei și intervenienta accesorie la plata a 2500 lei, către contestatoare, cu titlu de cheltuieli aferente contestației.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează în principiu cererea de intervenție accesorie, formulată de SRL în favoarea autorității contractante SA, în contradictoriu cu contestația SRL, privitor la rezultatul procedurii inițiate prin anunțul de participare nr. CN1032053/25.06.2021.

Respinge cererea de intervenție, ca tardivă.

Respinge excepțiile autorității contractante, ca nefondate.

Admite contestația în partea privind anularea actualului rezultat al procedurii, consemnat în raportul procedurii de atribuire nr. A/9365/03.09.2021 și în adresa nr. 5948/03.09.2021, ca act subsecvent primului, în privința desemnării ofertei câștigătoare. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de analiză a ofertelor, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei intervenientei, conform motivării de mai sus.

Respinge, ca inadmisibilă, solicitarea de obligare a autorității contractante la desemnarea câștigătoare a ofertei contestației.

Obligă autoritatea contractantă la plata a 3000 lei și intervenienta accesorie la plata a 2500 lei, către contestație, cu titlu de cheltuieli aferente contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

....